



André Araújo Molina

Os direitos
fundamentais na
pós-modernidade

O futuro do Direito e do
Processo do Trabalho

 Lumen Juris **Direito**

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NA PÓS-MODERNIDADE
O FUTURO DO DIREITO E DO PROCESSO DO TRABALHO

Editores

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti
Alexandre Bernardino Costa
Alexandre Morais da Rosa
Ana Alice De Carli
Anderson Soares Madeira
Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Caroline Regina dos Santos
Daniele Maghelly Menezes Moreira
Diego Araujo Campos
Elder Lisboa Ferreira da Costa
Emerson Garcia
Firly Nascimento Filho
Flávio Ahmed
Frederico Antonio Lima de Oliveira
Frederico Price Grechi

Geraldo L. M. Prado
Gina Vidal Marcilio Pompeu
Gisele Cittadino
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
Jean Carlos Dias
Jean Carlos Fernandes
Jeferson Antônio Fernandes Bacelar
Jerson Carneiro Gonçalves Junior
João Carlos Souto
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.
José Emílio Medauar
José Ricardo Ferreira Cunha
Josiane Rose Petry Veronese
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha

Lúcio Antônio Chamon Junior
Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marcelo Ribeiro Uchôa
Márcio Ricardo Staffen
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Ricardo Lodi Ribeiro
Roberto C. Vale Ferreira
Salah Hassan Khaled Jr.
Sérgio André Rocha
Sidney Guerra
Simone Alvarez Lima
Victor Gameiro Drummond

Conselheiros beneméritos

Denis Borges Barbosa (*In memoriam*)
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo

Andreyra Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza

Caio de Oliveira Lima
Francisco de Assis M. Tavares
Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Av. Presidente Vargas - n° 446 –
7° andar - Sala 705
CEP: 20071-000
Centro – Rio de Janeiro – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9-9296-1764

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 –
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9-9981-9353

ANDRÉ ARAÚJO MOLINA

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NA PÓS-MODERNIDADE
O FUTURO DO DIREITO E DO PROCESSO DO TRABALHO

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2017

Copyright © 2017 by André Araújo Molina

Categoria: Filosofia do Direito

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Bianca Callado

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

Ao meu filho Arthur Tavares Molina, que nasceu em meio aos livros, durante o dedicado período acadêmico do doutoramento. Tenho o desejo de um dia poder transmitir aos meus descendentes a devoção ao estudo e à docência que herdei dos meus antepassados.



Agradecimentos

Este livro representa a versão comercial da minha tese de doutorado em Filosofia do Direito defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), no dia 04 de abril de 2016, tendo sido aprovada com a nota máxima (10,0), à unanimidade e com recomendação para publicação, por qualificada banca examinadora integrada pelos professores doutores Willis Santiago Guerra Filho (orientador), Carla Teresa Martins Romar, Márcia Cristina de Souza Alvim, Valerio de Oliveira Mazzuoli e Ricardo Pereira de Freitas Guimarães.

Agradeço sinceramente aos professores integrantes da banca examinadora, especialmente o meu orientador, pela profundidade da arguição, pelas recomendações e críticas construtivas, cujos pontos de observação, a partir de tão diversificadas linhas de pesquisa dos examinadores – trabalhistas, filósofos e internacionalista –, engrandeceram o resultado final do trabalho.

A conclusão do curso de Doutorado em Filosofia do Direito na mesma escola em que lecionam – apenas para falar daqueles com quem mantive maior relação de proximidade – Willis Santiago Guerra Filho, Tercio Sampaio Ferraz Junior, Paulo de Barros Carvalho e Maria Helena Diniz, representa a concretização de um sonho que teve início ainda na graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso, quando despertou-se a motivação de continuar a minha formação acadêmica, para que um dia pudesse voltar à minha escola, integrando o seu corpo docente.

Sou grato aos amigos, colegas e professores da UFMT.

Alguns meses após a graduação, iniciei carreira na magistratura trabalhista. Me lembro como se fosse hoje o primeiro dia de audiências: era dia 06.09.2004, na Vara do Trabalho de Cáceres-MT, quando ao sair da sala de audiências, encontrei alguns professores da Faculdade de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT, que aguardavam gentilmente para me convidar a fazer inscrição para o teste seletivo para professor de Direito do Trabalho da Instituição. Animei-me com o convite, realizei a inscrição que encerrava-se naquele mesmo dia e, após submissão às provas, logrei aprovação em primeiro lugar entre os candidatos. Fui designado para ministrar as disciplinas de Direito e Processo do Trabalho, nas turmas de 7º, 8º e 10º semestres, cujos alunos, em muitos casos, tinham mais idade que eu (à época recém tinha completado 24

anos). Muitos desses antigos alunos, que hoje pontificam na docência jurídica, na advocacia e nas carreiras públicas, ajudaram-me a reforçar a certeza de que pretendia continuar sendo professor.

Sou grato aos amigos, ex-alunos e professores da UNEMAT.

Foi quando decidi trabalhar vários anos, sem gozar férias, enquanto cursava concomitantemente duas especializações, escrevia artigos científicos e já lecionava na Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso – ESMATRA/MT, tendo sido eleito o seu primeiro Diretor, para que, com os respectivos períodos de férias acumulados, pudesse concorrer a uma vaga no mestrado em Direito da PUC/SP e me afastar do trabalho, pelo tempo necessário para a conclusão dos créditos de disciplinas exigidos pelo programa. No segundo semestre de 2008, fui aprovado na primeira seleção ao mestrado e rumei à São Paulo, onde cursei, em dois semestres letivos, todos os créditos exigidos, tendo retornado ao trabalho no Tribunal trabalhista, enquanto conciliava os pequenos momentos de lazer com a pesquisa e elaboração da dissertação. Foram momentos de obstinação, resiliência e grande aprendizado, quando pude conviver com os mestres que apenas admirava e tinha contato pelos livros. Muitos deles, hoje posso chamar de amigos. Em 2010, defendi com grande êxito a dissertação, que depois foi publicada comercialmente com o título de *Teoria dos princípios trabalhistas* (São Paulo, Atlas, 2013).

Sou grato aos amigos, colegas e professores da PUC/SP.

No ano de 2011, fui promovido ao cargo de Juiz Titular, tendo que me mudar para a longínqua cidade de Alta Floresta-MT, no extremo norte mato-grossense, fato que gerou um misto de alegria pela progressão profissional e muita apreensão para o magistério, na medida em que ficava mais distante o sonho de cursar o doutorado. Agravava o fato de que, já naquela época, não ser mais possível acumular períodos de férias, como feito outrora para poder cursar o mestrado.

Continuei lecionando na ESMATRA/MT, fui professor convidado em programas de especialização, bem como continuei publicando trabalhos científicos, sendo que na primeira seleção posterior, no final de 2011, logrei aprovação para uma das duas vagas ofertadas pelo meu professor-orientador aos alunos do doutorado em Filosofia do Direito da PUC/SP. Uma disputa bastante concorrida, com provas de proficiência em línguas estrangeiras, prova dissertativa, entrevista e análise de currículo.

Felizmente, para o tempo necessário à conclusão dos créditos presenciais de disciplinas e estágio docente, obtive licença de dois anos junto ao Tribunal Regio-

nal do Trabalho de Mato Grosso. Agradeço ao Regional, corte judicial exemplar, a qual tenho a honra de integrar desde os tempos do estágio, pelo apoio institucional ao me conceder licença para os estudos, durante o período necessário para o atendimento dos créditos em São Paulo, cujos agradecimentos faço em nome do seu quadro de magistrados, que permaneceram na jurisdição, todos trabalhando um pouco mais, para propiciar aos colegas que se afastam a tranquilidade para a pesquisa, para que depois possamos, todos juntos e cada um ao seu tempo, engrandecer o conjunto da magistratura trabalhista mato-grossense.

Sou grato aos amigos, magistrados e servidores do TRT da 23ª Região.

Durante o período de cinco anos do doutoramento, procurei resgatar o sentido originário do curso, com o propósito de efetivamente inovar no panorama dogmático e filosófico da minha ciência, acrescentando teses até então jamais propostas pela doutrina, com o objetivo de sugerir novos caminhos, estimular a crítica acadêmica e contribuir com o progresso das ideias e da minha disciplina.

Sou grato a todos os professores e amigos que participaram dessa jornada, principalmente os meus alunos de especialização da ESMATRA/MT, destinatários finais das minhas reflexões filosóficas em torno do direito e do processo do trabalho.

A despeito da conclusão do curso de doutorado em direito, cujo livro representa a síntese das ideias desenvolvidas ao longo da minha trajetória, proporcionando-me, ao menos formalmente, transitar por todos os níveis da carreira docente em nosso país, consoante ousava sonhar no ano de 2004 ao terminar a graduação, tenho a absoluta certeza de que a jornada está apenas começando, os sonhos renovam-se, a missão não está cumprida, novas metas já foram fixadas e as tenho em meus pensamentos e objetivos futuros.

Saudando a todos aqueles que participaram da minha caminhada, reafirmo a gratidão por tudo que passei, principalmente à minha família, que sempre esteve ao meu lado, de forma desprendida e incondicional. Sem eles – meus pais Edmundo e Marilene, meus irmãos Tiago, Filipe e Mateus, minha esposa Juliana e o meu filho Arthur – nada disso teria sido possível. E junto deles, renovam-se as esperanças de que os meus novos sonhos também se tornem realidade.

Cuiabá-MT, outono de 2017.

Prof. Dr. André Araújo Molina



Prefácio

Os direitos fundamentais têm papel cada vez mais catalizador na pós-modernidade, vez que conjugam, a um só tempo, proteção (*a posteriori*) e prevenção (*a priori*) em mesma amplitude e intensidade. Seu mosaico informativo espalha-se por todos os ramos e institutos jurídicos, notadamente na era atual de internacionalização crescente dos sistemas protetivos (de que são exemplos os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, especialmente o europeu e o interamericano). Sua aplicação tem sido sentida em áreas das mais diversas, bem assim naquelas que até bem pouco tempo passavam ao largo de sua compreensão, como, *v.g.*, o direito civil e o direito empresarial.

No plano do direito do trabalho – direito social informado por valores próprios desde o final da Primeira Guerra Mundial (lembre-se do Tratado de Versailles e da criação da OIT) e de princípios informativos de importância fundamental – o mesmo fenômeno tem ocorrido, mas com certo *plus*. De fato, não necessita(ria) a disciplina incorporar os valores dos direitos fundamentais se *já é* espécie desses direitos, incluída na (equivocada) roupagem dos direitos da segunda geração (dimensão) desde o final da Segunda Guerra. *Quid jus?* O *plus* vem representado pelos valores pós-modernos, capazes de *abrir* outras dimensões a um sistema de fontes estatizado e (ainda) hermético; a um sistema normativo (ainda) centralizado em codificações que não mais solvem todos os problemas apresentados; a um sistema (ainda) hierárquico impositivo e incapaz de dialogar com fontes outras não providas do núcleo central do Estado, senão da ordem internacional, tolerante, coerente e plúrima por natureza.

Raríssimos, é sem exagero dizer, os pesquisadores jus-laborais que enxergam tais constatações, que invadem o âmbito de um sistema (ainda) casuísta e normativista e que reconhecem a *total* insuficiência do sistema presente para a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo nas relações de trabalho. Dentre tais raras exceções encontra-se o Prof. André Araújo Molina, de cuja banca de doutoramento na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo tive a honra de participar na condição de examinador externo, junto aos professores Carla Teresa Martins Romar, Márcia Cristina de Souza Alvim, Ricardo Pereira de

Freitas Guimarães, para além de seu mais que competente (para mim, brilhante) orientador, Willis Santiago Guerra Filho.

O estudo do Prof. André Molina logrou todos os êxitos em demonstrar que a ciência jurídica de hoje tem sido grandemente influenciada pelas premissas do direito pós-moderno, e que o direito e o processo do trabalho devem adaptar-se, sem volta, a essa nova realidade. *Qual* a nova? Primeiro, a substituição da exclusividade estatal como único centro de produção de normas jurídicas; depois, a proliferação de fontes normativas *extra*-estatais, cujos valores axiológicos pesam *mais* em grau protetivo que as normas provenientes do Estado; ainda, a aceitação cada vez maior da *não*-hierarquização de normas, sejam elas quais forem, mesmo à luz de textos historicamente tidos como superiores (*v.g.*, a Constituição); por fim, o reconhecimento de que *outra* ordem jurídica (a internacional) sobrepõe-se à estatal no que tange à proteção integral da pessoa humana, sem, contudo, o fazer prepotentemente, porque possibilita o “diálogo” (para falar como Erik Jayme) entre as fontes mais heterônomas de proteção, para o fim de aplicar (sempre *pro homine*) o melhor direito ao caso concreto. Daí a sua constatação, límpida e corretíssima, no exato sentido do que há anos defendemos, de que os métodos tradicionais (clássicos) de interpretação e aplicação do direito, próprios do paradigma racional moderno, também hão de ser doravante revisitados e atualizados, com a adoção do modelo pós-positivista, a culminar com o reconhecimento da existência de um sistema da ciência do direito em forma de rede, sem hierarquia definida e integrado por regras e princípios jurídicos capazes de dar ao intérprete as melhores formas de busca para a solução das questões apresentadas, privilegiando a norma material que mais proteja a dignidade humana e a norma processual mais efetiva à materialização dos direitos em causa.

O leitor mergulhará, aqui, em águas profundas e será conduzido, com mão de mestre, à investigação *a contrario* do papel do Estado na pós-modernidade, sua *des*-construção legislativa à luz do mosaico mais amplo e protetivo advindo do cenário internacional, da passagem da codificação para a *des*-codificação do direito contemporâneo, da transcendência da modernidade à *pós*-modernidade (à luz da força normativa dos princípios) e da *não*-hierarquização do direito pós-moderno, agora cada vez mais dialógico e não prepotente (como ainda é, *v.g.*, o monismo internacionalista clássico, westfaliano, despido de dialogismo e de valores pautados na razão *pro homine*).

A (re)leitura que faz o Prof. André Molina sobre o papel do direito e do processo do trabalho na pós-modernidade, à luz de todo esse plexo normativo interno e internacional de proteção, pautado no diálogo das fontes e nos valores que a contemporaneidade apresenta, demonstra toda a sua capacidade científica, maturidade acadêmica e preparo intelectual, para além de transformar tema pouco ou nada estudado entre nós em assunto de grande interesse não só para especialistas em direito e processo do trabalho, senão para todos os acadêmicos do direito em nosso País. *Tout court*, o estudo que o leitor tem em mãos descortina novos horizontes do direito e do processo do trabalho à luz dos métodos pós-modernos de resolução de antinomias, pautados, sobretudo, na ordem internacional de proteção dos direitos humanos e na razão *pro homine*.

Trata-se, em suma, de obra ímpar e de destacado valor, escrita com linguagem elegante e precisa e fundamentada em bibliografia da melhor qualidade, tanto nacional como estrangeira. De minha parte, só posso augurar ao autor os mais retumbantes sucessos com este novo livro, que doa beleza à ciência do direito e faz acreditar que também no plano jus-laboral *há ciência* a indicar novos rumos à solução de controvérsias nas relações entre empregados e empregadores. Que a comunidade acadêmica o receba de mãos abertas!

Cuiabá-MT, março de 2017.

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor *summa cum laude* pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, *campus* de Franca – UNESP. Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional – SBDI e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas – ABCD.



Apresentação

A influência da filosofia liberal da modernidade fez nascer a Escola da Exegese como linha metodológica de interpretação e aplicação do Direito, que “recomendava ao juiz a estrita aplicação da legislação, sem margem alguma de interpretação, teoria que, após os refinamentos recolhidos na filosofia kantiana (separação das ordens moral e jurídica), da filosofia positivista, do neopositivismo lógico e da lição de Hans Kelsen, resultou no método positivista normativista, prócere da racionalidade, cientificidade e segurança jurídica”.

A evolução das relações de trabalho ocorridas a partir do século XIX e todos os acontecimentos do século XX, que foi marcado por duas grandes guerras, enormes avanços tecnológicos, rapidez de comunicações e de transportes, múltiplos regimes políticos, democráticos ou autoritários, influenciados por diferentes doutrinas políticas como o liberalismo, o comunismo, o corporativismo, o socialismo, o neocorporativismo e o neoliberalismo, além da emergência de instituições internacionais, como a Organização Internacional do Trabalho – OIT, levaram à discussão sobre a adequação ou não da adoção do método positivista para o estudo dos novos direitos reconhecidos aos trabalhadores, mormente dos direitos fundamentais, e, ainda, sobre o acerto ou não do reconhecimento da função apenas secundária dos princípios.

Os estudos aprofundados sobre o tema e o avanço do reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores de forma mais generalizada mesmo em um ambiente de sistemas econômicos globais e que pressionam para uma maior flexibilização de tais direitos, “desafiam a reconstrução de um sistema jurídico mais adequado à regular as relações sociais complexas e plurais, atentos à dignidade da pessoa humana e aos demais direitos fundamentais, para cuja empreitada as soluções prontas e generalizantes não são mais satisfatórias”.

Agora no século XXI é de se prever que a tendência à globalização venha a se acentuar cada vez mais.

Os impactos da globalização no Direito do Trabalho são inegáveis, tendo em vista que este modelo econômico não se compadece, de modo algum, com uma estrutura rígida de proteção trabalhista. As transformações decorrentes do avanço da tecnologia, a internacionalização dos mercados, a competitividade

entre as empresas, a necessidade de redução dos custos com o trabalho e as modificações do papel do Estado na ordem econômica e social criaram condições para uma reação contra a rigidez do sistema legislado de proteção ao trabalhador e contra a inderrogabilidade das normas trabalhistas e para a consequente adoção de uma política de flexibilização do Direito do Trabalho.

Diante desse contexto, desponta a necessidade de uma nova análise do Direito do Trabalho e, conseqüentemente, de sua aplicação concreta no dia-a-dia do processo do trabalho, pelo prisma constitucional, a partir dos referenciais filosófico-jurídicos do pós-positivismo.

Assim, mais do que nunca, como afirma brilhantemente o autor do presente trabalho, *“reclama-se um sistema jurídico mais flexível, aberto, adaptável às circunstâncias fáticas de cada um dos casos concretos, atendendo-se ao mesmo tempo à segurança jurídica e a racionalidade e, de outro lado, os direitos humanos e a justiça social. É necessário que haja um maior diálogo entre as esferas da moral, do direito e da política, com uma convocação dos diversos atores sociais (Estado, indivíduos e os grupos) para a construção da solução jurídica procedimentalizada, dialogada e adaptada. Para tanto, o sistema jurídico paradigma da pós-modernidade deve ser construído a partir do método pós-positivista, o mais adequado a lidar com direitos fundamentais de todas as dimensões, inclusive direitos trabalhistas, de empregados e empregadores, sem precedência prima facie entre eles, estática e abstratamente”*.

Esta é a proposta da obra *“Os direitos fundamentais na pós-modernidade. O futuro do Direito e do Processo do Trabalho”*, do Professor Doutor André Araújo Molina.

Trata o livro de tema atual e de relevância inegável, uma vez que, após fazer uma abordagem profunda sobre a evolução das relações de trabalho da modernidade à pós-modernidade e sobre a multidimensionalidade das ordens normativas, analisa os direitos fundamentais nas relações de trabalho e os danos à pessoa humana, fazendo um cuidadoso e profundo estudo sobre as questões relativas aos direitos fundamentais na pós-modernidade.

Aspectos como a centralidade da dignidade da pessoa humana, a interpretação pluralista e procedimental dos direitos fundamentais e os mecanismos de solução de antinomias, levam o autor à conclusão de que, em razão do reconhecimento da força normativa dos princípios e a pluralidade de fontes normativas, inexistem lacunas normativas no sistema jurídico pós-positivista, e especial no que tange aos direitos trabalhistas fundamentais, já que o *“foco de observação do processualista trabalhista deixará de ser a CLT e passará a ser todo o*

ordenamento jurídico, resultado do acoplamento do diploma trabalhista com o CPC de 2015, a Constituição Federal e os Tratados Internacionais, formando um único objeto de estudo, a partir do qual os intérpretes construirão as normas processuais e, organizando-as com a estrutura de sistema, resolverão as antinomias pelo critério da norma mais efetiva, aplicando-as aos casos concretos, independente da sua posição topográfica no ordenamento jurídico”.

Em seguida, a obra faz uma importante análise relacional entre Processo do Trabalho e efetividade, no que tange ao conflito de regras processuais, passando pelo estudo do chamado “processo flexível” enquanto instrumento de efetividade do direito material pós-moderno, abrangendo, na aplicação concreta do direito, a mixagem das regras processuais (CLT, CPC de 2015 e os microssistemas processuais trabalhistas), conforme a sua maior efetividade e pouco importando a sua origem normativa, para, ao final do Capítulo, concluir que no modelo metodológico pós-positivista as decisões são legítimas e não afetam a segurança jurídica.

Concluindo o estudo, e a partir do modelo metodológico pós-positivista, o autor apresenta uma revisão crítica da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, mormente no que tange às decisões adotadas em relação aos temas relativos a tratamento discriminatório, a exercício do poder fiscalizatório do empregador, em especial na realização do monitoramento das comunicações do trabalhador e na revista corporal e de pertences do trabalhador, a renúncia e transação dos direitos trabalhistas, a acesso e restrição de uso das instalações sanitárias e refeitórios, e a dano existencial por jornada de trabalho excessiva.

Uma tomada de postura crítica sobre o tema, utilizando-se como método de desenvolvimento do trabalho a construção de uma digressão sobre o pós-positivismo por meio de uma bibliografia de referência no campo teórico-filosófico do Direito.

Como se vê, trata-se de obra completa sobre o tema, trazendo inclusive uma extensa bibliografia para orientar o leitor e que tem a vantagem de ter sido escrita por quem, além de um pesquisador cuidadoso, exerce a Magistratura Trabalhista de forma séria e vocacionada e se dedica à docência com o empenho de um Professor que visa sempre trazer aos alunos reflexões que os façam ver o Direito e o Processo do Trabalho para o futuro.

Conheço André Araújo Molina há vários anos, pois fui sua professora no Mestrado em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do São Paulo e tive a honra de integrar a Banca Examinadora nesta sua tese de Doutorado em Filosofia do Direito, defendida na mesma Universidade.

Em todos estes anos em que tenho me dedicado à carreira docente tenho tido contato com diversos alunos e, felizmente, alguns deles, como André Araújo Molina, se interessam em pesquisar, em discutir e aprofundar seus conhecimentos sobre temas tão relevantes do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho, apresentando, a partir de seus estudos tanto dessas disciplinas como da Filosofia do Direito, novos caminhos para a aplicação concreta dos direitos dos trabalhadores e para a proteção efetiva de seus direitos fundamentais, mormente em tempos tão instáveis como os que temos vivido nos últimos tempos.

Profissional sério, competente e extremamente preocupado em desenvolver um trabalho de qualidade e que pudesse contribuir com o desenvolvimento dos estudos sobre o tema, André Araújo Molina atingiu brilhantemente seu objetivo.

Este livro que a Lumen Juris ora nos oferece é resultado da tese de Doutorado defendida pelo autor perante a banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo da qual tive a honra de participar, tendo o mesmo obtido nota máxima. Trata-se de obra que agora vem somar-se à bibliografia de qualidade em Direito do Trabalho, e que certamente auxiliará a todos os profissionais preocupados com o destino das relações entre empregados e empregadores.

Carla Teresa Martins Romar

Professora Doutora de Direito do Trabalho da PUC/SP

Sumário

Prefácio	XI
Apresentação	XV
Introdução	1
Capítulo I. Da Modernidade à Pós-Modernidade	7
1.1. A modernidade histórica e o direito moderno	7
1.2. A pós-modernidade	13
1.3. O direito na pós-modernidade.....	20
Capítulo II. A Multidimensionalidade das Ordens Normativas	29
2.1. Legalismo	29
2.2. Neoconstitucionalismo	32
2.3. Internacionalismo	40
2.3.1. Tratados internacionais.....	47
2.3.2. Convenções, recomendações e resoluções da OIT	50
2.4. Universalismo	53
2.5. Transconstitucionalismo.....	59
2.6. Relevância da jurisprudência internacional e estrangeira	70
Capítulo III. Os Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade	87
3.1. A centralidade da dignidade da pessoa humana.....	87
3.2. Superação do paradigma piramidal	108
3.3. Sistema da ciência jurídica em forma de hipertexto (pensamento em rede)	117
3.4. Da regulamentação à regulação das relações jurídicas.....	124
3.5. Interpretação pluralista e procedimental dos direitos fundamentais.....	135
3.5.1. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição de Peter Häberle	136
3.5.2. A legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann	139

3.5.3. A solução processual dialogada e procedimentada de Willis Santiago Guerra Filho.....	141
3.5.4. O direito enquanto sistema autopoiético de normas jurídicas	145
3.6. Mecanismos de solução de antinomias.....	151
3.6.1. O princípio “ <i>pro homine</i> ” e o conflito de regras materiais.....	152
3.6.2. O princípio da proporcionalidade e o conflito de princípios jurídicos	161
3.6.3. Conflito entre regras e princípios	170
3.7. Inexistência de lacunas normativas no sistema jurídico pós-positivista.....	176
Capítulo IV. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho	183
4.1. Evolução.....	183
4.2. A nossa posição	205
Capítulo V. Danos à Pessoa Humana	217
5.1. Classificação dos danos a partir da centralidade da pessoa humana	217
5.2. O conceito objetivo-constitucionalizado de dano moral	227
5.3. Os danos existenciais nas relações de trabalho	251
5.3.1. Dano existencial por jornada de trabalho excessiva	257
5.3.2. O requisito do dano (configuração, prova material e extensão)	263
Capítulo VI. Processo do Trabalho e Efetividade	271
6.1. O princípio da efetividade e o conflito de regras processuais	271
6.2. O processo flexível enquanto instrumento de efetividade do direito material pós-moderno: CLT, CPC de 2015 e os microssistemas processuais trabalhistas.....	277
6.3. A legitimação das decisões e a segurança jurídica no modelo metodológico pós-positivista.....	283
Capítulo VII. Revisão Crítica da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.....	309
7.1. Tratamento discriminatório	309

7.2. Monitoramento das comunicações do trabalhador.....	318
7.3. Revista corporal e nos pertences do trabalhador	332
7.4. Renúncia e transação dos direitos trabalhistas	342
7.5. Acesso e restrição de uso das instalações sanitárias e refeitórios.....	355
7.6. Dano existencial por jornada de trabalho excessiva	359
Conclusões	367
Referências	371



Introdução

A chegada da modernidade, marcada pelo início do desenvolvimento do comércio, declínio do sistema feudal, nascimento das monarquias absolutistas e, principalmente, a adoção de uma filosofia liberal, rompeu com as modalidades de trabalho da Idade Média (servidão feudal e corporações de ofício), ocasionando a migração da mão-de-obra para as cidades, em busca de trabalho nas manufaturas monopolistas, que foram potencializadas anos depois com a invenção da máquina a vapor e do lampião a gás, instrumental tecnológico que permitiu o início da primeira etapa da Revolução Industrial.

No campo jurídico, a influência da filosofia liberal da modernidade fez nascer a Escola da Exegese francesa, linha metodológica que recomendava ao juiz a estrita aplicação da legislação, sem margem alguma de interpretação, teoria que, após os refinamentos recolhidos na filosofia kantiana (separação das ordens moral e jurídica), da filosofia positivista, do neopositivismo lógico e da lição de Hans Kelsen, resultou no método positivista normativista, prócere da racionalidade, cientificidade e segurança jurídica. Os Códigos Civis clássicos eram os monumentos legislativos que regravam toda a vida econômico-social, com a pretensão tipicamente iluminista de exaurir as hipóteses fáticas a serem reguladas pelo direito privado, preocupados sempre com a igualdade em sua perspectiva formal.

O capitalismo industrial do século XIX refletiu nas relações trabalhistas, ampliando o fosso existente entre ricos e pobres, entre os proprietários dos meios de produção e operários, eis que os contratos de trabalho foram inicialmente regulados pelo Direito Civil, construídos sob matrizes liberais e interpretados dentro do método jurídico da Escola da Exegese (obediência ao *pacta sunt servanda*), aumentando a exploração legalizada do proletariado pelos industriais, em face das desigualdades econômicas e sociais no momento da contratação, desigualdade que foi reforçada pela equidistância mantida pelo Estado, que não intervia nas relações.

Passados muitos anos, notadamente a partir da intervenção da Igreja Católica e das doutrinas de Marx, foram editadas as primeiras leis específicas para regular as relações de trabalho e, a partir disso, o Direito do Trabalho consoli-

dou-se e ganhou autonomia legislativa com a Constituição mexicana de 1917, sendo a primeira a positivizar direitos sociais trabalhistas em nível constitucional (hierarquia formal e material), alçando-os à categoria de direitos fundamentais. Seguiram-se a Constituição alemã de 1919, o Tratado de Versalhes de 1919 e também a criação da Organização Internacional do Trabalho no mesmo ano.

A partir da autonomia legislativa, como corolário, cuidaram os autores do propósito de dar autonomia didática e científica à disciplina, quando construíram os primeiros princípios específicos, os quais passaram a condicionar a futura legislação e a interpretação nos mais diversos países, entre eles o Brasil.

Contudo, os juristas especializados não estavam instrumentalmente bem servidos para a empreita de construção autônoma da ciência jurídica trabalhista, eis que o objeto dessa ciência eram os novos direitos, direitos fundamentais sociais, que reclamavam também um novo método hermenêutico. Com efeito, o método que instrumentalizou os primeiros estudos trabalhistas foi ainda o juspositivista, recolhido da fase liberal clássica.

O método jurídico do positivismo era o adequado (*rectius*: desejável pela burguesia) para melhor interpretação e garantia dos direitos individuais de liberdade, direitos fundamentais de primeira dimensão, porém insatisfatório para interpretar e aplicar os novos direitos fundamentais sociais, representados pela primeira de suas espécies que foram os direitos trabalhistas. O “pecado original” da ciência jurídica trabalhista foi recepcionar o antigo método juspositivista para interpretar os novos direitos sociais, direitos que justamente foram desenvolvidos como um contraponto aos direitos individuais e liberais que o juspositivismo cuidava de legitimar.

Um dos principais reflexos da equivocada adoção do método positivista para o estudo dos novos direitos foi o reconhecimento da função apenas secundária aos princípios (apenas informativa, interpretativa e integrativa de lacunas) e – ainda mais inadequado – a incidência dos direitos fundamentais sociais no modelo “tudo-ou-nada”, aplicando-os de forma inflexível e uniforme em todas as circunstâncias, por subsunção. Os princípios específicos reverberaram essa inflexibilidade, sendo um dos principais o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, do qual decorre a irrenunciabilidade e a intransigibilidade, em todos os casos e com máxima eficácia.

A legislação infraconstitucional dos mais diversos países, na esteira, foi arquitetada como uma representação fotográfica das relações trabalhistas da época da autonomia da disciplina, estática, sempre tendo o empregador como uma

grande indústria e o empregado como desprotegido e alienado, contribuindo para o dogma da uniformidade das condições de trabalho subordinado, ao qual se liga o mito da incapacidade genética e permanente dos operários.

Dito de outro modo, o paradigma social-trabalhista do período de sua consolidação era representado pela figura da empregadora como a grande indústria e o empregado como o desvalido e incapaz, motivo pelo qual o Estado interviu com critérios rígidos e uniformes, à época satisfatoriamente adequados para equalizar a grande diferença fática e jurídica que existia entre os sujeitos contratantes, mas que também acabou por recolher as novas e diversas relações jurídicas que surgiram no mesmo modelo estático, sem que sofresse atualização, dogmática ou legislativa.

Tanto a legislação trabalhista como a doutrina brasileira adotou a ciência jurídica trabalhista construída sob os influxos positivistas, representada pelo autor uruguaio Américo Plá Rodríguez, para quem os princípios jurídicos cumprem as tríplexes dimensões: informadora do legislador, interpretativa e normativa, esta última apenas considerada como fonte supletiva, no caso de ausência de lei, concluindo ele que os princípios não podem ser considerados como fontes do direito.¹ A partir dessa premissa, o jurista citado dissertou acerca dos princípios trabalhistas em obra clássica que até hoje é referenciada, à unanimidade, pela doutrina e jurisprudência brasileira, reproduzindo as ideais mestras juspositivistas de normatividade exclusiva das regras da legislação ordinária, especialidade e isolamento da disciplina.

Observamos que a partir do segundo pós-guerra houve uma paulatina alteração sociocultural nos países ocidentais, na esteira do deslocamento da economia do setor industrial para o setor terciário – não por outra razão que alguns autores intitulam o momento histórico de pós-industrial. As características dessa nova fase batizada de pós-moderna são a velocidade da informação, a diluição das barreiras nacionais, a informática (com todos os reflexos na robótica, cibernética, telemática etc.) e a complexidade social, trazendo como reflexo na economia o deslocamento das fontes de riqueza da matéria-prima e dos bens industrializados para o prestígio do acúmulo de informação (produção, estocagem e circulação).

A informatização da sociedade atual gerou reflexos nas mais diversas áreas, como na ética (direito à informação), na deontologia (privacidade), na política

¹ Rodríguez, *Princípios de Direito do Trabalho*, p. 47.

(transmissão transnacional de dados e informações), gerando diversas crises, como na soberania, cultura (diversidade e complexidade), político-social (democratização das informações), reclamando soluções jurídicas pós-modernas e adequadas aos novos desafios.

Os sistemas econômicos e sociais da pós-modernidade desafiam a reconstrução de um sistema jurídico mais adequado à regular as relações sociais complexas e plurais, atentos à dignidade da pessoa humana e aos demais direitos fundamentais, para cuja empreitada as soluções prontas e generalizantes não são mais satisfatórias. Reclama-se um sistema jurídico mais flexível, aberto, adaptável às circunstâncias fáticas de cada um dos casos concretos, atendendo-se ao mesmo tempo à segurança jurídica e a racionalidade e, de outro lado, os direitos humanos e a justiça social. É necessário que haja um maior diálogo entre as esferas da moral, do direito e da política, com uma convocação dos diversos atores sociais (Estado, indivíduos e os grupos) para a construção da solução jurídica procedimentalizada, dialogada e adaptada.

Para tanto, o sistema jurídico paradigma da pós-modernidade deve ser construído a partir do método pós-positivista, o mais adequado a lidar com direitos fundamentais de todas as dimensões, inclusive direitos trabalhistas, de empregados e empregadores, sem precedência *prima facie* entre eles, estática e abstratamente. O sistema jurídico pós-moderno não se esgota com a interpretação adequada dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, mas também reclama outro nível de diálogo com as diversas fontes normativas internacionais previstas nos tratados que o Brasil ratificar, hodiernamente integrantes do nosso sistema jurídico por imposição constitucional (Constituição Federal, artigo 5º, §§), além de todas as demais ordens normativas, *infra* e *extraestatal*.

Enquanto persistir a desigualdade fático-jurídica entre os empregados e empregadores – e ainda há em grande parte dos casos –, haverá necessidade da atividade interventiva estatal, com a manutenção do Direito do Trabalho. Contudo, a legislação interventiva deve ser proporcional à desigualdade fática, em atenção ao princípio da igualdade em sentido material, mas não uma igualdade material estática e inflexível, mas uma isonomia adequada às circunstâncias específicas de cada relação jurídica, retomando a máxima do tratamento desigual, na medida de suas desigualdades.

A proteção deve ser diretamente proporcional à desigualdade real das partes, maleável, recomendando uma maior autonomia de vontade quanto mais

os contratantes estejam equiparados, chegando ao ponto de não falar em intervenção ou proteção alguma quando os sujeitos estejam em idênticas condições, como de resto se dá com a negociação coletiva, solução procedimentalizada que atende, a um só tempo, a individualidade dos vários grupos sociais, conforme características específicas de cada um deles, a complexidade social pós-moderna, a necessidade do diálogo social e a inserção do trabalhador na gestão empresarial. As normas estatais – principalmente os direitos fundamentais sociais – fixam os objetivos a serem atingidos e as próprias partes envolvidas dialogam e especificam o itinerário a ser percorrido, com a sua autorregulação, remetendo à busca do ponto de equilíbrio muito caro a todos os ramos da ciência (p. ex. homeostase).

Nada obstante a adoção da fórmula política do Estado Democrático de Direito pela Constituição de 1988, para falar com Willis Santiago Guerra Filho², com a expressa proclamação do pluralismo social, do solidarismo contratual, dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, e da necessidade de harmonização entre os ideais liberais e os sociais – da livre iniciativa com os valores sociais do trabalho, da propriedade privada com a sua função social, do modelo econômico capitalista com a redução das desigualdades sociais e regionais, todos iluminados pela prevalência dos direitos humanos e da dignidade –, há uma letargia entre os autores trabalhistas nacionais, não havendo sequer uma única proposição de interação entre o sistema jurídico trabalhista e os sistemas políticos, econômicos e sociais pós-modernos, tese que entendemos necessária, urgente e inédita a ser desenvolvida nesse trabalho, culminando com uma nova filosofia do Direito do Trabalho, especialmente o desenvolvimento dos seus novos princípios específicos e a adoção do método pós-positivista para a sua correta interpretação e aplicação, modulada pelo princípio da proporcionalidade, enquanto a ferramenta adequada a solucionar as colisões entre os direitos fundamentais sociais em um ambiente social hiper-complexo, flexível e cambiante.

2 Guerra Filho, Teoria da Ciência Jurídica, p. 154.



Capítulo I

Da Modernidade à Pós-Modernidade

1.1. A modernidade histórica e o direito moderno

A palavra modernidade deriva do latim (*modernus*), significando o que é atual, contemporâneo daquele que fala, acenando, à época, para a ideia de tradição. Foi utilizada primeiramente no século V para distinguir do passado romano e pagão um presente cristão que alcançava o reconhecimento oficial. Mas foi somente no século XV que ganhou maior definição para indicar um momento de transformações históricas e culturais marcadas pela passagem de alguns eventos, sequenciais e conectados historicamente: a descoberta da América pelos europeus, a Reforma protestante, o Renascimento cultural e, um pouco mais tarde, o Iluminismo.

O primeiro dos eventos citados convocou os pensadores da época a se debruçarem sobre problemas novos, como a liberdade dos índios, a propriedade no Novo Mundo, a convivência entre os Estados no espaço marítimo das navegações, entre tantos outros temas que, na era medieval, eram inexistentes. O advento das navegações também potencializou o mercantilismo, substituindo o antigo comércio (meras trocas) pela economia de mercado, quando os grandes comerciantes vieram a substituir os pequenos mercadores.

Já a Reforma protestante, colocando fim no monopólio da cristandade, introduziu na sociedade o debate social e político sobre a dissidência religiosa e, a partir dela, o problema da tolerância e da pluralidade, no limite retomando a antiga discussão acerca da verdadeira democracia.

A influência da modernidade, primeiramente, nas artes teve o seu apogeu durante o século XVIII, principalmente com a modernidade estética, reforçando-se no século seguinte com maior densidade social e prático-estética. Georges Benko diz que o mundo moderno é aquele que sucede ao mundo agrário. Ser moderno é viver num mundo que não é mais aquele do passado e que é preciso abordar-lhe com outros métodos. Essa mudança de método induz quatro revoluções que determinam a passagem à modernidade: uma revolução científica,

uma revolução política, uma revolução cultural e uma revolução técnica e industrial.³ O traço mais significativo do modernismo para a arte foi a busca de pureza e o cuidado para que ela não fosse contaminada pela política, pela moral ou pela cultura popular e das massas.

Na perspectiva institucional, também foi na modernidade que os Estados consolidaram-se como nacionais e soberanos, reivindicando para si a exclusividade do poder político, decorrendo dessa premissa a ideia de dominação do Estado sobre os seus súditos, traços que irão repercutir no jurídico desde o debate sobre as fontes do direito até a melhor teoria jurídica a ser adotada. Nessa época que autores como Maquiavel e Hobbes procuraram justificar, por intermédio da filosofia política, a legitimidade da dominação estatal e a exclusividade legislativa.

Já transcorridos duzentos anos desde o fim da era medieval, o Iluminismo veio para consolidar durante os séculos XVII e XVIII os ideais da modernidade, com a potencialização da racionalidade, crítica ao autoritarismo estatal (Montesquieu) e maior popularização do pensamento racional e metódico (Descartes). O progresso econômico dessa fase histórica, com a burguesia já consolidada, passou a exigir do Estado e, por consequência, do direito, a garantia da paz civil e a liberdade para o comércio. De tudo isso segue que os pilares do pensamento jurídico passaram a ser a igualdade para contratar, a liberdade pessoal e a propriedade privada enquanto maior instituição a ser resguardada.

O objetivo principal do direito deixou de ser a justiça para focar na paz civil e na prosperidade econômica. A liberdade dos antigos, enquanto garantia de participação na vida pública, foi substituída pela liberdade moderna, marcadamente individualista e patrimonialista. Para exemplificar com o Direito Civil, construído a partir dessas premissas modernas, o seu objeto de preocupação passou a ser a propriedade em detrimento da pessoa humana, que foi colocada em segundo plano. Reconhece-se, por exemplo, até os dias atuais, as diversas modalidades de danos patrimoniais, bem delimitados e estudados com ampla profundidade, mas os danos pessoais, notadamente à pessoa humana, somente agora foram reconhecidos entre nós com a Constituição Federal de 1988, mas carecendo de amplo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial.

As instituições forjadas no período moderno sustentavam-se nos pilares do individualismo filosófico, legalismo jurídico e democracia representativa

3 Benko, *Modernidade, pós-modernidade e ciências sociais*, p. 191.

formal no campo político, reconhecendo-se apenas as esferas do indivíduo e do Estado, bem como operando com um modelo simplificador à base de dicotomias excludentes, como público/privado, Estado/cidadão, legalidade/legitimidade e ciência/filosofia.

Maria da Graça dos Santos Dias condensa suas lições para reconhecer que a ciência na modernidade abandona a sabedoria construída na antiguidade que era marcada pela interação do homem com o mundo natural, social, mitológico. Este saber fundava-se na percepção sensível, intuição, observação, para compreender os mistérios da vida. Saber antigo que, pelos seus fundamentos filosóficos, levava o homem a refletir sobre si mesmo e o mundo. Apresentava o pensador a capacidade de se auto-reflexionar e de compreender as interconexões das múltiplas dimensões da realidade. Contudo, na modernidade, ocorre uma ruptura com este tipo de saber e o conhecimento científico apresenta-se como o critério único de reconstrução da verdade. A busca do conhecimento efetiva-se a partir de critérios de objetividade, neutralidade, universalidade, empirismo e hegemonia. A ciência opera uma ruptura com tudo que é da ordem sensível, valorativa, ideológica, mitológica e simbólica. Com a intenção de purificação do conhecimento, a ciência acaba por desprezar a *mundaneidade* do mundo e rompe com a filosofia – especialmente com a ética e a estética.⁴

A seguinte passagem de John Locke resume com precisão as premissas de racionalidade e purificação, próprios da modernidade e que alcançaram o direito:

Basta, por ora, ter provado que o homem pode, empregando retamente sua razão e as faculdades inatas que lhes foram dadas pela natureza, chegar ao conhecimento desta lei natural sem necessidade de que algum preceptor a esclareça, sem necessidade de um instrutor que lhe ensine seu dever. Contanto que haja algum recurso cognoscitivo que não se confunda com a mera tradição, haverá constância de que a lei natural seja conhecida por uma luz da natureza humana e por algum princípio interno. Pois tudo o que o homem conhece, procede de outros ou aprendeu por si mesmo.⁵

José Reinaldo de Lima Lopes foi muito feliz ao compreender que o direito moderno, ainda em sua fase jusnaturalista racionalista defendida por Locke,

4 Dias, Direito e pós-modernidade, p. 105/106.

5 Locke, Ensaio sobre a lei da natureza, 1664.

opõe-se ao homem animal político da tradição aristotélica, para pregar o individualismo e o personalismo. Deixa-se de entender a sociedade como sociedade e organização, mas sim enquanto a soma dos indivíduos isolados que resolvem contratar a vida em sociedade (contrato social). O comunitarismo clássico e a natural sociabilidade dos homens já não são mais os pressupostos da filosofia política e jurídica. A nova ética abandona a pesquisa dos fins substanciais gerais, comuns e universais para ocupar-se de uma ética dos deveres, do cumprimento das regras, de obediência e dos procedimentos.⁶

O direito moderno foi forjado ao longo dos séculos XVII e XVIII, neste ambiente cultural e filosófico e, como decorrência, construído a partir dos pilares do individualismo, do contratualismo e do racionalismo, migrando, no seu aspecto de conteúdo, das ideias de justiça, liberdade e participação na vida pública, próprias da antiguidade, para as ideias de paz civil, prosperidade econômica e de proteção da propriedade privada. No aspecto formal, o direito legislado migrou do casuísmo para a codificação, racionalidade, concentração legislativa no Estado – enquanto único centro emissor de normas –, ordem e hierarquia formal.

Na ciência jurídica, como consequência, também observa-se a mudança de estilo literário dos textos isolados para a consolidação de temas em documento único (tratadismo), de modo a emprestar racionalidade e unidade, sistematização e clareza, em movimento centrípeto. José Reinaldo de Lima Lopes complementa que o tratadismo opõe-se ao gênero medieval do *ius commune*, dos comentários de casos, leis, decisões, problemas particulares, de modo que o novo estilo é mais de exposição sistemática, por princípios e método dedutivo. Assim como as tentativas de matematização e geometrização dos modelos influíram no conhecimento da natureza e das ciências naturais, os filósofos políticos e jurídicos começaram a rejeitar o estilo casuístico e prudencial dos escolásticos para adotar o novo modelo racional, formal e unitário.⁷

A filosofia individualista e a ciência especializada são notadas em todos os ramos do conhecimento, a partir de três princípios básicos: reducionismo (estudo dos elementos), método analítico (comportamento das partes) e determinismo (relação de causa e efeito), difundindo-se na física com o estudo dos átomos, na biologia com o estudo das células, na sociologia com o estudo dos

6 Lopes, O direito na história, p. 167/170.

7 Lopes, loc. cit.

indivíduos, no direito com o estudo das normas etc. Leibniz defendeu expressamente a aplicação do empirismo no estudo do direito, separando este da filosofia, o que é confirmado quando o autor ocupa-se do direito natural e sugere um novo método de ensino jurídico de modo geométrico, matemático (preciso e demonstrativo), em sua obra *Método moderno para o ensino do direito* de 1667⁸.

Para Boaventura de Sousa Santos, o direito apenas assimilará de modo integral as influências modernas durante o século XIX, quando intentou-se realizar um desenvolvimento de três princípios potencialmente contraditórios: o princípio do Estado, formulado por Hobbes; o princípio do mercado, desenvolvido por Locke e depois Adam Smith, em particular; e o princípio da comunidade, na qual preside a teoria social e política de Rousseau. São por todas essas razões que a modernidade jurídica desenvolveu-se como uma ciência legal, formalista e refratária a qualquer forma de conhecimento não profissional, a qual encontra sua expressão extrema e mais sofisticada com a teoria pura do direito de Hans Kelsen.⁹

O reflexo de todas essas ideais no direito foi o prestígio da codificação e a adoção do método exegético de interpretação – posteriormente substituído pelo juspositivismo kelseneano –, para oferecer previsibilidade e estabilidade contratual. Dentro desse quadro, a diretriz consolidou-se pelo modelo legislativo de codificação estanque para cada ramo do fenômeno jurídico, sem zonas de intersecção entre eles, tanto é que as Constituições da modernidade regulavam apenas a organização política do Estado, sem aplicar-se ao direito privado, que estava livre da incidência dos direitos fundamentais e das reflexões filosóficas.

O modernismo foi recepcionado na América Latina no final do século XIX, por ocasião das independências das ex-colônias, as quais, visando romper com a dependência política e cultural europeia, reafirmaram sua soberania, constituíram Estados nacionais centralizados, refletindo nas artes e na ciência com uma busca de identidade própria e de pureza. O direito nacional, então, expandiu-se com a adoção do modelo modernista de codificação, não sendo por outra razão que as antigas ordenações portuguesas e as legislações estaduais foram substituídas no Brasil pelo Código Civil de 1916, o Código de Processo Civil de 1939 e, um pouco mais a frente, o direito e o processo do trabalho ganharam certa autonomia com a edição da CLT em 1943, sendo por isso que a legislação

8 Cf. Lopes, *passim*.

9 Santos, *Hacia un entendimiento postmoderno del derecho*, p. 166.

trabalhista pátria seguiu a diretriz moderna centralizadora, tendo consolidado em um único veículo legislativo todos os regramentos independentes, uniformizando o tratamento, tanto de direito material quanto processual para todas as relações jurídicas. Influenciado pelo paradigma da modernidade, o direito trabalhista originário buscou emancipação e independência.¹⁰

Como consequência do isolamento dos vários ramos jurídicos, a doutrina especializou-se e cada compartimento ganhou autonomia didática e científica. E o direito material e processual do trabalho também se isolou do direito comum, do processo civil e mesmo dos direitos constitucionais e da teoria geral do processo¹¹, chegando ao ponto de muitos autores trabalhistas clássicos interpretarem o artigo 769 da CLT como uma cláusula de contenção do processo trabalhista, como uma defesa contra a contaminação pelas normas do processo civil¹², quando, segundo pretendemos defender nesta tese, atualmente a filosofia pós-moderna recomenda a interpretação do artigo 769 do CLT como uma cláusula de abertura do sistema, de um amplo diálogo tolerante, possibilitando o seu acoplamento ao processo comum.

10 Em interessante trabalho de história do processo civil brasileiro, Igor Raatz e Gustavo da Silva Santanna dizem que o CPC de 1939 foi influenciado pela cultura jurídica europeia, nomeadamente pelos códigos austríaco (1895), projeto Chiovenda italiano (1919) e, principalmente, o português de 1926. Assim como veio a ocorrer com o processo brasileiro, no panorama português “o exacerbado número de leis e de outras normas escritas e consuetudinárias, de autoridade e de âmbito de aplicação diversos, era causa de grande confusão na prática jurídica portuguesa durante o medievo, de modo que, mais de uma vez, as Cortes solicitaram ao rei que as leis do reino fossem reformadas e reunidas em um único corpo legal.” (Elementos da história do processo civil brasileiro, *passim*).

11 Exemplo clássico do isolamento da teoria geral do processo é a observação de que, em relação aos requisitos da petição inicial, o CPC de 1939 adotava a teoria da individualização (mera descrição dos fatos, sem necessidade de fundamentação jurídica), no mesmo sentido seguiu-se a CLT de 1943 (artigo 840). Contudo, com o CPC de 1973, toda a teoria geral do processo foi reformulada, exigindo-se a exposição tanto das razões fáticas como da fundamentação jurídica (teoria da substanciação), decorrendo da opção alterações nos limites objetivos da coisa julgada (v. g., eficácia preclusiva da coisa julgada – art. 474), contudo a jurisprudência trabalhista recusou-se a assimilar o novo paradigma, mantendo-se fiel ao seu regramento especial da mera descrição dos fatos, mesmo nos casos em que a exordial é elaborada por profissional técnico que é o advogado.

12 “As normas da CLT que impedem a aplicação primária do Direito Processual Comum (arts. 769 e 889) estão diretamente ligadas ao momento histórico da sua edição. Em 1943, quando editada a CLT, vigia o CPC de 1939. A execução fiscal, por sua vez, era regida pelo Decreto-lei nº 960-1938. Como a CLT previa regras mais avançadas e simplificadas, tomou-se a precaução de impedir a aplicação do CPC e da LEF por meio dos artigos 769 e 889 da CLT, que funcionavam, então, como regras de contenção.” (Júlio Cesar Bebber, Cumprimento de Sentença no Processo do Trabalho, p. 20). No mesmo sentido SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. *Revista LTr*, vol. 70, n. 08, p. 920-930, agosto de 2006.

José Isaac Pilati também observou que o grande paradigma filosófico ocidental, desde Descartes e que influenciou o direito moderno, separa o sujeito e o objeto, cada um com sua esfera própria, disso decorrendo a separação da filosofia reflexiva (ética, moral e justiça) da ciência objetiva. O campo da ética não mais toca o jurídico, decorrendo que a ciência, a economia, a sociedade e o direito, estanques, reduzem-se à ordem, à medida, à racionalização, em detrimento da complexidade, da diversidade, da riqueza plural que a vida oferece nas suas infinitas possibilidades. E conclui que o homem, tendo aberto mão de parcela da dignidade, em troca de promessas jurídicas, por conta e risco de poucos representantes políticos, vive do pouco que lhe resta, enquanto espera a confirmação das grandes promessas que nunca se realizaram.¹³

As instituições jurídicas modernas fracassaram no objetivo de construir uma sociedade mais livre, justa e solidária. É por isso que o resgate do projeto do estado democrático de direito deve residir na centralidade da pessoa, na proteção do direito à uma vida digna e no respeito às diferenças. O Estado atual deve ser instrumentalizado para realizar, em conjunto com os indivíduos e os grupos sociais, os direitos humanos e fundamentais a que toda pessoa têm direito e que lhes são constitucional, internacional e universalmente proclamados, na maioria dos países democráticos, como é o caso brasileiro.

1.2. A pós-modernidade

A pós-modernidade, a despeito das várias significações semânticas que possa ocupar, designa um movimento cultural que atende os anseios da sociedade pós-industrial hipercomplexa, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, marcada pela velocidade da informação, pelo primado da tecnologia, pelo surgimento dos meios de comunicação de massa, a busca de uma civilização e religião universais, de uma autoridade política global, com o fim das antigas polaridades entre esquerda e direita, capitalismo e socialismo, capitalistas e classe operária etc., próprias da modernidade histórica e de uma sociedade escalonada e organizada.

No continente europeu, a pós-modernidade teve início com a arquitetura italiana dos anos 1950, como uma reação à racionalidade e a uniformização

¹³ Pilati, A dimensão filosófica da pós-modernidade jurídica, p. 307.

dos projetos, quando se defendeu uma volta ao passado, no sentido de captar as mais diversas formas, materiais e valores vinculados à cultura local. Em um segundo momento avançou sobre as artes e a cultura em sua acepção ampla, como as artes plásticas (*pop arte* dos anos 1950 e 1960), a literatura, as ciências acadêmicas, a filosofia e, conforme pretendemos demonstrar ao longo desse trabalho, o direito.

José Teixeira Coelho Netto resume com precisão o início do movimento pós-moderno ao ensinar que a novíssima arquitetura livrou-se de todos os estilos, formando um estilo próprio que é uma espécie de *neo-ecletismo*: todos os elementos de significação de todos os códigos anteriores podem ser usados numa edificação. Ecletismo, citação, fuga dos padrões habituais do bom gosto, mistura de elementos expressivos, revisitação do passado, mas sem submissões a estilos-fonte, a estilos modelares. A linguagem agora é de decomposição (onde antes valera a composição modernista, tão cara aos mestres modernos), linguagem da visão contemporânea sobre o passado. Tudo isso somado ao uso de materiais de hoje e com muita imaginação, pedra de toque do pós-modernismo. Tudo isso para escapar das caixas luzidias, mas redundantes e previsíveis, de concreto e vidro, típicas da arquitetura moderna que tomou de assalto o mundo todo, padronizando-o.¹⁴

E conclui o mesmo autor:

O pós-moderno arquitetural recorre a estilemas, a traços de estilo de códigos em desuso. Mas a linguagem que combina esses signos é outra, e outros os materiais. Muda a expressão, muda o significado, muda a significação global e final. E, depois, o passado não é nem mesmo a opção primordial dessa arquitetura: ele é, antes de mais nada, *inclusivista*. O objetivo é alcançar uma codificação plural, longe dos compromissos de ocasião e dos pastiches não-intencionais de alguns manipuladores mais limitados. Resultado: a complexidade e a contradição (para não dizer: a dialética) são seus traços de base. Venturi, arquiteto e teórico do pós-modernismo *avant la lettre*, vê nesse, aliás, o primeiro grande traço da pós-modernidade arquitetural quando comparada com a modernidade.¹⁵

14 Coelho Netto, *Moderno e pós-moderno*, p. 72/75, *passim*.

15 Coelho Netto, *Idem*, p. 75.

A estética pós-moderna é marcada pela desconstrução das formas pré-estabelecidas, uniformizadoras, acenando ao ecletismo, à efemeridade e a inclusão. Perry Anderson, tratando do conceito de pós-moderno na literatura, nas artes e na arquitetura, *locus* originário do conceito¹⁶, ensina que ele conecta-se com a ideia de ecletismo enquanto um estilo de “codificação dupla”, ou seja, uma modalidade de manifestação cultural que adotava um híbrido da sintaxe moderna e da historicista, com apelo tanto para o gosto mais refinado e educado quanto para a sensibilidade popular. “Era essa mistura libertadora do novo e do velho, do elevado e do vulgar que definia o pós-modernismo como um movimento e lhe assegurava o futuro.”¹⁷

No que acrescenta o mesmo autor que desde os anos 60, a própria ideia de vanguarda ou do gênio individual passou a ser suspeita. Há cada vez menos movimentos coletivos e combativos de inovação e são cada vez mais raros os “ismos” como emblemas de originalidade, concluindo Anderson que: “o universo pós-moderno não é de delimitação, mas de mistura, de celebração do cruzamento, do híbrido, do *pout-pourri*.”¹⁸

A ruptura cultural promovida pela pós-modernidade aparece com maior evidência no final da década de 1960, quando passa a ser observável uma profunda mutação de valores: a anarquia parece preferível à hierarquia, o jogo ao projeto estruturado, a “desconstrução” toma o lugar da criação, a liberdade individual é preferida aos valores coletivos. Poder-se-ia dizer que a pós-modernidade caracteriza também a passagem das certezas de uma ciência positiva triunfante para uma incerteza generalizada, criando um clima desfavorável ao modernismo, colidindo com diversas das figuras instituídas na modernidade, segundo nos recorda Georges Benko.¹⁹

Uma das características de pós-modernidade é a substituição da crença de uma verdade única para explicar as relações sociais pela existência de vários questionamentos e incertezas, paradoxais inclusive, identificadas com a convivência de ideias contraditórias em busca de uma solução dialogada,

16 “As origens da noção de pós-modernismo foram literárias e sua projeção à fama como estilo foi arquitetônica.” (Anderson, As origens da pós-modernidade, p. 110).

17 Anderson, op. cit., p. 30.

18 Ibidem, p. 110.

19 Benko, op. cit., 192.

da coesão a partir da diversidade, naquilo que Gilles Lipovetsky intitulou de coexistência dos contrários.²⁰

Para Débora Coelho, a pós-modernidade representa uma ruptura com o pensamento linear da racionalidade, do cientificismo e das grandes ideologias advindas da modernidade, bem como sugere um contraponto ao fervor iluminista do progresso e da técnica. A sociedade pós-moderna caracteriza-se através da fluidez e da volatilidade, onde tudo é temporário e flexível.²¹

E complementa Georges Benko que o estado intelectual pós-moderno encoraja a rejeição: recusa representações unívocas do mundo, visões totalizantes, dogmas e, também, reconhecimentos e afirmações de sentido. Ele aparece como uma erosão dos pontos de referência, uma interferência das maneiras de ver e de significar, uma perda de confiança nas teorias. O pós-modernismo apresenta-se como um movimento de desconstrução, de quebra da hierarquia dos conhecimentos e dos valores, de tudo que contribui a uma formação de sentido, de tudo o que foi construído em paradigma ou em modelo, recobrando todos esses fenômenos e remetendo num único e mesmo movimento a uma *lógica cultural* que valoriza o relativismo e a diferença, a um conjunto de *processos intelectuais* que oferecem estruturações significativas do mundo extremamente flutuantes e indeterminadas.²²

Na perspectiva econômica, é a crise que marca a passagem entre as eras. A sociedade industrial converte-se em pós-industrial, com substituição do sistema de produção fordista pelo toyotista, potencializada pelas tecnologias da informação e da comunicação. No campo político, o Estado-providência ou Estado do bem estar social é substituído pelo Estado neoliberal, marcado pelo fim do bloco comunista e a queda do muro de Berlim, caminhando para o Estado Democrático de Direito, que pretende ser a síntese inclusiva de todas as diferentes ideologias.

Falando do aspecto político, Perry Anderson inventaria as características do período pós-moderno ao indicar que, em meados da década de 1980, teve início um projeto de tolerância pluralística entre as nações, uma oferta de opções superabundantes, tornando sem sentido antigas polaridades – como esquerda e direita, capitalistas e classe operária –, importando mais para a

20 Lipovetsky, *Metamorfoses da cultura liberal*, p. 23.

21 Coelho, *Pós-modernidade*, p. 96/97.

22 Benko, *op. cit.*, p. 194 e 197, *passim*.

sociedade o domínio da informação do que a produção industrial. Segue disso que o pós-modernismo é o éter cultural de um sistema global que rejeita todas as divisões geográficas.²³

E arremata Georges Benko com a ideia que a pós-modernidade, além de seus aspectos estéticos, reexamina o pensamento iluminista sem aceitar a ideia de um fim unitário da história, ela coloca em questão o ideal moderno de racionalidade em seus efeitos desastrosos, inclusive o nazismo. É por isso que “temos a chance de ter vivido, de viver hoje uma crise espetacular do mundo intelectual, uma revisão dos fundamentos teóricos de toda a orientação moderna de pensamento.”²⁴

A característica principal dessa nova busca é o desejo de cruzar os limites entre a alta e baixa cultura, entre as disciplinas e as várias formas de conhecimento, mesclar os códigos e reivindicar o contexto social e a tradição cultural.²⁵

E as contradições que marcam a pós-modernidade alcançam as ciências, desde o princípio da incerteza de Werner Heisenberg, a teoria da relatividade de Einstein, os teoremas da incompletude de Kurt Gödel, as estruturas dissipativas de Prigogine, a teoria dos campos morfogenéticos de Rupert Sheldrake, a autopoiese de Humberto Maturana e Francisco Varela e a ordem implicada de David Bohm, apenas para recordar de alguns cientistas pós-modernos, os quais, nada obstante atuando dentro dos limites das ciências classicamente conceituadas como exatas, adotaram os paradigmas pós-modernos da relatividade e da incerteza, contribuindo indiretamente para uma nova filosofia da ciência.

As incertezas da ciência pós-moderna revelaram a necessidade de uma maior inter e transdisciplinaridade, ressaltando a importância de uma visão holística, complexa e multidimensional da realidade, retomando, decisivamente, o diálogo com a filosofia. Procura-se a unidade e a organicidade do conhecimento científico, sem rejeitar as suas particularidades e suas distinções. Para se compreender as partes é necessário o conhecimento do todo, na mesma medida em que, para conhecer o todo, não se pode desprezar a compreensão das partes.

Substitui-se o pensamento formal, linear e determinista da modernidade, por uma reflexão aberta, em movimento, dialogada com cientistas de especialidades diversas, bem como com o mundo da vida, a filosofia e a sociedade. Nessa

23 Anderson, *As origens da pós-modernidade*, p. 31 e 87, *passim*.

24 Benko, *op. cit.*, p. 204 e 210, *passim*.

25 Boaventura de Sousa Santos, *op. cit.*, p. 167.

nova forma do pensar científico admitem-se as incertezas, as interrogações, os erros e as soluções provisórias, sempre em constante reflexão e evolução.

Jean-François Lyotard, ao reconhecer que a ciência contemporânea pós-moderna é um reflexo da sociedade multicultural e complexa, anota que as suas influências alcançaram os diversos ramos das ciências, na medida em que desde o século XX há sinais de uma crise do saber científico outrora estruturado no caráter estanque entre as disciplinas e a sua pretensão enciclopédica. Atualmente, há necessidade de se afrouxar a citada trama enciclopédica na qual cada ciência devia encontrar seu lugar, deixando-as emanciparem. Disso resulta para ele que:

As delimitações clássicas dos diversos campos científicos passam ao mesmo tempo por um questionamento: disciplinas desaparecem, invasões se produzem nas fronteiras das ciências, de onde nascem novos campos. A hierarquia especulativa dos conhecimentos dá lugar a uma rede imanente e, por assim dizer, “rasa”, de investigações cujas respectivas fronteiras não cessam de se deslocar.²⁶

Avança defendendo que o estudo interdisciplinar é o melhor método de transmissão e formação do conhecimento na pós-modernidade, na medida em que no paradigma moderno a organização universitária cuidava para que cada ciência ocupasse o seu devido lugar num sistema dominado pela especulação, bem como considerava a invasão de uma ciência no campo da outra como “ruídos”.

Se o ensino deve assegurar não somente a reprodução das competências, como também seu progresso, seria preciso em consequência que a transmissão do saber não fosse limitada à de informações, mas que ela comporte a aprendizagem de todos os procedimentos capazes de melhorar a capacidade de conectar campos que a organização tradicional dos saberes isola ciosamente. A palavra de ordem da interdisciplinaridade, difundida sobretudo após a crise de 68, mas preconizada bem antes, parece seguir esta direção. Ela chocou-se contra os feudalismos universitários, diz-se. Ela chocou-se com muito mais.²⁷

²⁶ Lyotard, *A condição pós-moderna*, p. 69/71.

²⁷ *Ibidem*, p. 94.

Decorre da formação interdisciplinar que o trabalhador pós-moderno, com vistas a melhorar a sua *performance*, deverá reciclar-se permanentemente para aquisição de novas informações e melhorias das suas técnicas. Lyotard avança para recomendar aos novos estudantes a diálogo com disciplinas relacionadas com a formação telemática, como a informática, a lógica e o conhecimento de uma língua estrangeira, visto que os profissionais com essas habilidades são indispensáveis em todos os setores.²⁸

Em outra posição epistemológica, mas enxergando as várias nuances do mesmo fenômeno, Maria da Graça dos Santos Dias diz que no conjunto da ciência não se busca mais a hegemonia do pensamento, nem a unidade da ação; valoriza-se, muito mais, a pluralidade das percepções do mundo, o pluriculturalismo, a interdisciplinaridade, a transdisciplinaridade. A procura é pela unicidade, quando se integra os distintos elementos que constituem o todo. Doxa e episteme, senso comum e ciência, integram-se na busca da compreensão da realidade. Aliás, todo conhecimento científico para responder às demandas da estética e da ética, deverá retornar à comunidade, ao povo, ao senso comum, caso contrário servirá apenas como instrumento de dominação.²⁹

Os problemas humanos relacionados ao meio ambiente, as catástrofes atômicas da Segunda Guerra Mundial, a poluição, o efeito estufa, a migração, inclusive da mão-de-obra e das empresas contratantes, que não respeitam fronteiras geográficas e políticas, ajudam a chamar atenção dos Estados soberanos para uma necessidade de diálogo e construção de soluções comuns, inclusive as fronteiras jurídicas passam a relativizar-se com o início desse diálogo.

Também nesse sentido Boaventura de Sousa Santos reconhece que ante ao perigo global de aniquilação nuclear e com a catástrofe ecológica, se cria, pela primeira vez, uma situação na história na qual frente ao perigo comum, homens e mulheres tem a obrigação de assumir uma responsabilidade moral compartilhada.³⁰

O movimento ecologista, por outra vertente, também passa a questionar a ideia antropocêntrica de que o homem é o único sujeito de direitos, para admitir a tese de que a natureza também pode ser considerada como outro sujeito de direitos, marcando os questionamentos da substituição do contrato social pelo natural.

28 Ibidem, p. 89/92.

29 Dias, Direito e pós-modernidade, p. 109.

30 Santos, *Hacia un entendimiento postmoderno del derecho*, p. 166.

Ainda segundo Boaventura, na transição da compreensão pós-moderna filosófica para a jurídica, a ideia moderna de uma racionalidade global da vida social chegava ao final, desmembrando-se em uma multiplicidade de minirrationalidades à serviço de uma irracionalidade global, incontrolável, mas agora sendo possível reinventar essas minirrationalidades de tal maneira que deixem de ser partes de uma totalidade e se convertam em totalidades presentes em muitas partes. E conclui: “Está é a tarefa para uma teoria crítica pós-moderna.”³¹

A crise planetária que vivenciamos demanda uma cultura que reafirme o valor das conquistas dos direitos humanos, que admita a riqueza do pluralismo das concepções de mundo, que resgate a força das distintas identidades socio-culturais e acene ao diálogo intercultural. Somente assim poder-se-á criar novas experiências de convivialidade humana. Uma nova cultura democrática exige do cidadão atual uma consciência histórica engajada em seu tempo, consciência apta a compreender as exigências da vida local e global, e capaz de atuar solidária e responsabilmente nestes dois níveis.³²

1.3. O direito na pós-modernidade

O direito é um dado cultural que reflete as teorias sociais e filosóficas das suas determinadas épocas, ainda que seja conservador em um primeiro momento em relação às mudanças da sociedade, apenas recepcionando as influências das alterações dos paradigmas no final do itinerário de consolidação daquelas. Nesse mesmo sentido observa Franz Wieacker que todas as grandes épocas do direito e da ciência do direito têm como pano de fundo teorias ético-sociais aceitas em geral: a jurisprudência romana clássica tem o seu pano de fundo na filosofia da Academia; a dos glosadores, canonistas e conciliadores, na filosofia moral e nas teorias sociais da igreja medieval; o jusrationalismo, na filosofia humanista e no renascimento cultural; a pandectística do século XIX na ética da liberdade e do dever de Kant e o pensamento sistemático na teoria geral dos sistemas.³³

31 Ibidem, p. 168.

32 Maria da Graça dos Santos Dias, op cit., p. 113.

33 Wieacker, História do direito privado moderno, p. 279/280.

Justamente por essa razão é que defendemos a tese que o direito atual está começando a sentir os primeiros reflexos dos paradigmas sociais e filosóficos da pós-modernidade, como complexidade, ecletismo, caoticidade e imediatismo, seguindo que também precisamos repensar uma ciência do direito mais adequada a interpretar o seu objeto em constante processo de transformação, notadamente no espaço do direito material e do processo do trabalho.

Nesse tópico vamos apenas inventariar as influências pós-modernas que estão alcançando o direito e, com isso, influenciando também a sua ciência para, no decorrer dos capítulos seguintes, aprofundar as referidas constatações.

Na pós-modernidade, ao lado das esferas individual e estatal, reconhece-se a esfera coletiva, ou seja, agora são três sujeitos de direito: o indivíduo, o Estado e a sociedade no plano coletivo, juridicamente personalizada e materializada. E os bens jurídicos, nessa tríade, passam a ser privados, públicos e coletivos.

No campo político, a pós-modernidade requer uma democracia direta e participativa dos grupos sociais, repercutindo no campo jurídico com pluralismo das fontes normativas, procedimentos mais flexíveis, pluralidade de órgãos judiciários, visão holística, inter e transdisciplinaridade, culminando com soluções dialogadas.

Para José Isaac Pilati a pós-modernidade deve resgatar a complexidade do devir, incluindo o terceiro elemento coletivo, e passando a operar com trílogias: público, privado e coletivo; Estado, indivíduo e sociedade. Por isso que essa nova fase será o resultado da inclusão do coletivo e da complexidade no direito. Este será inclusivo, enquanto método de projetar a complexidade social. Em relação à nova esfera, defende o professor que também será preciso conferir autonomia e regime jurídico próprio aos bens coletivos, ao exercício dos direitos coletivos e à respectiva tutela processual adequada.³⁴

E o retorno da democracia direta e participativa, na forma de deliberação dos grupos sociais, faz surgir várias esferas de soberanias que devem dialogar entre si, formando um ambiente plural, complexo, de modo que as soluções legislativas estatais devem harmonizar-se com os ajustes participativos coletivos e pactuações particulares. Nessa nova realidade, o papel reservado à legislação estatal será de centro regulador e não mais o de regulamentar especificamente todas as individuais situações, cuja tarefa de adaptar, de fazer a sintonia fina, incumbe, primordialmente, aos grupos sociais interessados.

³⁴ Pilati, A dimensão filosófica da pós-modernidade jurídica, p. 295.

Já na esfera da tutela jurídica, deverá haver uma migração do processo formal, individual e centralizado no Estado para uma maior democracia participativa dos atores processuais, coletivização das demandas, simplificação e flexibilidade do procedimento, culminando com as soluções dialogadas e procedimentadas, mais construídas pelas próprias partes do que impostas pelo Estado-juiz. O contraditório deixa de ser um mero direito de ciência-resistência e passa a ser caracterizado pelo legítimo direito de também influenciar qualitativamente nas decisões judiciais.

Boaventura de Sousa Santos está entre os autores que aprofundaram no estudo do direito na passagem da modernidade histórica para a pós-modernidade, observando as mudanças culturais e como elas influenciaram o jurídico. O professor compreendeu que fracassaram as alternativas modernas de criar e aplicar o direito, marcadas pela existência de um direito máximo baseado nos códigos legais e no prestígio da ciência jurídica, no entanto, na sua visão, o direito enfrenta os reclamos da necessidade de microrrevoluções, de modo que o entendimento pós-moderno do direito é caracterizado pelo pluralismo legal, minimalismo jurídico e a trivialização do direito legislado. As suas conclusões sociológicas promovem formas de invenção social que permitam a expansão da democracia material e o fortalecimento de um novo sentido comum jurídico que combine as leis provenientes do Estado com as modalidades não estatais de direito e de conhecimento jurídico.

Aprofundando no seu estudo sociológico do direito, ensina que desde a década de 1960 começam na Europa alguns estudos a respeito do pluralismo legal em sociedades complexas e de novas maneiras de dar maior informalidade à justiça, com a procura de mecanismos alternativos de solução dos conflitos, buscando-se outros meios fora do procedimento formal estatal.

No mesmo espaço geopolítico coexistem diferentes ordens normativas, não sincronizadas e caóticas, atestando o fim do monopólio do Estado como o único órgão responsável pela emissão do direito. Segue que os padrões particulares de significado que são ativados em contextos práticos específicos, com frequência são misturas complexas de diferentes gerações de leis, sendo algumas velhas, outras novas; algumas em decadência, outras emergentes; algumas negociadas entre as partes, outras impostas; umas nativas, outras importadas, tudo muito familiar aos estudiosos do direito trabalhista, acrescentamos nós. Nesse emaranhado, a figura do Estado descanoniza-se e as leis por ele emitidas trivializam-se.³⁵

35 Santos, *Hacia un entendimiento postmoderno del derecho*, p. 163.

O Estado moderno surgiu como a fonte única da lei, autônoma e, assim como na arte moderna, desde o princípio orgulhou-se de sua unicidade, ampliando seu prestígio por meio da ciência jurídica e pelo poder social das escolas de Direito. A lei estatal condicionava a realidade social, controlando sua inovação, bem como planificava o futuro, na medida em que estava arraigada nas sólidas estruturas dos códigos, nas decisões da Suprema Corte e em trabalhos científicos especializados. Fundada na persistência de seus materiais de construção, a lei do Estado moderno tanto como a arte moderna, adotou uma estética de aparência e permanência, na qual a dinâmica de um presente eterno contrastava tanto com o passado efêmero como com o futuro trivial.

No ambiente cultural pós-moderno ocorreram duas sensíveis mudanças nesse paradigma. A delegação pelo Estado de algumas de suas antigas funções, passando a comportar-se como regulador, juntamente com a grande transformação das relações sociais, têm conduzido à uma crescente obsolência da lei estatal, bem como, tanto em nível infraestatal como supraestatal, têm surgido formas de direito que são muito mais fluídas, efêmeras, sempre negociáveis, ou seja, legítimas, o que atesta o surgimento de uma nova legalidade contextual, finamente ajustável aos interesses momentâneos das partes envolvidas e das relações de poder entre elas.

A hiperprodutividade normativa desse novo contexto social não somente se tolera, como se celebra. Assim como na arte pós-moderna, o direito pós-moderno propositadamente baixa o nível de sua própria aura tradicional, com o objetivo de restabelecer para ela uma função adaptada aos novos tempos e busca legitimar-se. Passa a ser um direito antiformal, mais acessível, quase coloquial, que se adapta às novas relações sociais ao invés de tentar conformá-las, de tal modo que a distinção entre o conhecimento jurídico profissional e o popular, tanto como a discrepância entre a lei nos textos e a lei em ação, deixa de fazer tanto sentido.

Essa legalidade pós-moderna emergente aceita e convive pacificamente com a legalidade moderna, reconhecendo a função do direito estatal para algumas situações, mas força-a dialogar com as outras fontes normativas, mudando o foco da generalidade para o particularismo, da abstração para a materialização.

Com a distribuição mais harmônica das fontes de poder normativo entre os vários atores sociais, tanto mais difícil tornar-se-ão as negociações para produzir leis novas e mais limitado torna-se o espaço para reformas na legislação estatal. Daí que a lei estatal com pretensão generalizante será paulatinamente

substituída pelas microrregulações. Essas, portanto, se farão mais particularistas e complexas. Em uma época de velocidade da informação e aceleração social, estes efeitos serão intensificados pela pressão social constante e sempre mais forte para renegociar acordos e imposições antigas. No final, o direito legislado estatal viverá um dilema: permanecer estático e ser ignorado ou caminhar e mudar com a dinâmica social e ser valorizado como referência normativa.

A menor participação do Estado como emissor de normas, quanto maior for a participação dos atores sociais, caracteriza o minimalismo legal e significa uma expansão da democracia, não necessariamente da democracia representativa, mas de uma democracia direta, participativa. O direito estatal moderno era resultado de uma democracia representativa, formal. Entretanto, com o fim do monopólio estatal da legalidade e do nascimento do minimalismo jurídico do Estado, representa, entre outras coisas, sinal de uma crise da democracia representativa e a ascensão de uma nova fase de democracia mais participativa, baseada no pluralismo jurídico.

O direito e o processo do trabalho atuais revelam uma franca aceção moderna, representados legislativamente pela CLT, visto que são construídos sobre os pilares de centralização (codificação), simetria e identidade de tratamento entre as relações, como se toda relação de trabalho fosse idêntica, acenando ao modelo clássico do empregado hipossuficiente e do empregador como a grande indústria, rigidez procedimental (regras processuais estáticas), emancipação da disciplina (defesa de autonomia didática e científica), tudo indicando e gerando um isolamento do Direito Constitucional e Internacional. O processo do trabalho clássico, inclusive, ainda rejeita atualmente os métodos alternativos de solução dos conflitos, mantendo a exclusividade estatal da jurisdição.

Para a inserção do direito e do processo do trabalho na pós-modernidade é preciso realizar a transição de uma época estatal corporativista e intervencionista, que sufocava as tentativas de negociação, individual e coletiva, notadamente por meio dos princípios clássicos da irrenunciabilidade e indisponibilidade dos direitos trabalhistas, para uma nova fase mais democrática, na qual o Estado permanece vigilante, contudo mais preocupado em indicar caminhos e diretrizes, mas deixando um espaço de atuação democrática participativa para as pessoas e os grupos integrantes das relações de trabalho atuais, notadamente as entidades sindicais.

O direito material e processual do trabalho assimilarão as diversas fontes normativas, principalmente as negociadas, as internacionais e as constitucio-

nais, na medida em que a legislação material generalizante da CLT não mais conseguirá dar conta de toda a complexidade das relações, seguindo que o direito processual rígido e uniforme também não será mais efetivo para atender a multiplicidade de direitos que demandam atuação jurisdicional célere e efetiva.

Na transição da modernidade para a pós-modernidade, enxergamos com nitidez que a CLT é resultado da influência modernista, buscando emancipação e reafirmando soberania, enquanto as legislações pós-modernas, em sentido inverso, acenam ao universalismo, complexidade e diálogo, respectivamente no Direito do Trabalho, centralidade da Constituição, incidência dos direitos internacionais, divisão legislativa em microsistemas e diálogo entre as fontes normativas, resolvendo as antinomias por critérios inclusivistas.

Observamos que o legislador substituiu paulatinamente a regulamentação estanque por meio dos códigos para cada compartimento jurídico, com sua doutrina especializada e seus métodos próprios de interpretação/aplicação, pela pulverização em diversos microsistemas legislativos³⁶, mais adaptáveis às relações sociais que visam regerar, bem como dialogando entre si em busca da solução de direito material que mais fomente a dignidade da pessoa humana.

Por isso que tencionamos a sugerir que o futuro do Direito do Trabalho, para recolher adequadamente cada uma das modalidades contratuais, respeitando-se as diferenças fático-jurídicas entre as espécies de empregados e empregadores, deveria decompor-se em diversos microsistemas, cada qual adequado a diferentes realidades, substituindo-se a CLT, uniforme e inflexível, por legislações específicas para cada espécie de relação jurídica trabalhista, e pelas negociações coletivas.

O ordenamento jurídico material trabalhista não mais deve ser enxergado apenas pela CLT, mas integrado complexamente pela Constituição Federal de 1988, pelos tratados internacionais, legislação infraconstitucional – CLT, Código Civil 2002 e legislação extravagante –, normas coletivas, regulamentos de empresa e pelos contratos de trabalho. A partir desse amplo objeto é que o jurista trabalhista irá apreender o significado dos textos e construir o sistema

36 Exemplo típico são as Leis n. 12.619 de 2012 e n. 13.103 de 2015 que dispõem sobre o exercício da profissão de motorista, retirando, por exemplo, a regulamentação quanto à sua jornada de trabalho do regramento genérico da CLT, passando a tratá-la especificamente, atendendo as particularidades da relação especial.

jurídico, o qual é integrado por normas que ocupam tanto a forma de regras como a de princípios.

Na construção e sistematização, o jurista organizará as normas de forma flexível, com observância do princípio da norma mais favorável à pessoa humana, realizando o diálogo das diversas fontes, e resolverá as antinomias entre as regras e princípios, autonomamente e entre si. Havendo conflito de princípios, principalmente a partir da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, encontrará no princípio da proporcionalidade o mecanismo para solução dessa espécie de antinomia, mas apenas quando o legislador já não tenha fixado a solução para o conflito por meio de regras jurídicas da legislação ordinária ou mesmo as próprias partes por intermédio das normas coletivas.

Decorre, por exemplo, da perspectiva epistemológica pós-moderna que em relação ao tema dos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, há diversos microssistemas incidentes, desde o Código Civil, Constituição, legislações especiais e os tratados internacionais, convergindo para um grande sistema multifacetado.³⁷

E o sistema material trabalhista retratado acima, para ser adequadamente interpretado e aplicado, reclama também procedimentos judiciais mais flexíveis, com a participação dialógica democrática dos atores sociais, culminando com a adoção do método pós-positivista – baluarte na correta incidência dos princípios e regras e na imposição de soluções procedimentadas e mais adequadas às circunstâncias concretas, decisões racionais e ponderadas, em grande medida construídas pelas próprias partes em atuação conjunta e colaborativa.

Acreditamos, após a contextualização histórico-cultural e filosófica, que o legislador do novo Código de Processo Civil apreendeu essas lições e realizou uma virada paradigmática no método de interpretação do ordenamento jurídico, que já vinha se consolidando desde a Constituição de 1988 no Brasil, ainda que a custa da perda da autonomia legislativa do direito e do processo do trabalho. A perda de autonomia, muito ao contrário de significar um retrocesso, em nosso ponto de vista, significa avanço para um sistema jurídico aberto, complexo, dialógico e autopoietico, único capaz de recolher a multiplicidade das relações sociais na sociedade pós-moderna e hipercomplexa.

Tanto como a expansão atual da democracia centra-se na combinação da democracia representativa com a democracia participativa, a luta pós-moderna

³⁷ Molina, *Sistemas de responsabilidade civil objetiva e os acidentes de trabalho*, p. 70/117.

dos direitos radicar-se-á na combinação da lei do Estado com as outras formas não-estatais de direito e conhecimento jurídico.

Outra observação importante é que cada vez mais os países que adotam o sistema jurídico europeu-continental do *civil law* recebem mecanismos próprios do sistema da *common law*. A importação ocorre por uma razão muito simples. O primeiro modelo, originado do Código Civil francês de 1804, está baseado em leis, em normas estáticas, escritas e universalizantes, enquanto o direito do *common law*, de seu parte, ainda que recentemente venha aumentando seu aspecto legislativo positivo, está fundamentado principalmente no direito dos casos concretos, em decisões judiciais que consideram as particularidades de fato, interpretando as leis. Dito de outro modo, o ponto central do sistema de precedentes é a adjudicação de casos específicos e que, por esta razão, é inerentemente flexível, adaptável às mudanças sociais e as circunstâncias concretas, cujas características oferecem melhor resposta aos problemas jurídicos da sociedade pós-moderna hipercomplexa.

O sistema jurídico ideal tenciona a ser uma mistura dos antigos modelos estanques do *civil law* e do *common law*, pela singela constatação de que convivem atualmente as premissas metodológicas de ambos, ou seja, direito estatal legislado ao lado do direito negociado especial; pretensão generalizante das legislações com o particularismo dos casos concretos e seus precedentes judiciais.

Os juízes brasileiros também precisam assumir uma postura pós-moderna aberta à construção dialogada e procedimentada das decisões judiciais, mormente naquelas em que o julgador exerce parcela de jurisdição constitucional, realizando o controle difuso de constitucionalidade e conformando os direitos fundamentais nas relações concretas, tudo de forma a legitimar as suas próprias decisões. Essas são mais legítimas quanto maior o envolvimento das partes interessadas, inserindo-as em um ambiente plural e consensual, propício à construção de uma solução que tenha a dignidade da pessoa humana como objetivo a ser alcançado.

Robert Alexy defende a existência de uma tensão atual entre democracia e direitos fundamentais, na medida em que os segundos atuam como limite às investidas do Poder Legislativo (e do Executivo ao exercer função atípica legislativa) quando da atuação das maiorias parlamentares, incumbindo ao Poder Judiciário realizar o controle por meio da jurisdição constitucional.

A premissa fixada por ele é a que os direitos fundamentais têm natureza dúbia, sendo tanto democráticos quanto contramajoritários, na medida em que, além

de garantir direitos universalizáveis, estabelecem posições jurídicas subjetivas que não podem ser decididas pela maioria parlamentar momentânea e de ocasião.

Da premissa decorre a conclusão que a democracia atual não é uma democracia formal, sustentada pela simples vontade majoritária, mas a democracia constitucional pós-moderna é pluralista, tolerante e atenta aos direitos fundamentais das minorias, protegidas da vontade parlamentar pela jurisdição constitucional.³⁸

Para nós, as decisões judiciais, em tema de direitos fundamentais, para legitimarem-se, devem respeitar as decisões do povo positivadas na Constituição (evitando substituir-se ao legislador constituinte), bem como oportunizando as partes do processo a oportunidade de influir no convencimento, o que dar-se-á por meio da observância do procedimento judicial dialogado, racional, público e fundamentado que proporcione a sua controlabilidade *a posteriori*, por intermédio da participação crítica dos demais interpretes da Constituição, mormente a doutrina, e a revisão das posições políticas pelos Poderes Legislativo e Executivo, por meio de ajustes na legislação ordinária, de maneira a indicar novos caminhos judiciais.

Se os integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo estão legitimados democraticamente pelo sufrágio e pela possibilidade de não renovação do mandato, os magistrados e as decisões judiciais legitimam-se indiretamente e *a posteriori*, conforme as suas manifestações atendam aos procedimentos constitucionais e imponham respeito aos ideais constituintes originários, para cujas tarefas foram incumbidos.

A proposta dos capítulos seguintes é reconstruir o direito e o processo do trabalho brasileiro a partir dos ideais pós-modernos de complexidade social (com a heterogeneidade das relações de trabalho e a maior tolerância com as diferenças), o universalismo (transconstitucionalidade e o diálogo com o direito internacional dos direitos humanos), o reconhecimento da necessidade de diversos microssistemas normativos especializados, tanto em nível de direito material como processual, um direito processual flexível e democrático (adaptabilidade e procedimentalização), enquanto instrumentos adequados à regular as relações de trabalho pós-modernas e legitimar socialmente as decisões judiciais especializadas.

38 Alexy, Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático, *passim*.

Capítulo II

A Multidimensionalidade das Ordens Normativas

2.1. Legalismo

O Estado absolutista dos séculos XVII e XVIII era marcado pela divisão social entre o soberano e os súditos, tendo o primeiro a atribuição de criar e aplicar as leis, não se submetendo a elas, e os segundos o seu cumprimento; ao soberano os direitos, aos súditos, deveres. Esse modelo estatal não reconhecia a separação dos poderes, concentrando no monarca as atividades de legislação, execução e julgamento, embora pudesse delegar aos juízes, não integrantes do aparato estatal, a *autorictas* de aplicação do direito absoluto. Na medida em que não havia limitação do poder pela lei democrática, o direito era subordinado pela política, esvaindo-se, como efeito reflexivo, qualquer possibilidade de garantia e previsibilidade de direitos subjetivos aos cidadãos.

Marcelo Neves anota que, nesse contexto, pode-se falar de subordinação do direito ao poder. A subordinação do jurídico ao político contribui para a relação assimétrica entre o poder superior e o inferior ou entre o soberano e os súditos. Nas classes integrantes do topo da pirâmide, destacam-se os privilégios estamentais ou as prerrogativas do soberano a serem gozados ou exercidas em detrimento das camadas inferiores. Para estas, carentes de privilégios e prerrogativas, restava o dever de sujeição ou obediência.³⁹

O avanço deu-se no século XIX com o novo modelo de Estado legalista, próprio das conquistas da Revolução Francesa, quando se implantou a limitação do poder pelos mecanismos de separação das atribuições estatais, retirando do poder político a atribuição exclusiva de legislar, bem como dando uma relativa autonomia ao Poder Judiciário para aplicar a legislação, principalmente valorizando o princípio da legalidade, no que acabava limitando politicamente a sua margem de atuação.

39 Neves, Transconstitucionalismo, p. 9.

No direito privado, avultou-se a legislação codificada, como representação do direito autenticado pelo Estado e garante da previsibilidade e estabilidade social, enquanto exigências sociológicas da burguesia, dos industriais e dos capitalistas, classes detentoras do poder econômico que se sucederam historicamente, as quais cobravam do Estado segurança jurídica para o avanço dos seus negócios.

A partir do Código Civil francês de 1804, o direito passou a ser confundido com a legislação codificada, ganhando corpo nas escolas jurídicas o estudo estreito da legislação ordinária e a adoção dos métodos formais de aplicação subsuntiva (silogismo dedutivo), próprios do exegetismo e, mais a frente, do positivismo jurídico kelseneano. Também é resultado desse modelo a antipatia com a interpretação dos textos legislativos, dando-se preferência pela gramatical, valorização da vontade do legislador e a vedação da liberdade interpretativa e valorativa do juiz, como signos da separação dos poderes e da proeminência do Poder Legislativo da época.

Hans Kelsen defendia que existiam vários sistemas de ordenação das condutas humanas, entre os quais o Direito e a Moral, que não se confundiam. Enquanto para os próceres do jusnaturalismo havia coincidência entre os sistemas moral e jurídico, para Kelsen não há nenhum ponto de contato entre eles, razão pela qual não há como confirmar a validade de normas integrantes de um dos sistemas a partir da comparação com os elementos do outro sistema.

O sistema da Moral é relativo, conforme os valores dos integrantes de determinadas sociedades. Não há uma Moral absoluta, por isso não há como dizer se um sistema jurídico está conforme ou não a ela; não há um conceito absoluto de justo. Esclarece o jurista que devemos ter presente, porém, quando apreciamos “moralmente” uma ordem jurídica positiva, quando valoramos como justa ou injusta, que o critério é relativo, de sorte que não fica excluída uma diferente valoração com base em outro sistema moral. Uma ordem jurídica pode ser considerada injusta se apreciada com base no critério fornecido por um sistema moral, mas ela pode ser havida como justa se julgada pela medida fornecida por outro sistema moral.⁴⁰

São por essas razões que o juiz não estava autorizado a valorar o direito positivo, a reabrir o debate moral e político, mas apenas deveria interpretar de modo técnico os textos legislativos e aplicá-los por subsunção. Ao interpretar

40 Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 76.

a legislação, restritivamente, o juiz extraía os seus elementos e construía as proposições jurídicas que eram aplicadas aos casos. As proposições para Kelsen (mais modernamente normas jurídicas⁴¹) ocupam a forma lógico-deôntica uniforme das regras jurídicas, prescrevendo uma conduta e, havendo sua desobediência, uma sanção.

A legislação positiva era o objeto de análise do intérprete, quer jurista quer julgador, pelo que a norma jurídica era o resultado dessa interpretação, cujas normas, para os adeptos do positivismo normativista, ocupam a estrutura lógico-formal de regras jurídicas, com a descrição de um suporte fático e a imputação de uma sanção, caso a hipótese seja preenchida pela conduta humana antijurídica.

O modelo juspositivista, a despeito de eleger as regras jurídicas como os únicos elementos normativos do conjunto da ciência jurídica, não desconhecera a existência dos princípios. Entretanto, os princípios não tinham força normativa plena, mas apenas as funções secundárias de inspiração do legislador, de interpretação (no momento da construção das normas a partir dos textos) e a função normativa restrita, essa última considerada apenas como fonte supletiva, no caso de ausência de regras e no preenchimento das lacunas do sistema.

Ao lado dos códigos civis, foram promulgadas as primeiras constituições, mas estas cumpriam apenas as funções de organização das atribuições estatais e previsão de alguns direitos de defesa dos cidadãos em face do Estado, estando incluída no primeiro objetivo a determinação dos limites em que o legislador poderia atuar. A Constituição, como documento político e não jurídico, funcionava como limitação formal para a atividade legislativa ordinária, de sorte que se o legislador atuasse dentro do procedimento legislativo, o resultado da sua atividade era válido e deveria ser necessariamente aplicado pelo juiz. De outro lado, caso o procedimento legislativo fosse desrespeitado, a Corte Constitucional era responsável pelo controle negativo da legislação, exercendo o controle de constitucionalidade apenas formal.

41 Para Eros Roberto Grau: "(...) o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A 'completude' do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Mas o 'sentido expressado pelo texto' já é algo novo, distinto do texto. É a norma. (...) as normas resultam da interpretação, que se pode descrever como um processo intelectualivo através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. O intérprete desvencilha a norma de seu invólucro (o texto); neste sentido, ele 'produz a norma.'" (Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, p. 30/31).

Os juízes das instâncias ordinárias, insuscetíveis que estavam de realizar controle difuso de constitucionalidade, incumbia aplicar apenas a legislação ordinária aos casos concretos, pela técnica da subsunção e sem rediscutir politicamente as opções feitas pelo legislador, devendo dar preferência à interpretação literal da lei e, principalmente, não estando autorizado a interpretá-la a partir da Constituição e, muito menos, buscar diretamente nesta última os fundamentos da sua decisão.

O traço principal do modelo legalista é a identificação do direito com a legislação, em uma visão reducionista do fenômeno, de modo que os magistrados não estavam autorizados a interpretar e aplicar as constituições, as quais, enquanto documento político, não possuíam força normativa. Derivava da ineficácia jurídica das constituições o reconhecimento de que os direitos nela enunciados eram meros programas ao legislador, de sorte que enquanto o Legislativo não intermediasse, por meio da lei ordinária, a incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas, as disposições constitucionais não tinham eficácia a partir, e somente, do próprio texto constitucional.

Os modelos do Estado legalista e da ciência jurídica juspositivista foram os que frutificaram durante os séculos XIX e XX, tendo inspirado a grande maioria dos códigos brasileiros, inclusive a legislação trabalhista, sendo também o método juspositivista adotado pela maioria das escolas jurídicas do país, pelo menos até o início do século XXI, acenando à fase evolutiva da modernidade histórica e jurídica que tratamos no primeiro capítulo deste trabalho.

A maioria dos magistrados trabalhistas brasileiros, porque formados em um ambiente juspositivista, ainda exercita o modelo jurídico legalista, dando mais valor à legislação ordinária do que às disposições de direitos fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988, sendo raras as decisões especializadas em que haja controle difuso de constitucionalidade material, interpretação conforme ou a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. Raciocina-se, às vezes, a partir da legislação ordinária e dos atos infralegais (atos administrativos, portarias, recomendações, instruções normativas etc.) e não a partir da Constituição.

2.2. Neoconstitucionalismo

A revisão do modelo jurídico legalista teve início após o fim da Segunda Guerra Mundial, a partir da constatação fática de que as atrocidades cometidas

pelo regime nazista estavam todas previstas na legislação ordinária alemã e tinham sido aprovadas segundo o procedimento legislativo formal. Entretanto, ao se analisar as condutas dos proeminentes do regime, por ocasião do julgamento de Nuremberg⁴², chegou-se à conclusão que não somente as previsões das legislações ordinárias é que deveriam ser seguidas, principalmente quando elas conflitavam com os direitos fundamentais previstos nas constituições da época e com os direitos naturais. Avançou-se para dizer que os direitos constitucionais, que acenavam à moral, deveriam ser reintroduzidos no sistema jurídico, devendo os juízes reconhecerem força normativa às constituições, bem como a doutrina buscar um novo método para a sua adequada interpretação e aplicação.

Importante fazer um refinamento semântico no sentido de que o signo constitucionalismo é utilizado pela doutrina jurídica para representar dois momentos históricos diferentes. No sentido clássico, significa o movimento do século XVIII em que os novos Estados nacionais elaboraram documentos políticos com a previsão de alguns direitos e a organização das suas atribuições (constituições). No sentido mais atualizado, o constitucionalismo (para alguns, neconstitucionalismo) significa o movimento de valorização das constituições como o documento jurídico central dos ordenamentos nacionais, reconhecendo-se eficácia normativa plena às suas normas, sendo nesse último significado que trataremos dessa nova fase da evolução do direito.

Para os autores constitucionalistas, o objeto de interpretação do jurista deixa de ser apenas a legislação ordinária, somando-se a ela a Constituição, que, com força normativa, espraia-se e condiciona toda a legislação, a interpretação e a aplicação do direito, principalmente a partir do final de século XX.

Riccardo Guastini defende que um sistema jurídico estará inteiramente constitucionalizado quando estiver “impregnado” pelas normas constitucionais, no sentido de que a Constituição for invasora, intrometida, sendo capaz de condicionar tanto a legislação, como a jurisprudência, a doutrina, a ação dos atores políticos e as relações sociais. Para justificar o reconhecimento da constitucionalização, o jurista enumera uma lista de seis con-

42 Inclusive o argumento da existência de fundamento legal prevendo as práticas desumanas em relação aos judeus, entre as demais barbaridades cometidas pelo III Reich, foi o principal fundamento invocado pelos réus no julgamento de Nuremberg, na Alemanha, em 1945 e 1946 (Cf. Leo Kahn, Julgamento em Nuremberg, *passim*).

dições que devem ser atendidas para que o sistema jurídico de que se trate esteja complementemente constitucionalizado.⁴³

A primeira condição indispensável é a existência de uma Constituição que seja rígida, infensa às corrosões por meio da legislação ordinária, mas que preveja um procedimento especial de atualização e modificação. Derivaria dessa condição, a existência de uma hierarquia entre a Carta Maior e a legislação ordinária, de modo que àquela condicionaria esta, mas a última não poderia modificar a primeira, sendo o ideal a existência de uma Constituição escrita e que em seu bojo contenha alguns princípios fundamentais que estejam a salvo inclusive da revisão constitucional.

A segunda é a existência de instrumentos jurisdicionais de proteção da Constituição contra investidas do poder político, sendo o mais adotado o controle material de constitucionalidade, quando os juízes estariam autorizados a declarar a nulidade da legislação ordinária que violentasse as normas constitucionais, sendo o modelo ideal àquele em que os juízes das instâncias ordinárias também possam exercer a jurisdição constitucional, interpretando a legislação à luz da Constituição, bem como extirpando do sistema as normas ordinárias que com ela conflitassem, no que se convencionou chamar de controle difuso e material de constitucionalidade.

A outra condição é reconhecer que a Constituição possui força normativa vinculante, no sentido jurídico, não apenas servindo como documento político que organiza as funções estatais, mas que também preveja direitos fundamentais que sejam subjetivamente exigíveis e vinculem o Estado, disso seguindo que os juízes devem adotar a posição teórico-prática de que todas as normas constitucionais, independentemente de sua estrutura ou conteúdo normativo, são normas jurídicas genuínas, vinculantes e suscetíveis de produzir efeitos jurídicos concretos.

A quarta condição é a adoção pelos juristas de uma interpretação que seja extensiva das normas constitucionais, garantindo a sua eficácia a um número maior de situações fáticas, de maneira que se extraiam variadas normas implícitas idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política. Por conseguinte, quando a Constituição é interpretada extensivamente, com a máxima efetividade das suas normas, não sobram espaços imunes ao direito constitu-

43 Guastini, *Estudios de teoria constitucional*, p. 154 e seg.

cional: não existindo lei ou ramo jurídico que estaria a salvo do controle de legitimidade constitucional.

A duas últimas condições de constitucionalização do ordenamento estão imbricadas, visto que se deve reconhecer a possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais tanto nas relações entre os cidadãos e o Estado, quanto nas relações entre particulares, obrigando os juízes a realizar a interpretação de todas as leis conforme à Constituição, inclusive nos quadrantes do direito classicamente privado, e, na ausência de regulação ordinária, seja em razão das lacunas ou como resultado do controle difuso e material de constitucionalidade, aplicar diretamente as normas constitucionais a partir do próprio texto da Lei Maior, notadamente dando força normativa os direitos fundamentais.

Ao se analisar o sistema jurídico brasileiro, chega-se à conclusão que a sua completa constitucionalização somente foi alcançada depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 e, principalmente, com a atividade jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal já neste século XXI, justamente pela previsão de normas constitucionais rígidas, que garantem direitos fundamentais e que são imunes às possíveis investidas do legislador⁴⁴, dando proeminência hierárquica à Constituição; com a garantia da jurisdição constitucional aos juízes ordinários brasileiros, os quais estão autorizados a realizar o controle material difuso da legislação ordinária⁴⁵, seja interpretando-a conforme à Constituição ou extirpando-a do sistema com a negativa do teste de constitucionalidade e, nesse caso, aplicando-se diretamente os direitos fundamentais aos casos concretos, inclusive nas relações particulares⁴⁶.

Também a atual Constituição brasileira adota o modelo de sua máxima expansividade, justamente quando reconhece que os direitos nela previstos não

44 CF/88, art. 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.

45 CF/88, art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

46 “EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.” (STF – 2ª Turma – RE 201.819 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 27.10.2006).

excluem outros adotados em tratados internacionais que o Brasil seja parte ou que possam ser induzidos do sistema constitucional (princípios implícitos)⁴⁷⁴⁸.

A maior efetividade das disposições constitucionais foi alcançada com a nova jurisprudência do mandado de injunção, quando o Supremo Tribunal Federal avançou para dizer que a omissão legislativa regulamentar dos direitos previstos na Constituição não poderia servir de entrave ao pleno exercício dos direitos, devendo o Judiciário avançar para dar efetividade prática às garantias constitucionais.⁴⁹

Se no âmbito do Supremo Tribunal Federal já identificamos a sua total migração do modelo legalista para o constitucionalista, ainda no bojo dos tribunais trabalhistas são raras as manifestações judiciais no sentido da constitucionalização. Há enorme resistência em aplicar diretamente direitos fundamentais da Constituição nas relações de trabalho, sem a intermediação

47 CF/88, art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos neste Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

48 Especificamente em relação ao Direito do Trabalho, o constituinte avançou para reconhecer que, também, os direitos fundamentais trabalhistas previstos no texto constituem apenas um patamar mínimo, sem exclusão de outros direitos posteriores – notadamente os previstos nas Convenções da OIT – que passam a aderir ao texto constitucional, inclusive vedando atitudes legislativas posteriores que retrocedam do nível atual de proteção da dignidade humana do trabalhador, no que se convencionou chamar de princípio da vedação do retrocesso social (Para maiores aprofundamentos, Molina, Teoria dos Princípios Trabalhistas, p. 127/134).

49 O estudo atento da evolução jurisprudencial do STF sobre o tema do mandado de injunção demonstra de forma clara a sua migração do antigo modelo legalista, juspositivista, com exacerbação da separação dos poderes e postura retraída do Poder Judiciário, para o modelo constitucionalizado, pós-positivista, reconhecendo força normativa direta da Constituição. Nos primeiros julgados (para um apanhado da posição perfilhada nos primeiros julgados, consultar o MI 107 – Rel. Min. Moreira Alves – DJ 02.08.1991) a Corte apenas reconhecia a mora legislativa do Congresso e notificava-o para exercer o poder legiferante, mas, em caso de omissão do Poder Legislativo, não tomava nenhuma providência jurídica. No segundo passo, o Tribunal avançou para reconhecer a mora legislativa, notificar o Congresso para legislar no prazo fixado, sob pena de não o fazendo, o próprio julgado definir as condições de exercício do direito, mas com efeitos *inter partes* (MI 232 – Rel. Min. Moreira Alves – DJ 16.08.1991). O terceiro passo foi reconhecer a mora e desde já fixar condições de exercício do direito fundamental pendente de regulamentação, independente de notificação do Congresso, mas ainda com efeitos *inter partes* (MI 721 – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 14.09.2007). E a posição atual da Corte, tomada em julgamento do final de 2007, é a de que se deve reconhecer a mora legislativa, fixar condições de exercício desde já, independente de notificação e prazo ao Congresso, e estender o resultado do julgamento para todos aqueles que estejam em iguais condições (efeitos *erga omnes*), conferindo máxima efetividade aos princípios e garantias constitucionais (MI 670 – Red. p/ ac. Min. Gilmar Mendes – DJ 31.10.2008).

legislativa prévia e conformadora, razão pela qual nos ocuparemos no capítulo IV da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, com maior vagar e profundidade.

Um exemplo é a admissão pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁰ da eficácia direta do direito fundamental ao contraditório e ampla defesa nas relações privadas, ao mesmo tempo em que o Tribunal Superior do Trabalho ainda rejeita a eficácia dos mesmos direitos fundamentais nas relações de trabalho, com a ressalva de uma única manifestação recente⁵¹.

A fase de constitucionalização avançou para reconhecer que o direito não era mais coincidente apenas com a legislação ordinária, mas deveria considerar as normas constitucionais com igual eficácia normativa, principalmente os princípios fundamentais. O objeto da ciência jurídica expandiu-se e, por essa razão, exigiu dos estudiosos novos mecanismos de interpretação e aplicação do direito. E o modelo metodológico que mais atende a essa finalidade é o pós-positivista.

Em apertada síntese, pode-se resumir o pós-positivismo como o modelo jurídico que se localiza em uma posição intermediária entre o jusnaturalismo, com as suas possibilidades infinitas de interpretação e o poder do juiz de negar aplicação ao direito posto ao fundamento de injustiça, e o juspositivismo legalista, com submissão acrítica à lei e a baixa eficácia dos direitos fundamentais previstos nas constituições.

O novo método procurou buscar não um retorno ao direito natural, mas reaproximar o Direito da Moral, sem descuidar da segurança jurídica como um valor fundamental. A grande contribuição foi reconhecer a força normativa dos princípios jurídicos e a formação do sistema tanto pelos princípios quanto pelas regras, cada qual com seus métodos de aplicação. A diferença principal entre o pós-positivismo e o jusnaturalismo é que no segundo se desenvolve a tese da existência de direitos inatos, anteriores à legislação. Já para o primeiro, a Moral interpenetra no Direito por intermédio dos princípios, recolhidos no direito positivo, principalmente na forma de direitos fundamentais⁵². Disso segue que os

50 Por todos, STF – 2ª Turma – RE 201.819 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 27.10.2006.

51 TST – 2ª Turma – RR 267300-64.2003.5.07.0003 – Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta – DEJT 24.05.2013.

52 Daí ter-se desenvolvido toda a discussão em torno dos conceitos de direito humanos e direitos fundamentais, conforme estejam ou não contemplados pelas constituições. Direitos de primeira,

princípios jurídicos não são induzidos diretamente da Moral, mas são construídos a partir do direito positivo, principalmente da Constituição Federal e dos tratados internacionais de direitos humanos.

Leciona Willis Santiago Guerra Filho que os valores atingiram um estado de objetivação máxima com esse novo modelo pós-positivista, ao se concretizarem normas em que os valores se acham expressos, e para isso passaram a ocupar a forma de princípios jurídicos. Não se trata, com efeito, de recurso a um sistema suprajurídico de valores, como faziam os jusnaturalistas, da teologia ou da filosofia moral. E conclui Guerra Filho que:

A possibilidade de lidar com valores no direito de forma racional e intersubjetivamente controlável, que é própria da ciência, assume uma importância decisiva ao se pretender adotar um modelo epistemológico que supere a antítese entre aquele do positivismo normativista, axiologicamente neutro, e o seu oposto jusnaturalista, das mais diversas formas.⁵³

A premissa metodológica do pós-positivismo é que os juristas observem o direito positivo e a partir dele construam o sistema da Ciência do Direito. Construam, pela interpretação do ordenamento, os elementos desse sistema que são as normas jurídicas, as quais podem ocupar tanto a estrutura de princípios como a de regras jurídicas, enquanto as suas duas espécies normativas.

Virgílio Afonso da Silva observa na distinção entre regras e princípios que não há nos textos e seus operadores deônticos indicações precisas sobre o tipo de norma que surgirá de sua interpretação, por essa razão não há dispositivo, sequer constitucional, que seja *a priori* uma regra ou um princípio. “É tarefa do intérprete definir se a norma, produto da interpretação, é uma regra ou um princípio.”⁵⁴

O mecanismo de interpretação e aplicação do direito para os juristas pós-positivistas passa pelo estudo do ordenamento jurídico, principalmente os direitos fundamentais previstos na Constituição, depois a construção das normas jurídicas a partir dos dispositivos, cujas normas podem ter a estrutura de regras ou princípios, validação das normas intrassistemicamente com os testes de

segunda, terceira e quarta dimensões etc. Por todos: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

53 Guerra Filho, *Teoria da Ciência Jurídica*, p. 117.

54 Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 57.

compatibilidade de forma e conteúdo com a Constituição (controle difuso de constitucionalidade) e, por fim, aplicação da norma jurídica ao caso, conforme a hipótese fática dela esteja preenchida.

Para a aplicação das regras, o mecanismo juspositivista da subsunção ainda é satisfatório, mas quando da aplicação de princípios haverá uma investigação de todos os princípios incidentes, conforme o preenchimento das suas hipóteses fáticas, verificação de existência de pré-ponderação legislativa, com a existência de uma regra jurídica restritiva dos princípios; em não havendo, juízo de ponderação e a imposição da solução adequada ao caso concreto, harmonizadora dos princípios conflitantes e respeitante do núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Os princípios jurídicos não admitem incidência pelo método da subsunção, mas a sua incidência deve ser modulada, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas, por ponderação.

A nosso sentir, o método de interpretação jurídica que reconhece a força normativa dos princípios pode ser aplicado tanto na interpretação da Constituição, como na interpretação de todo o direito positivo, reconhecendo-se força normativa aos princípios especiais e também aos infraconstitucionais.

É por isso que Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli ensinam que para corretamente manipular o direito no ambiente constitucionalizado, o jurista deve enxergar os dois níveis em que está a Constituição e a legislação ordinária. Deverá saber tudo que nos diz a legislação, sobre um determinado ramo jurídico, mas ainda não é o suficiente. Além das leis e dos códigos, na onda constitucionalista devemos também interpretar e aplicar a Constituição, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁵⁵

Os juristas neoconstitucionalistas ainda enxergam o sistema jurídico de forma hierarquizada, colocando a Constituição no topo da pirâmide normativa, à maneira de Kelsen, sendo que o avanço se dá com a eficácia jurídica das normas constitucionais, nomeadamente os princípios, mas, esse modelo, precisará também reinventar-se quando se identificar a eficácia normativa das normas internacionais e, conforme estamos a defender, também do direito universal e supraconstitucional, escapando da forma rígida e unitária da pirâmide.

⁵⁵ Gomes e Mazzuoli, *Direito Supraconstitucional*, p. 57.

2.3. Internacionalismo

Também foi por ocasião da revisão das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial que os países democráticos, ao lado do movimento interno de valorização das constituições, engajaram-se no plano internacional na fundação de organismos internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos, criação de tribunais internacionais e uma maior atenção à edição de convenções e tratados internacionais com eficácia jurídica em relação aos países aderentes.

O direito internacional passou a ter efetiva atenção a partir da Carta das Nações Unidas de 1945 e de ambos os Pactos da ONU de 1966 sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Antes desses marcos, o embrionário direito internacional era visto como um mero contratualismo formal entre nações soberanas que ajustavam o cumprimento espontâneo de obrigações entre si, respaldadas pelo princípio da não intervenção (*par in parem non habet iudicium*), bem como os tratados internacionais tinham baixa eficácia normativa, notadamente pela inexistência de tribunais internacionais que velassem pela sua aplicabilidade.

O modelo constitucional brasileiro de 1988 retratou a recepção do direito internacional moderno ao prever, entre outras garantias, a regência do Brasil nas relações internacionais pelos princípios da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), pela solução pacífica dos conflitos (art. 4º, VII), pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, IX), pela integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações (art. 4º, parágrafo único) e pela previsão dos procedimentos para adesão, aprovação e ratificação dos tratados internacionais aqui entre nós (arts. 49 e 84).

O novo § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, reforça a inserção do país na fase internacionalista dos direitos ao admitir que os tratados internacionais de direitos humanos, quando atenderem o procedimento formal de internalização, adorem materialmente o texto da Constituição e passam a ostentar equivalência de norma constitucional, como se deu com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007⁵⁶, que é considerada dispo-

56 A Convenção foi assinada em Nova York em 30.03.2007, aprovada com quórum qualificado no Congresso Nacional (Decreto Legislativo n. 186 de 2008) e promulgada pelo Poder Executivo (Decreto n. 6.949 de 2009).

ção constitucional em sentido material, como já ocorre em vários países que nos são próximos culturalmente, a exemplo de Portugal (artigo 16, § 2º, da Constituição de 1976), Espanha (artigo 10, § 1º, da Constituição de 1978), Paraguai (artigo 137 da Constituição de 1992) e Argentina (artigo 75, inciso 22, da Constituição de 1994).

A discussão migrou para a definição do *status* dos tratados comuns e dos internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional 45/2004, na medida em que não haviam se submetido ao quórum qualificado de aprovação, cujo procedimento na época de sua aprovação e ratificação era inexistente.

A posição clássica do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que os tratados internacionais, de quaisquer modalidades, eram internalizados em nosso sistema com hierarquia de lei ordinária⁵⁷, podendo ser suscetíveis de controle de constitucionalidade e, mais ainda, revogados pela legislação ordinária posterior que com eles conflitasse diretamente.

No ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal reviu sua posição e evoluiu a jurisprudência para reconhecer que os tratados de direitos humanos, ainda que não submetidos ao procedimento de internalização do art. 5º, § 3º, da Constituição, ostentam a hierarquia supralegal, estando abaixo da Carta Maior, mais acima da legislação infraconstitucional.⁵⁸ O maior avanço extraído da *ratio decidendi* do citado julgado foi o fato de que nove ministros reconheceram a grande relevância do direito internacional para o sistema jurídico brasileiro atual, abandonando a antiga posição de que os tratados possuíam hierarquia equivalente a das leis ordinárias e tinham baixa eficácia normativa, já que suscetíveis de revogação imediata a partir de uma nova lei doméstica, impelindo os juízes brasileiros a seguir a legislação ordinária em detrimento dos tratados internacionais.

57 STF – RE 80.004 – Rel. Min. Cunha Peixoto – DJ 29.12.1977 e, inclusive após a promulgação da Constituição Federal de 1988, HC 72.131 – Rel. Min. Moreira Alves – DJ 01.08.2003 e ADI 1.480/DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 18.05.2001. Em trecho do acórdão desse último julgado, colhe-se a seguinte passagem: “No sistema jurídico brasileiro, os tratados e convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da CF. (...). Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público mera relação de paridade normativa.”

58 STF – RE 466.343 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJE 05.06.2009.

A posição vencedora, capitaneada pelo voto do Ministro Gilmar Mendes e que contou com mais quatro adesões, defendeu a superioridade dos tratados de direitos humanos, colocando-os em hierarquia *supralegal*, mas a posição minoritária, cujo voto condutor foi do Ministro Celso de Mello, foi além ao reconhecer que todos os tratados de direitos humanos, tenha ou não atendido o procedimento do art. 5º, § 3º, tinham equivalência de norma constitucional, tese que obteve mais três adesões. Do resultado das fundamentações, conclui-se que nove ministros avançaram nas suas posições jurídicas anteriores para proclamar a proeminência atual dos tratados internacionais de direitos humanos em face da legislação interna, podendo a decisão referenciada ser indicada, por isso, como a certidão de nascimento da nova fase internacionalista do direito no Brasil.

O Ministro Celso de Mello, então relator da ação julgada em 2001, na qual reconheceu-se que os tratados internacionais tinham hierarquia de lei ordinária⁵⁹, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi coincidentemente o condutor dos votos minoritários no sentido de avançar a tese para reconhecer que os tratados de direitos humanos passavam a ser equivalentes à própria Constituição, homenageando a relevância do direito internacional para o nosso sistema jurídico.

A partir dessa nova posição, deriva que os tratados de direitos humanos têm o condão de tornar ineficaz a legislação ordinária que conflite com eles⁶⁰ e, por outro lado e principalmente, passam a ser imunizados da revogação pela legislação ordinária posterior. Ao destacar a hierarquia supralegal dos tratados sobre direitos humanos, a Excelsa Corte inaugura a possibilidade de o juiz realizar o controle de convencionalidade da legislação em comparação com os tratados, submetendo a lei ordinária a um segundo filtro de controle material: compatibilidade constitucional (controle de constitucionalidade) e compatibilidade com

59 STF - ADI 1.480/DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 18.05.2001.

60 Exatamente o que ocorreu no caso do RE 466.343, onde decidiu-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, 7) tinha revogado as disposições processuais ordinárias brasileiras que instrumentalizavam a prisão civil do depositário infiel, culminando, após a reafirmação da tese em outros julgados, na edição da Súmula Vinculante de n. 25 do Supremo Tribunal Federal: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” (DOU 23.12.2009). Entre as referências legislativas da súmula constaram a Constituição Federal, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

os tratados e convenções (controle de convencionalidade), nas modalidades difusa e concentrada.⁶¹

A decisão do Supremo Tribunal Federal da eficácia normativa do direito internacional, sua hierarquia proeminente e a sua proteção em face das investidas do legislador ordinário, insere-nos na fase internacionalista em nossa experiência interna, como também no plano externo reforça-se a fase internacionalista do direito com a primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2006⁶², quando esta Corte determinou ao país pagar indenizações por danos materiais e imateriais aos familiares de Damião Ximenes Lopes, além de algumas imposições de obrigações de conduta, diante das violações dos direitos humanos do último, com efetiva exequibilidade interna no Brasil.⁶³

É por tudo isso que na fase internacionalista do direito, soma-se às duas anteriores à atenção aos tratados internacionais que, agora mais recentemente, possuem idêntica força normativa, devendo ser obedecidos pelos juízes nacionais. O objeto de seu estudo adensa-se para estar composto pelas leis, pela Constituição e pelo direito internacional.⁶⁴

Para a correta interpretação do direito na fase internacionalista, o método pós-positivista ainda é o mais adequado, reconhecendo-se a existência de regras e princípios jurídicos, com igual força normativa, mas desta feita construídos tanto a partir do direito interno como também do internacional.

Há autores internacionalistas que defendem um modelo dialógico entre o direito internacional e o interno, indicando ao interprete a necessidade de pro-

61 Por todos, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2009.

62 CIDH – Caso Ximenes Lopes vs. Brasil – Sentencia de 4 de julho de 2006.

63 “Art. 1º. Fica autorizada a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, expedida em 4 de julho de 2006, referente ao caso Damião Ximenes Lopes, em especial a indenização pelas violações dos direitos humanos aos familiares ou a quem de direito couber, na forma do Anexo a este Decreto.” (Decreto n. 6.185 de 2007).

64 “O Estado de Direito internacional é constituído, portanto, de normas infraconstitucionais, constitucionais e, sobretudo, *internacionais*. Ele é o resultado (novo produto evolutivo, nova onda evolutiva) dos modelos de Estados anteriores (legal e constitucional) mais o complemento da internacionalidade, que tem como eixo central a tutela dos direitos humanos (para isso foram desenvolvidos vários conjuntos normativos internacionais, assim como uma enorme estrutura judiciário supranacional).” (Gomes e Mazzuoli, op. cit., p. 80).

moção da cooperação inclusivista entre as mais variadas fontes normativas, tudo de modo a conferir maior proteção à pessoa humana e superar a lógica positivista excludente de uma fonte normativa por outra.⁶⁵

O jurista da nova fase, ensinam Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli, é aquele que estuda as leis (codificadas ou esparsas), a Constituição, o direito internacional, as decisões internas e também a dos tribunais internacionais, especialmente as relativas aos direitos humanos.⁶⁶

Entretanto, embora se reconheça o avanço dos autores internacionalistas e da nova posição do Supremo Tribunal Federal que colocou os tratados em posição de proeminência em nosso ordenamento, defendemos nesse trabalho que essa tese também deverá ser aperfeiçoada, na medida em que, a despeito de seus méritos, ainda continua pensando a ciência jurídica pelo método formal e hierarquizado.

A observação atenta da doutrina dos citados internacionalistas já referidos linhas acima, mostra que eles ainda defendem a existência de hierarquia entre as diversas fontes normativas⁶⁷, do que derivaria a necessidade de encontrar

65 JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, v. 251 (1995), pp. 9-267 e no Brasil consultar MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 2010. Da lição originária do primeiro, destaca-se a seguinte passagem: “Desde que evocamos a comunicação em direito internacional privado, o fenômeno mais importante é o fato que a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas, os direitos do homem, as constituições, as convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas essas fontes não se excluem mutuamente; elas ‘falam’ uma com a outra. Os juízes devem coordenar essas fontes, escutando o que elas dizem.” (Jayme, op. cit., p. 259, tradução livre).

66 Gomes e Mazzuoli, *Direito Supraconstitucional*, p. 82.

67 Debatem a questão da hierarquia dos tratados, se com equivalência de normas constitucionais (tese doutrinária que acolhem, mas minoritária no STF) ou com hierarquia supralegal (tese atual do STF). A partir da premissa da existência de hierarquia, questionam e sugerem critérios: “E quando os tratados internacionais conflitam com a Constituição brasileira, isto é, o que acontece quando a incompatibilidade vertical material (ascendente) ocorre entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Constituição? Qual a norma prepondera? Como podemos dirimir esse conflito? Há três clássicos critérios de solução das antinomias normativas. São eles: (a) hierárquico: norma superior revoga a inferior; (b) especialidade: lei especial derroga a lei geral; (c) posterioridade ou critério cronológico: lei posterior revoga a anterior. O conflito entre normas de direitos humanos, em regra, segue também o critério da hierarquia. Ou seja: em princípio vale a regra constitucional (superior), em detrimento da regra internacional (inferior).” (Gomes e Mazzuoli, op. cit., p. 106). Em obra atual, Valerio de Oliveira Mazzuoli defende a existência de um monismo internacionalista dialógico, no qual “a prevalência da norma internacional sobre a interna continua a existir mesmo quando os instrumentos internacionais de direitos humanos autorizam a aplicação da norma interna mais benéfica, visto que, nesse caso, a aplicação da norma interna no caso concreto é concessão da

solução para a “introdução” das normas internacionais na velha pirâmide. Ao fazê-lo e tendo em conta o precedente do STF, de que os tratados de direitos humanos possuem hierarquia supralegal, avançam modestamente para enxergar um novo nível dentro da pirâmide, decorrendo, dessa segunda premissa, o controle de convencionalidade.

A tese do controle de convencionalidade das leis ainda é decorrência do pensamento formalista e monista da modernidade. Uma renovada maneira de ver a questão, com os acréscimos do direito internacional atual, mas ainda assim presa ao modo de pensar cartesiano e à dogmática originária no juspositivismo kelseneano.

Dando um passo para dentro da filosofia, inclusive com as contribuições da mecânica clássica para a epistemologia, apenas pode-se falar em comparação e “controle” quando se parte da premissa da existência de um referencial estático no espaço e no tempo, a partir do qual realizam-se comparações com os objetos que orbitam o referencial eleito.

Falar em critérios clássicos da especialidade, temporalidade e hierarquia para solução de antinomias, ao mesmo tempo que relativiza-os, por não serem eles “absolutos”, afirmando que a hierarquia deve ceder para a aplicação das normas mais favoráveis⁶⁸, torna-se uma contradição em termos ao tentar mesclar elementos dos paradigmas científicos lógico-rationais da modernidade (Descartes, Newton) com a relatividade e caoticidade da pós-modernidade (Einstein, Heisenberg, Bohm).

São critérios excludentes. As ideias construídas a partir de um referencial estático (acenando à norma hipotética fundamental de Kelsen), como os critérios de hierarquia e controle, próprios do pensamento moderno e que partem da tese de que é possível haver um referencial estático universal, são incompatíveis com as noções de relatividade, ecletismo, mistura e caoticidade da física moderna, aperfeiçoada pela teoria da relatividade, para a qual tempo e espaço são grandezas relativas e atreladas a um referencial móvel, dinâmico e específico,

própria norma internacional que lhe é superior, o que estaria a demonstrar sim a existência de uma hierarquia, típica do monismo internacionalista, contudo muito mais fluída (transigente).” (Curso de Direito Internacional Público, p. 109).

68 “Ou seja: em princípio vale a regra constitucional (superior), em detrimento da regra internacional (inferior). Essa é a regra geral, que fica excepcionada quando a norma internacional é mais favorável. Sendo assim, tudo pode ser resumido da seguinte maneira: manda a regra mais favorável, flexibilizando-se o critério da hierarquia.” (Gomes e Mazzuoli, op. cit., p. 106.).

de sorte que ao se eleger outro referencial (uma segunda “norma fundamental” para o direito, localizada dentro de outra ordem normativa), as grandezas de espaço-tempo alteram-se.

Os próprios tratados internacionais reconhecem que as suas disposições não terão eficácia quando as legislações dos países aderentes forem mais benéficas para proteção da pessoa⁶⁹, admitindo, de forma ostensiva, conforme estamos a defender, que não há hierarquia entre as fontes normativas internas e internacionais e, por isso, controle de convencionalidade das leis em face deles, como também não há controle de legalidade dos tratados em face da legislação interna quando a lei ordinária prevalecer em determinado caso concreto.

Não há como fixar um critério estático-hierárquico de comparação entre os tratados e as leis internas, exatamente porque não estão eles situados no mesmo espaço e tempo, mas dispersos de forma caótica, flexível e multidimensional.

O raciocínio mostra a necessidade de avançar da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a hierarquia supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos, na medida em que nos é irrelevante a equivalência que se queira lhes atribuir, se somente terão eficácia concreta quando forem mais benéficos à pessoa humana.

Um exemplo singelo para aclarar a nossa crítica. A Convenção 132 da OIT, promulgada entre nós pelo Decreto n. 3.197 de 1999, ocupa-se do direito às férias anuais remuneradas e positiva uma série de garantias. A depender da posição que se adote quanto à natureza jurídica da citada convenção (se comum ou de direitos humanos - CF/88, art. 5º, § 3º), se com hierarquia constitucional⁷⁰, supralegal⁷¹ ou legal⁷², nada disso terá relevância na sua aplicação se a legislação interna, inclusive mesmo as normas coletivas, ajustadas pelas próprias partes, forem mais benéficas à proteção da pessoa humana. A alegada proeminência hierárquica da Convenção 132 da OIT em relação ao nosso direito interno or-

69 Artigo 5º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 5º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 1º da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, artigo 41 da Convenção sobre os direitos das crianças e artigo 15 da Convenção Interamericana sobre desaparecimento forçado de pessoas, além de diversas Convenções da OIT que ressalvam que a aplicação das suas normas apenas dar-se-á quando não houver no sistema jurídico interno disposições que sejam mais benéficas.

70 Mazzuoli, O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia, *passim*.

71 STF – RE 466.343 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJE 05.06.2009.

72 STF - ADI 1.480/DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 18.05.2001.

dinário (CLT) e mesmo autônomo (normas coletivas) não tem nenhuma relevância para a eficácia das suas normas nas relações de trabalho se não forem aquelas mais benéficas.

A fase internacionalista da evolução do direito contribuiu, afinal de contas, para a demonstração da necessidade de o jurista brasileiro contemporâneo analisar os textos das convenções e tratados internacionais para a construção das normas jurídicas que serão aplicadas aos casos submetidos à jurisdição, ampliando o seu objeto de estudo, mas sendo estéril, segundo pensamos, todos os esforços em torno de tentar definir qual o *status* hierárquico dos tratados internacionais entre nós⁷³, na medida em que, além de filosoficamente ser criticável a defesa da existência de uma hierarquia entre as normas oriundas de fontes normativas dispersas no espaço e no tempo (pluralismo jurídico), também dogmaticamente o posicionamento hierárquico é irrelevante para a definição da eficácia normativa dos tratados, diante dos novos critérios de solução de antinomias que nos ocuparemos mais à frente.

2.3.1. *Tratados internacionais*

Os tratados internacionais são a principal fonte do Direito Internacional na atualidade, sendo considerados como tais, segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969⁷⁴, os acordos internacionais concluídos por escrito entre Estados e regidos pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de vários instrumentos conexos, qualquer que seja a sua denominação específica (art. 2º, § 1º, *a*), englobando as mais diversas espécies, como os pactos, convenções, acordos, regulamentos, protocolos,

73 Essas conclusões levam-nos a dar como superada a discussão quanto à hierarquia dos tratados internacionais que também nos ocupou em artigo doutrinário há alguns anos: MOLINA, André Araújo. Imunidade jurisdicional das pessoas jurídicas de direito público externo: um diálogo com Georgenor de Souza Franco Filho. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, ano XXII, n. 253, p. 17/30, julho 2010.

74 “Chamada *Lei dos Tratados*, *Código dos Tratados* ou ainda *Tratado dos Tratados*, a Convenção de Viena de 1969 é um dos mais importantes documentos já concluídos na história do Direito Internacional Público. Ela não se limitou apenas à codificação do conjunto de regras gerais referentes aos tratados concluídos entre Estados, mas também se preocupou em regular todo tipo de desenvolvimento progressivo daquelas matérias ainda não consolidadas na arena internacional.” (Mazzuoli, Curso de Direito Internacional Público, p. 193).

declarações, convênios, códigos, contratos, estatutos, cartas, compromissos, constituições, entre outros.

Os requisitos para que um documento internacional possa ser recolhido no conceito de tratado são: a) acordo internacional, com manifestação de vontade livre dos Estados, com o objetivo de criar entre as partes um vínculo juridicamente exigível e a previsão de sanções em caso de descumprimento; b) forma escrita, para que revele o propósito a que os contratantes chegaram ao final das negociações; c) concluído entre Estados ou organizações internacionais que possuam personalidade jurídica internacional; d) regidos pelo Direito Internacional Público, o que diferencia os tratados dos contratos internacionais celebrados entre Estados, que são regidos pelo direito interno dos países contratantes; e) celebrado em instrumento único ou por instrumentos conexos, cujo segundo elemento do conceito recolhe como tratado em sentido material os documentos posteriores que complementam o texto original, como as troca de notas, os protocolos adicionais e os anexos.⁷⁵

O itinerário de constituição dos tratados atende a um procedimento solene que passa pela formação do texto (negociações, adoção, autenticação e assinatura do Chefe do Poder Executivo ou quem lhe faça as vezes), aprovação parlamentar interna dos países (referendo parlamentar), sendo no caso brasileiro de competência do Congresso Nacional, por meio de Decreto Legislativo⁷⁶, ratificação ou adesão, promulgação e publicação do texto do tratado nos veículos oficiais do país, sendo no caso brasileiro a ratificação e promulgação ato também do Poder Executivo⁷⁷ que se dá por meio de Decreto, quando passa a ostentar eficácia internacional e interna⁷⁸.

75 Mazzuoli, *ibidem*, p. 196/205.

76 CF, art. 49, I, e art. 84, VIII, *in fine*.

77 CF, art. 84, IV, VII e VIII.

78 Ressalve-se apenas o caso de alguns países que adotam o modelo dualista em que os tratados internacionais possuem apenas eficácia internacional, não condicionando o direito interno, nem possuindo eficácia, salvo no caso de um novo ato normativo interno adotar ou transformar o tratado em direito vigente internamente, o que não é o caso do Brasil que adotou o modelo monista (CF, art. 5º, § 2º), de vigência internacional e interna, ao mesmo tempo, conforme tenham sido concluídas as etapas de formação dos tratados.

A partir da sua promulgação⁷⁹ o tratado passa a ostentar eficácia jurídica internacional e interna, devendo ser obedecido pelos Estados no âmbito do direito internacional, bem como exigindo o seu cumprimento no âmbito interno, com a criação de direitos subjetivos e deveres jurídicos aos sujeitos da relação jurídica regrada pelo tratado, entre os quais encontram-se, nas mais variadas espécies de tratados, as partes da relação de trabalho, cuja violação acarreta responsabilidade do Estado no plano internacional ao mesmo tempo que cria interesse processual para que os sujeitos acessem o Poder Judiciário trabalhista doméstico para a defesa dos seus direitos, motivos pelos quais o conhecimento dos tratados internacionais é extremamente relevante às partes e aos atores processuais na pós-modernidade.

A eficácia jurídica dos tratados prolonga-se até que ocorra um das várias hipóteses de extinção, como a expiração do prazo pactuado, a implementação de condição resolutiva, substituição por tratado posterior que expressamente o revogue, a declaração de inconstitucionalidade material pelas Cortes Constitucionais internas dos países ou a denúncia formal (distrato) pelo Chefe do Executivo, após aprovação do Congresso Nacional.

Ao lado dos variados tratados internacionais incidentes nas relações de trabalho, aqueles de maior aplicação são os gestados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, de cujo conteúdo a jurisprudência trabalhista cada vez mais se aproxima atualmente.

79 A posição do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o *dies a quo* para a eficácia interna dos tratados internacionais é a sua promulgação e publicação no Diário Oficial da União, v. STF – CR n. 8.279 – Min. Celso de Mello - DJ 14.05.1998. No mesmo sentido é a doutrina de José Francisco Rezek: “O ordenamento jurídico, nesta república, é integralmente ostensivo. Tudo quanto o compõe - resulte de produção legislativa internacional ou doméstica - presume publicidade oficial e vestibular. Um tratado regularmente concluído depende dessa publicidade para integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo Judiciário. No Brasil se promulgam, por decreto do Presidente da República, todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional. Cuida-se de um decreto, unicamente porque os atos do Chefe de Estado costumam ter esse nome. (...). Vale aquele como ato de publicidade da existência do tratado, norma jurídica de vigência atual ou iminente. Publica-os, pois, o órgão oficial, para que o tratado - cujo texto completo vai em anexo - se introduza na ordem legal, e opere desde o momento próprio.” (Rezek, Direito dos Tratados, p. 384/386). Em outro sentido, Valerio de Oliveira Mazzuoli defende que a promulgação e publicação é dispensável para a eficácia interna dos tratados, sendo o início da sua vigência demarcada pelo ato internacional de ratificação e depósito de seus instrumentos. (Mazzuoli, Curso de Direito Internacional, p. 399/400).

2.3.2. Convenções, recomendações e resoluções da OIT

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi originariamente criada pelo Tratado de Versalhes de 1919, mas adotou a forma que ostenta atualmente por meio da Declaração da Filadélfia de 1944 e com a aprovação da sua Constituição em 1946, possuindo natureza de pessoa jurídica de direito internacional público, sendo responsável pela manutenção da paz universal, assentada na justiça social, no humanismo e na garantia de condições adequadas de trabalho entre as nações, de modo a também evitar a concorrência desleal em razão do desrespeito aos direitos trabalhistas universalmente reconhecidos.⁸⁰

A atividade normativa da Organização, enquanto resultado das reuniões da Conferência Internacional do Trabalho (Assembleia Geral), se dá por meio das convenções, recomendações e resoluções, conforme artigo 19 da sua Constituição, cujos atos em conjunto formam o que a doutrina qualifica como Código Internacional do Trabalho. Diferenciam-se os três atos nos aspectos formal e eficaz, na medida em que quanto ao seu conteúdo podem todos eles tratar dos mesmos temas.

As convenções possuem natureza jurídica de tratados internacionais de direitos humanos (direitos sociais), sendo normativos, multilaterais, permanentes e abertos à adesão, tendo o objetivo de regulamentar as condições de trabalho no âmbito internacional, vinculando os Estados-membros que optarem pela ratificação. As recomendações, não sendo tratados internacionais, possuem natureza jurídica de orientação aos Estados-partes para adoção de medidas por intermédio de sua legislação interna. Normalmente, nas deliberações da Conferência em que dados temas não alcançam o número suficiente de adesões para uma convenção, podem então ser aprovados como recomendações (artigo 19, § 1º, da Constituição da OIT), quando passam a indicar um caminho a ser seguido pelo legislador interno dos países convenientes. Ambas, convenções e recomendações, depois de aprovadas pela Assembleia Geral, devem ser submetidas às autoridades competentes de cada um dos Estados-partes para que deliberem se haverá ratificação ou alteração da legislação interna, sucessivamente, conforme se trate de uma ou outra espécie.⁸¹

80 Preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

81 Mazzuoli, Curso de Direito Internacional, p. 1128 e seg.

Já as resoluções, enquanto anexos do Código Internacional do Trabalho, apenas sugerem aos Estados-membros algumas condutas, servindo como norte legislativo e interpretativo, mas sem eficácia vinculativa e nem são submetidas às autoridades internas para deliberação. Também as específicas espécies normativas podem ser adotadas, além da Assembleia Geral, pelas conferencias regionais ou pelas comissões setoriais da OIT.

Valerio de Oliveira Mazzuoli também diferencia os atos normativos para dizer que as convenções são tratados internacionais em devida forma e devem ser ratificadas pelos Estados-membros da OIT para que tenham eficácia nos seus respectivos direitos internos, ao passo que as recomendações não são tratados e visam sugerir ao legislador de cada um dos países mudanças na sua legislação, desta feita por meio de veículo normativo interno que a reproduza.⁸²

Em complemento à diferenciação entre as primeiras espécies normativas, Zoraide Amaral de Souza acrescenta quanto à recomendação que “ao contrário da convenção, não é ratificada pelo Estado-membro, tendo como característica ser facultativa, não obrigando os seus signatários, servindo como indicação, e tem a finalidade de complementar as disposições de uma Convenção, sendo considerada apenas como fonte material de Direito.”⁸³

As convenções que não forem ratificadas pelo Brasil, também passam a servir como fonte material do direito, como as recomendações e as resoluções, sem eficácia vinculativa, mas indicando caminhos interpretativos, servindo como reforço argumentativo e convocando os legisladores internos à alteração do sistema jurídico local. Também pode haver revisão da posição política interna e uma recomendação antes rejeitada, pode ser posteriormente ratificada, a partir de nova deliberação.

As convenções da OIT, após aprovação da Conferência Internacional do Trabalho, deliberação pelos órgãos competentes do Estados-membros e aderência por meio da ratificação, transformam-se em fonte formal do direito e criam direitos subjetivos aos sujeitos beneficiados, no caso dos países que adotam o sistema monista nas relações internacionais⁸⁴, como se dá com o Brasil.

82 Mazzuoli, Integração das convenções e recomendações, p. 73.

83 Souza, A Organização Internacional do Trabalho, p. 449.

84 “Con la adopción de un sistema monista, ambos ordenamientos jurídicos, el interno y el internacional, se interconectan y se constituyen en un único sistema estrechamente relacionado, donde los tratados internacionales se incorporan de forma automática luego de haber sido ratificados soberanamente por los

O procedimento de integração das convenções da OIT ao direito interno brasileiro obedece, na essência, o disposto no artigo 19 da Constituição da OIT e artigos 49 e 84 da Constituição Federal brasileira, com a submissão das convenções aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho ao Congresso Nacional para deliberação e aprovação do texto, com posterior autorização para que o Presidente da República ratifique-a. Após a ratificação, o Brasil fica obrigado perante a OIT e as convenções são promulgadas por Decreto do Poder Executivo no âmbito interno.

Ao lado das Convenções da OIT internalizadas e ratificadas também pode ocorrer de o Brasil ser parte de outros tratados internacionais celebrados com outros países e cujo tema seja o direito material e processual do trabalho, sem que o ato internacional tenha nascido em uma reunião da Conferência Internacional.

Na medida em que as convenções da OIT versam sobre direitos humanos (direitos sociais), podem ostentar *status* constitucional, conforme o artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal; já as que não forem aprovadas pelo quórum qualificado, ao menos posicionam-se acima da legislação ordinária, segundo a posição do Supremo Tribunal Federal, que é objeto de crítica em nosso ponto de vista defendido na tese.

Da sua eficácia vinculante e *status* hierárquico, tornam-se obrigatórias aos sujeitos-de-direito nas relações materiais trabalhistas, bem como sua aplicação pelos tribunais trabalhistas, oportunizando aos magistrados o exercício dos controles difusos de constitucionalidade e convencionalidade⁸⁵ da legislação interna em face do previsto nas convenções ratificadas, cujo critério de superação das antinomias é o princípio da dignidade da pessoa humana (*pro homine*).

Especificamente em relação ao Direito do Trabalho, Oscar Ermida Uriarte defende que os direitos humanos (previstos em tratados) e os direitos fundamentais (previstos na Constituição) são normas jurídicas e, por isso, integram

Estados, y por ende, también se constituyen en norma de aplicación inmediata para los tribunales nacionales." (Humberto Henderson, *Los tratados internacionales*, p. 73).

85 "O exercício que há de fazer o magistrado trabalhista – de aplicar imediatamente as convenções da OIT, invalidando as leis internas com elas incompatíveis – pertence ao âmbito do chamado controle de convencionalidade das leis na modalidade difusa. Assim procedendo, estará o magistrado respeitando o que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (desde 2006) tem ordenado: que os juízes e tribunais nacionais controlem, em primeira mão, a convencionalidade das leis locais em face dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no país." (Valerio de Oliveira Mazzuoli, *op. cit.*, p. 92).

o instrumental do jurista trabalhista, devendo ser aplicados diretamente nas relações especiais, formando uma relação de interdependência com as normas internas, em um diálogo complementar de uma com outra. Inclusive avançou em sua doutrina para defender que as disposições de tratados internacionais específicos de direitos trabalhistas, como as Convenções da OIT, convivem com outros tratados de direitos humanos que os trabalhadores têm direito enquanto cidadãos, não enquanto trabalhador individualmente considerado, e que não perde esses direitos só pelo fato de inserir-se em uma relação de trabalho, formando um segundo grupo de direitos subjetivos, apenas para fins classificatórios, dos direitos inespecíficos dos trabalhadores.⁸⁶

2.4. Universalismo

O direito internacional em sentido estrito teve origem com a celebração de contratos entre nações soberanas para a aceitação mútua de condições negociadas entre elas e previstas em tratados e convenções internacionais, de modo que a aceitação e a adesão eram indispensáveis para a eficácia do direito internacional em relação aos Estados contratantes. Ocorre que, mais recentemente, teve início um movimento de positivação de direitos internacionais que não dependem do aceite ou adesão dos países para a sua eficácia interna, inclusive em relação aos seus Chefes de Estado, que não se encontram a salvo da jurisdição universal, demonstrando a passagem do internacionalismo para o universalismo, na medida em que as normas universais expandem-se por todo o mundo, sem os bloqueios verificados com a não adesão de alguns países aos tratados e convenções internacionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é indicada como o documento originário da fase universalista do direito, na medida em que busca fixar parâmetros universais de proteção da dignidade humana, indicando no preâmbulo as premissas da busca da justiça e paz no mundo, cujo objetivo final é garantir a dignidade, a proteção dos direitos fundamentais, a igualdade de direitos para a promoção do “respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais”, cujo documento embora não tenha eficácia normativa em sentido estrito, integra o que José Carlos Vieira de Andrade chama de código

⁸⁶ Uriarte, Aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais, *passim*.

moral mínimo da comunidade internacional, protegendo a pessoa humana da alegação de que o pluralismo cultural pode ser utilizado para justificar o relativismo ético ou a arbitrariedade despótica.⁸⁷

Se o direito internacional em sentido estrito baseia-se na espontaneidade dos Estados em aceitar a sua eficácia, como em um modelo autocompositivo, já na fase de universalização dos direitos, prevalece a ideia de jurisdição universal, com poder de imposição das decisões proferidas pelo Tribunal Penal Internacional.

Essa transição remete às formas de resolução dos conflitos individuais, que passou pelas fases da autotutela, autocomposição e jurisdição. Transportando o mesmo avanço sequencial para o direito internacional, podemos referir às guerras como modelo de autotutela para resolução dos conflitos, os tratados e convenções internacionais, bem como os tribunais internacionais e regionais, como modelo de autocomposição, já que dependem de aceite das partes, e o início de uma nova fase de jurisdição universal, independente de aceite das pessoas e dos Estados para a plena eficácia das suas normas, como ocorre com o Tribunal Penal Internacional.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado entre nós pelo Decreto n. 4.388 de 2002, prevê que a Corte terá jurisdição para julgar os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão (art. 5º), inclusive podendo exercer os seus poderes e funções nos termos do Estatuto, no território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado (art. 4º). A autorização para que o Procurador denuncie qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários dos crimes previstos no Estatuto, inclusive em relação aos nacionais dos países que não aderiram espontaneamente à jurisdição do Tribunal, pertence ao Conselho de Segurança da ONU (arts. 13 e 14), não estando a salvo da jurisdição sequer os Chefes de Estado ou de Governo (art. 27), mesmo que tenham imunidade prevista no ordenamento interno dos países de que são naturais.⁸⁸

87 Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais, p. 37.

88 O raciocínio leva à conclusão que os crimes contra a humanidade cometidos por algum ditador, embora possam ficar impunes no âmbito interno do país, já que possui imunidade jurisdicional, o sistema interno não considere como crime as condutas ou haja leis de anistia, no plano universal o criminoso pode e deve ser objeto de prisão e julgamento perante o Tribunal Penal Internacional, conforme o seu Estatuto de 1998.

A diferença entre um tribunal internacional em sentido estrito e um tribunal universal, como é o Tribunal Penal Internacional, é que a jurisdição dos primeiros depende da aceitação expressa dos Estados-partes, quando renunciam parcela de sua soberania em benefício da jurisdição externa, como de resto ocorre com a Corte Internacional de Justiça⁸⁹ e a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁹⁰.

Um exemplo foi o caso do ditador Omar Hassan Ahmad Al-Bashir que tomou o poder no Sudão por meio de um golpe no final da década de 1980, onde permanece até os dias atuais, cujos métodos de administração envolve a violação dos direitos humanos e o extermínio de opositoristas. Foi ele denunciado em 2009 perante o Tribunal Penal Internacional e há uma ordem de prisão em seu desfavor em aberto, mesmo que o Sudão não tenha aderido à jurisdição da Corte, cuja ordem deverá ser cumprida quando o acusado adentrar em algum país que seja aderente da criação do Tribunal Penal Internacional. Após a sua prisão, deverá ser levado à julgamento pelos crimes de guerra e contra a humanidade, conforme denúncia do procurador Luís Moreno Ocampo⁹¹, originada a partir da Resolução n. 1593 de 2005 do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas.

O Supremo Tribunal Federal recebeu pedido de cooperação internacional e auxílio judiciário formulado pelo Tribunal Penal Internacional em julho de 2009 para que procedesse a detenção e entrega de Omar Al-Bashir para o Tribunal, tendo o Ministro Celso de Mello, no exercício regimental da Presidência da Corte, decidido que o pedido de cooperação não se confunde com o pedido de extradição, na linha do que diz o art. 102 do Estatuto de Roma, sendo di-

89 “Estatuto da Corte Internacional de Justiça de 1945, art. 36, § 2º. Os Estados, partes do presente Os Estados, partes do presente Estatuto, poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, ipso facto e sem acordos especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto:”.

90 “Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, art. 45. 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção, ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado-parte alegue haver outro Estado-parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção. 2. As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado-parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado-parte que não haja feito tal declaração.”

91 Warrant issued for Sudan's leader, **BBC News**, de 04 de março de 2009. Disponível: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/7923102.stm>>. Acesso: 09 nov. 2015.

versos os seus requisitos, bem como que o tribunal possui caráter supra-estatal e que o Brasil tem a obrigação de com ele cooperar, mas como o acusado não se encontrava em território brasileiro, não se justificando uma decisão liminar, remeteu os autos para audiência prévia da Procuradoria-Geral da República, do Ministro de Estado da Justiça e do Ministro de Estado das Relações Exteriores, estando pendente de julgamento.⁹²

As disposições do Tratado de Roma do Tribunal Penal Internacional, na medida em que não dependem de aceite dos Estados para a sua eficácia, são consideradas supraconstitucionais, estando acima da legislação interna, inclusive a constitucional, para aqueles que ainda enxergam a organização das várias fontes normativas na forma de pirâmide⁹³, embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha se manifestado a respeito da sua hierarquia.

A aceitação da existência de normas supraconstitucionais ou universais induz à conclusão de que o poder constituinte originário dos países não deve mais ser considerado ilimitado, autônomo e independente, na medida em que agora deve balizar-se pelas normas que estão acima do ordenamento jurídico interno, inclusive a aprovação de normas constitucionais que colocam os seus nacionais, mormente os Chefes de Estado, a salvo da jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional não possuem eficácia em relação as decisões deste último.

São por essas razões que Antônio Augusto Cançado Trindade sugere que o universalismo é o futuro do direito, colocando-se a pessoa humana no centro da preocupação legislativa, com aproximação, se não interação, entre os ordenamentos jurídicos nacionais, regionais, internacional e universal, decorrendo daí uma atuação complementar das jurisdições, em uma época em que, com crescente frequência, assuntos os mais diversos são submetidos ao controle judicial no plano global. Com a criação e operação de novos tribunais internacionais, cresce em muito o número de justiciáveis no plano interno e externo; os Estados deixam de ter o monopólio da jurisdição e exclusividade de acesso aos tribunais

92 STF – Pet. 4625 – Ref.^a. Min.^a. Rosa Weber – Despacho de 17.07.2009 (DJ 03.08.2009).

93 Como é o caso de Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli, para quem: “Com o advento do universalismo, nossa pirâmide jurídica passou a contar com quatro níveis: (a) leis ordinárias; (b) tratados de direitos humanos (salvo quando aprovados por *quórum* qualificado nos termos do § 3º, do art. 5º da CF); (c) Constituição e tratados de direitos humanos aprovados com *quórum* qualificado; e (d) normas supraconstitucionais (como é o caso do Estatuto de Roma, *v.g.*)” (Direito Supraconstitucional, p. 147).

internacionais, que atualmente é estendido aos demais sujeitos de direito, inclusive os grupos de representação e os indivíduos isoladamente.⁹⁴

Nessa mesma linha sugerimos, quanto ao Direito do Trabalho, a criação de um Tribunal Trabalhista Internacional, integrante do sistema da Organização das Nações Unidas, para o julgamento das ações em que sejam apontadas violações aos direitos fundamentais trabalhistas em todo o mundo, inclusive nos países que não aderiram às Convenções da OIT e que, no mais das vezes, são aqueles que não garantem os patamares mínimos para os trabalhadores domiciliados em seu território. Quando ocorrer a criação desse novo tribunal especializado, certamente haverá uma maior equalização da exploração da mão-de-obra que ocorre amiúde por diversas empresas transnacionais, no bojo da globalização econômica e da livre circulação do capital, que escolhem os Estados com proteção legislativa mais débil para instalar as suas recentes unidades produtivas, externalizando precarização, o que vai ensejar uma concorrência desleal mundial (*dumping social* internacional).

José Augusto Rodrigues Pinto ensina que o *dumping social* nas relações de trabalho caracteriza-se pela utilização de mecanismos econômicos e comerciais ilícitos, com vistas a violação dos direitos trabalhistas, de forma ostensiva e como instrumento de redução dos custos de produção, com o objetivo principal de diminuir a concorrência para os seus produtos, sendo mais comum a sua ocorrência quanto menor seja a rede normativa e jurisdicional protetora do trabalhador. A parte do *dumping* trabalhista que ocorre internamente, com a violação da legislação, também reconhece o autor que poderá ocorrer o *dumping* internacional, quando a empresa encerra a atividade econômica num país para estabelecer-se em outro, de onde passa a exportar seu produto para a sua sede originária a preço irresistível para a concorrência interna, ainda que atenda a legislação trabalhista mais frágil do país de destino dos seus negócios, justamente escolhido pela permissão institucionalizada da exploração da mão-de-obra local.⁹⁵

A imprensa nacional noticiou que a multinacional alemã Bosch estuda a transferência de parte da sua unidade produtiva brasileira de Curitiba para a Índia ao argumento de que os custos de produção no país aumentaram, o que inviabilizaria a concorrência internacional, inclusive em relação aos componen-

94 Cançado Trindade, Os tribunais internacionais contemporâneos, p. 80/81.

95 Rodrigues Pinto, *Dumping social*, p. 141/142.

tes produzidos na própria Índia⁹⁶, em cujo país, anote-se, não há limite de jornada de trabalho semanal legislativamente fixada nem a garantia de períodos de férias anuais remuneradas⁹⁷.

A fase internacionalista do Direito do Trabalho, embora represente grande avanço evolutivo, propiciando o acesso dos trabalhadores brasileiros aos direitos garantidos em tratados e convenções internacionais, bem como o acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos⁹⁸, não é suficiente para a completa proteção e garantia dos direitos fundamentais, na medida em que as normas internacionais ainda dependem da aceitação pelos países, mas em uma perspectiva universalista, ainda em vias de construção, *de lege ferenda*, as mesmas normas mínimas de proteção da dignidade humana dos trabalhadores deixariam de depender da ratificação e seriam realmente universalizáveis e eficazes em todo o mundo.

Em sua defesa da necessidade de se buscar um direito comum universal, Mi-reille Delmas-Marty diz que ao vermos a profusão de normas que embaralham a

96 Bosch estuda transferir parte da produção de Curitiba para a Índia, *Gazeta do Povo*, Caderno Economia, Curitiba/PR, de 05.11.2015. Disponível: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/bosch-estuda-transferir-parte-da-producao-de-curitiba-para-a-india-7ukrrd2a5ycrrzw7sew133xf6>>. Acesso: 12 nov. 2015.

97 A OIT divulgou no ano de 2009 um aprofundado estudo sobre as tendências mundiais quanto ao tema da jornada de trabalho, por meio do qual demonstrou que a duração do trabalho semanal fixada legislativamente em todo o mundo era bastante variável, desde limites de até 40 horas na Suécia, Bélgica, Espanha, Canadá, Estados Unidos, Itália, Japão e China, entre outros, limite de até 46 horas no Brasil, Angola, Marrocos, África do Sul, entre outros, limite de até 48 horas em Moçambique, Tunísia, Argentina, Malásia, Peru, Paraguai, entre outros, e alguns países em que não há limite universal estatutário fixado, entre quais se inclui a Austrália, Nigéria e a Índia. Nesse último país também não há garantia mínima de dias de férias anuais remuneradas. E os autores do livro citado resumem o quadro mundial: “Como se pode ver, o limite de 40 horas semanais era particularmente forte na Europa, apesar de também estar presente em países de outras regiões, inclusive em um número significativo de países da África. Na América Latina, entretanto, o limite de 48 horas era praticamente universal. Predominava também na Ásia, onde muitos outros países, inclusive a Índia, não especificavam um limite de horas aplicável a toda a força de trabalho.” (Lee, McCann e Messenger, *Duração do trabalho em todo o mundo*, p. 12).

98 Diversas das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 são aplicáveis nas relações de trabalho, de sorte que, havendo violação, o prejudicado poderá acessar, de forma complementar, a Corte Interamericana para ver respeitados os seus direitos humanos. Um exemplo é a admissão em nosso sistema interno, legal e constitucional, da possibilidade de ações de alçada com restrição recursal quanto ao mérito das sentenças (Lei 5.584 de 1970, art. 2º), o que viola os arts. 8º, “h”, e 25, 2, “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, desafiando petição à Comissão Americana e, constatado o desrespeito, submissão da questão e julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

nossa imagem da ordem jurídica, sentimos a necessidade de um direito comum, em todos os sentidos, que seja acessível a todos, que não seja imposto de cima como verdade, pertencente apenas aos intérpretes oficiais, mas um direito consagrado de baixo como verdade compartilhada, portanto relativa e evolutiva. Um direito comum no sentido de pertencer a diversos setores para assegurar a coerência de cada sistema, apesar da especialização crescente. Um direito comum aos diferentes Estados dentro da perspectiva da harmonização que não lhes imponha renunciar a sua identidade cultural e jurídica.⁹⁹

2.5. Transconstitucionalismo

Além da eficácia atual do direito interno, tanto infraconstitucional quanto da própria Constituição, do direito internacional e do nascimento do direito universal, também há, especialmente quanto ao Direito do Trabalho, uma infinidade de outras fontes normativas que não surgiram do Estado, como são as normas autônomas, as quais devem também integrar o objeto pluridimensional de estudo do jurista.

Marcelo Neves desenvolve a tese da transconstitucionalidade do direito a partir da constatação de que a emergência de novos problemas globais, em razão dos novos desafios da sociedade mundial, convocando tanto o Estado, quanto os entes internacionais, os grupos locais e as redes privadas de atores globais para tomar decisões coletivamente vinculantes e produzir normas jurídicas, concorre para o “entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial.”¹⁰⁰

A transconstitucionalidade cuida de delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas, dentro do mesmo sistema funcional jurídico da sociedade mundial atual. Cada uma das ordens normativas possui os seus próprios elementos (atos jurídicos), suas estruturas (normas jurídicas), seus processos (procedimentos jurídicos), sua reflexão (dogmática jurídica) e seus órgãos de jurisdição (tribunais).

⁹⁹ Delmas-Marty, *Por um direito comum*, p. IX.

¹⁰⁰ Neves, *Transconstitucionalismo*, p. 34.

Na semântica utilizada por Neves, considera-se ordem normativa estatal a oriunda do Estado e delimitada espacialmente dentro de um país; ordens locais as especiais de uma comunidade e que não emanam do Estado; ordens internacionais as constituídas pela celebração de tratados entre Estados individuais, cuja eficácia restringe-se a eles, por meio do mecanismo da ratificação, podendo ser bilaterais, regionais ou globais; ordens supranacionais as oriundas de entidades ou órgãos supraestatais, cuja eficácia não depende de ratificação; e as ordens transnacionais, que não são provenientes do Estado, mais dos atores privados ou quase-públicos, como são a *lex mercatoria*, o *jus cogens*, os contratos celebrados no âmbito da Organização Mundial do Comércio, os códigos das entidades desportivas etc.

Durante o período em que vigorava apenas o direito estatal interno, ficava facilitado o trabalho do interprete de definir qual o direito aplicável por intermédio do critério da territorialidade; havia, então, apenas uma dispersão horizontal de ordens normativas, cuja adoção de uma significava a exclusão da outra. Mesmo no antigo modelo internacionalista do Tratado de Westfália (1648), a incorporação de normas internacionais no direito interno realizava-se pelo instituto da ratificação, cuja ordem interna já previa a localização das normas recebidas dentro do sistema jurídico e os mecanismos de interação entre as normas internas e internacionais.

Atualmente, em razão dos diversos outros “níveis” normativos, como as ordens estatal, supranacional e internacional, bem como também as ordens jurídicas transnacionais, desvinculadas, por sua transterritorialidade, do direito estatal, faz surgir uma multidimensionalidade de ordens normativas, situação que, conforme defendemos nessa tese, na companhia de Marcelo Neves, “não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens.”¹⁰¹ E assinala o mesmo autor que, ao contrário de sobreposição e hierarquia, “essa situação importa relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma *ultima ratio* jurídica.”¹⁰²

Somente poder-se-ia falar em hierarquia entre as diversas ordens ao se adotar o monismo kelseneano, elegendo aleatoriamente uma “norma fundamental” a partir da qual as demais camadas de linguagem normativa iriam

101 Neves, *Idem*, p. 118.

102 *Ibidem*, p. 117.

se sobrepondo, desde quando recebidas dentro da ordem normativa única. Raciocinar nesse sentido nos dias atuais torna a ordem jurídica eleita “cega” à concorrência de outras ordens, pois essas seriam apenas camadas inferiores dela própria e não ordens autônomas.

São por essas razões que Marcelo Neves rejeita a visão monista, a qual levaria ao construtivismo extremo, autista, incapaz de oferecer elementos frutíferos para uma teoria do sistema jurídico multicêntrico da sociedade mundial, no âmbito do qual as diversas ordens jurídicas relacionam-se “ortogonal e horizontalmente, em uma pluralidade de núcleos de autofundamentação, enfrentando, os mesmos problemas constitucionais.”¹⁰³

O estudo isolado dos problemas atuais, pela perspectiva monista apenas da ordem normativa interna, é incapaz de oferecer uma resposta complexamente adequada para os problemas normativos da pós-modernidade. Ainda segundo Marcelo Neves, os modelos de constitucionalismo internacional, supranacional ou transnacional, como alternativas à fragilidade do constitucionalismo estatal interno para enfrentar os graves problemas da sociedade mundial, levam a perspectivas parciais e unilaterais, não oferecendo, quando considerados isoladamente, soluções adequadas para os problemas constitucionais hodiernos. O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, adequando-se melhor às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial.¹⁰⁴

A pluralidade de ordens normativas induz a existência de uma pluralidade de órgãos com força de autoridade no âmbito de funções legislativas, jurisdicionais e executivas, reclamando a necessidade de uma maior “conversaçoão” entre eles, na busca de uma fertilização cruzada de ideias e consensos quanto às decisões dos litígios globais, além das antigas fronteiras estatais. E arremata Marcelo Neves:

O fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas. Assim, um mesmo problema de direitos fundamentais pode

¹⁰³ *Ibidem*, p. 125.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 131.

apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco.¹⁰⁵

Se os mesmos problemas podem ser objeto de regramento em duas ordens normativas, o ideal é que essas ordens e os seus precedentes específicos sejam colocados em diálogo, como medida de encontrar uma solução intermediária, conciliadora, sem que se recorra a ideia de hierarquia para justificar a sobreposição de uma em face da outra, desconsiderando-se uma das ordens normativas.

Um bom exemplo é o conflito existente entre a Constituição Federal e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional no caso de um cidadão brasileiro cometer algum crime sujeito à jurisdição desse último. Muito embora o Brasil tenha ratificado o Estatuto de Roma de 1998¹⁰⁶, com posterior reforço constitucional com a publicação da EC 45/2004, que acrescentou o art. 5º, § 4º, à Constituição, continua havendo norma constitucional que veda a prisão perpétua (CF, art. 5º, XLVII, *b*), bem como a extradição de brasileiros natos (CF, art. 5º, LI), porém o Estatuto de Roma prevê os mecanismos da solicitação de prisão e entrega (*surrender*), mesmo de nacionais, assim como admite a prisão perpétua se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem (art. 77, 1, *b*, do Estatuto). O problema de sobreposição das ordens normativas ocorreria caso o Tribunal Penal Internacional solicitasse ao Brasil a prisão e entrega de um brasileiro nato acusado de crimes contra a humanidade, mesmo que fosse ele um Chefe de Estado, cuja pena a ser imposta pudesse ensejar a prisão perpétua.

O modelo legalista não conseguiria resolver o problema, na medida em que os seus critérios de hierarquia, temporalidade e especialidade não atenderiam as complexidades do conflito entre norma constitucional e norma supraconstitucional ou universal. Uma visão constitucionalista, a partir da previsão do art. 60, § 4º, IV, que considera os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas e, por isso, insuscetíveis de afastamento ou revogação, daria como solução uma negativa do pedido de prisão e entrega, desrespeitando o Estatuto de Roma

105 Ibidem, p. 121.

106 Aprovado em julho de 1998, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional obteve as 60 ratificações exigidas para a sua entrada em vigor em julho de 2002, tendo sido aprovado pelo Congresso brasileiro pelo Decreto Legislativo n. 112 de 2002 e promulgado pelo Decreto n. 4.388 de 2002.

que o Brasil ratificou e prometeu cumprir, gerando um imbróglio internacional de impossível solução.

Já uma visão internacionalista ou universalista que coloca o Estatuto de Roma em posição hierárquica acima da Constituição levaria à conclusão de que o brasileiro nato seria preso, entregue, julgado e, quiçá, condenado à pena de prisão perpétua, dando de ombros às garantias do art. 5º da nossa Constituição.¹⁰⁷

A solução para o conflito, a partir de uma visão transconstitucional, seria alcançada pelo diálogo entre ambas ordens normativas, com a construção de uma rede transversal colaborativa, na qual as normas seriam colocadas em conversação e a solução procuraria atender a ambas, requerendo, como premissa, a disposição bilateral ao aprendizado, tanto do Supremo Tribunal Federal como do Tribunal Penal Internacional, sem que haja hierarquia entre ambas as ordens normativas ou uma precedência *prima facie* entre os precedentes de ambos os tribunais citados.

A extradição é um instituto confinado à relação entre Estados, de modo que não há falar em impedimento de entrega de brasileiro nato em razão do previsto no art. 5º, LI, da Constituição, para julgamento do Tribunal Penal Internacional, na medida em que a mesma Constituição que prevê a vedação da extradição também admite a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, fixando a diferença entre os institutos e criando uma exceção para possibilitar a entrega de brasileiros somente na última hipótese. Merece destaque o fato que o Brasil ratificou e aceitou as disposições do Estatuto de Roma em 2002, inclusive a possibilidade de entrega de nacionais. Dois anos depois, a Constituição reafirmou a submissão ao Tribunal, acrescentando o § 4º ao artigo 5º, sem impor nenhuma ressalva quanto à entrega de brasileiros natos à Corte Internacional.¹⁰⁸

107 Marcos Augusto Maliska defende a possibilidade de prisão perpétua pelo Tribunal Penal Internacional, mesmo de cidadãos brasileiros natos, a partir do argumento de que a vedação de tal modalidade de pena prevista em nossa Constituição vincula apenas os tribunais brasileiros, com eficácia territorial restrita ao Brasil. (Maliska, Estado e Século XXI, p. 188/190). No mesmo sentido, além dos argumentos acima referidos, Valerio de Oliveira Mazzuoli acrescenta que a benevolência brasileira com os seus criminosos não pode vincular a jurisdição penal internacional, que visa defender a humanidade dos crimes mais graves que podem ser cometidos aos direitos humanos. (Mazzuoli, Tribunal Penal Internacional, p. 82/84).

108 Essa também é a posição de Valerio de Oliveira Mazzuoli, para quem: “A aceitação, pelo Brasil, do art. 89, § 1º, do Estatuto, impede (mais que corretamente) a alegação de violação da norma constitucional

Destarte, a vedação da extradição de brasileiros natos para submissão à jurisdição de outros Estados é respeitada, mas a entrega para julgamento da Corte Penal Internacional não é alcançada pela norma constitucional.

Entretanto, quanto ao tema da prisão perpétua, não há na Constituição de 1988 norma que excepcione a vedação da pena de prisão perpétua, de modo que a entrega do acusado ficaria condicionada ao aceite do Tribunal Penal Internacional de que, em caso de condenação em crime que ensejasse prisão perpétua, houvesse comutação em pena privativa de liberdade de no máximo 30 anos (art. 75 do Código Penal brasileiro), como de resto já decide o Supremo Tribunal Federal para os casos específicos de extradição¹⁰⁹, ocasião em que o acusado, mesmo que julgado perante o Tribunal Internacional, não teria pena superior à permitida no Brasil, se aqui fosse julgado, assegurando-se, ao mesmo tempo, o dever de cooperação internacional, com a submissão à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, e todos os direitos fundamentais do acusado previstos na Constituição Federal de 1988.¹¹⁰

A solução do modelo transconstitucionalista não é idêntica à de nenhuma das outras, das fases legalista, internacionalista ou universalista, principalmente por divergir da premissa de existência de hierarquia entre as diversas fontes normativas. Pela inexistência de sobreposição entre as variadas ordens normativas é que a solução não pode ser pela prevalência de uma delas, mas sempre de adaptação, conversação e ajuste recíproco.

Raciocinando a partir do paradigma da transconstitucionalidade, vemos no direito trabalhista pós-moderno o entrelaçamento de diversas ordens normativas, sem que se possa definir uma hierarquia ou uma sobreposição estática entre elas, na medida em que as suas origens são as mais diversas. Há ordem estatal, com a legislação municipal, estadual e federal, especializada e extravagante, bem como a Constituição, todas incidentes nas relações de tra-

brasileira proibitiva da extradição de nacionais como meio hábil a livrar um nosso nacional à jurisdição do Tribunal. (Mazzuoli, Tribunal Penal Internacional, p. 80).

109 “Extradição deferida, com a condição de que o Estado requerente assumo o compromisso formal de comutar eventual pena de prisão perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade não superior a 30 (trinta) anos, por força do que estabelece o artigo 75 do Código Penal, bem assim descontar o tempo de prisão que, no Brasil, foi cumprido em razão da extradição.” (STF – Pleno – Ext. 1.103/EUA – Rel. Min. Eros Grau – DJ 07.11.2008). No mesmo sentido: STF – Pleno – Ext. 1.104/UK – Rel. Min. Cezar Peluso – DJ 25.06.2008.

110 Essa também é a posição de Marcelo Neves, *op. cit.*, p. 148/149.

balho, além das ordens locais, das ordens internacionais, com os tratados, recomendações e convenções, comuns, de direitos humanos e da OIT, da ordem supranacional, ainda em fase de formação, com a incidência de normas oriundas de entes supranacionais e que não dependem de ratificação para a eficácia das suas normas (universalismo), além de todas as ordens transnacionais, oriundas de fontes extraestatais, como as normas coletivas, os regulamentos de empresa, os contratos de trabalho internacionais, as ordens normativas locais arcaicas de um povo ou comunidade¹¹¹, as decisões dos tribunais arbitrais do esporte, *jus cogens*, os acordos de colaboração internacional¹¹², bilaterais ou multilaterais, regionais ou universais etc.

Jean-Claude Javillier, lecionando a respeito das normas internacionais do trabalho emanadas da OIT e seu diálogo com as demais normas internas incidentes nas relações de trabalho, também defende a adoção da perspectiva que fomenta as complementaridades, as integrações entre as diferentes ordens. É, sem dúvida, de uma articulação entre todas as normas jurídicas, tanto internacionais como regionais e nacionais, que pode resultar uma boa governança trabalhista, à qual é atribuída grande parte da viabilidade da luta contra a pobreza, da realização da justiça social e da concretização do trabalho decente.¹¹³

Um exemplo comum em Direito do Trabalho e que gerava conflito entre precedentes do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal ocorre com a ratificação dos tratados internacionais que garantem imunidade

111 Por exemplo, a discussão quanto à existência de relação de emprego entre indígenas, cuja ordem normativa local, alicerçada no costume, tolera a realização de trabalho em idade inferior à da ordem normativa estatal e não prevê procedimentos para formalização do vínculo. Também poderia ocorrer que um casal indígena, ambos integrados à sociedade, capazes civilmente e que trabalham em uma fazenda vizinha à aldeia, tivessem um filho. Segundo a ordem normativa da tribo, é a mulher quem retorna mais rápido ao trabalho e o pai permanece cuidando mais diretamente do filho. Nesse caso, colocando um diálogo transversal as ordens normativas local e estatal, poder-se-ia concluir pela extensão da licença paternidade e a redução do tempo da licença maternidade, ajustando-se aos costumes indígenas, nos mesmos prazos da CLT e sem que haja prejuízos de custeio pelo fazendeiro empregador de licença para ambos.

112 Uma área que desenvolveu-se rapidamente nas últimas décadas a partir de acordos, bilaterais ou multilaterais, de colaboração internacional, produzidos inclusive fora do Estado, foi o direito concorrencial, com o objetivo de regular a prática do truste a partir das fusões das empresas multinacionais. A definição das fusões por meio dos acordos de colaboração internacional é relevante na definição de responsabilidade trabalhista, por exemplo, nos casos de alegação de sucessão de empregadores (CLT, arts. 10 e 448) ou grupo de empresas (CLT, art. 2º, § 2º).

113 Javillier, Globalização e pesquisa jurídica, p. 44.

de jurisdição trabalhista aos organismos internacionais que atuam no país, gerando uma tensão entre os arts. 5º, XXXV (inafastabilidade da jurisdição), 114, I¹¹⁴, da Constituição e a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas de 1946.¹¹⁵

Em determinado caso concreto um trabalhador brasileiro foi contratado para trabalhar aqui para o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD/ONU), mediante contrato de consultoria, tendo diversos direitos trabalhistas previstos na legislação brasileira violados pelo organismo internacional, segundo a sua petição inicial. Ao ajuizar ação trabalhista perante a Justiça do Trabalho, viram-se os julgadores diante do conflito entre direito estatal interno que prevê a jurisdição trabalhista ampla e o direito internacional que prevê as imunidades de jurisdição e execução.

A posição da jurisdição trabalhista nacional, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho¹¹⁶, foi no sentido de prestigiar uma visão constitucionalista e reafirmar a sobreposição da Constituição Federal de 1988 em detrimento da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas de 1946, autorizando a jurisdição sobre os atos de gestão do organismo internacional e a execução da sua própria decisão. O TST não enfrentou expressamente a constitucionalidade do tratado internacional, mas acabou efetivamente negando eficácia às suas disposições.

Em nossa posição anterior, que ora é revista nesse trabalho, defendíamos a viabilidade de o juiz trabalhista realizar o controle difuso de constitucionalidade da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas de 1946, que ostenta hierarquia de lei ordinária e, confrontando-a com o princípio da

114 CF, art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

115 Promulgada pelo Decreto n. 27.784 de 1950, diz em seu artigo 2º, 2, que a Organização das Nações Unidas, seus bens e haveres, qualquer que seja sua sede ou o seu detentor, gozarão da imunidade de jurisdição, salvo na medida em que a Organização a ela tiver renunciado em determinado caso. Fica, todavia, entendido que a renúncia não pode compreender medidas executivas.

116 “AÇÃO RESCISÓRIA. ENTES DE DIREITO PÚBLICO EXTERNO. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA MATERIAL. Esta Corte vem reiteradamente decidindo pela competência da Justiça do Trabalho para julgar demandas envolvendo organismos internacionais. Isso porque a Justiça do Trabalho tem competência para dirimir conflitos decorrentes de qualquer relação de Trabalho, inclusive contra entes de direito público externo, nos termos do artigo 114 da Constituição Federal.” (TST – SBDI-2 – ROAR 46740-84.2002.5.23.0000 – Rel. Min. Emmanoel Pereira – DJ 17.03.2006).

inafastabilidade da jurisdição, concluíamos pela negativa de eficácia das suas normas. A premissa a partir da qual construíamos esse raciocínio era a de que havia hierarquia no sistema jurídico e que os tratados internacionais com *status* de lei ordinária deveriam se sujeitar à Constituição Federal de 88. A nossa posição era baseada em uma lógica excludente de uma ordem normativa por outra, a partir do critério da hierarquia, dando prevalência ao constitucionalismo em detrimento do internacionalismo.¹¹⁷

O Supremo Tribunal Federal, revendo a decisão especializada, começou acenando para uma posição internacionalista de que a garantia da inafastabilidade da jurisdição não é absoluta, vez que a Constituição promete prestação jurisdicional a todos, mas o faz sob a presunção de que a parte demandada é jurisdicionável.¹¹⁸

O voto da relatora Ministra Ellen Gracie manifesta expressamente que por maiores que tenham sido as mudanças promovidas pela Corte quanto ao tema das imunidades, “nada foi alterado com relação ao respeito que deve o Estado brasileiro a todos os acordos e tratados internacionais por ele regularmente celebrados”, para concluir pela imunidade de jurisdição e execução, em detrimento da Constituição.

A Ministra Carmen Lucia, defendendo posição intermediária, votou pelo reconhecimento da imunidade de jurisdição à ONU, mas reconheceu a possibilidade de condenação da União quanto aos direitos violados, de forma subsidiária e sem reconhecimento de vínculo direto, conforme previsto no Acordo de Cooperação assinado com o PNUD para a realização das atividades em solo brasileiro, no que foi acompanhada pelo Ministro Marco Aurélio.

Contudo, foram os votos que se seguiram que revelou uma nova posição conciliadora, transconstitucional, harmonizadora dos compromissos internacionais e dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, sem discutir eventual hierarquia entre essas ordens normativas.

As premissas fixadas foram as que o direito material aplicável ao caso do autor da ação não é o brasileiro previsto na CLT, mas sim os direitos e obrigações previstos no acordo de cooperação celebrado entre o Brasil e o PNUD/ONU, a cujo contrato o consultor aderiu espontaneamente, estando garantidos direitos sequer admitidos na legislação interna celetista, inclusive o autor da ação

117 Molina, Imunidade jurisdicional das pessoas jurídicas de direito público externo, p. 28/30.

118 STF – Plenário – RE 578.543/MT – Red. p/ Ac. Ministro Teori Zavascki – DJ 27.05.2014.

também não estava submetido aos descontos fiscais e previdenciários, devido à especificidade da sua relação contratual internacional, gerando-lhe uma remuneração diferenciada.

A jurisdição interna fica afastada (imunidade), mas, segundo também o acordo de cooperação, as partes podem acessar o Tribunal Administrativo da ONU, com composição paritária, para buscar a conciliação e, sendo infrutífera, a solução por intermédio da arbitragem, acrescentando o Ministro Gilmar Mendes a obrigação política do Estado brasileiro de auxiliar materialmente o trabalhador para acessar a corte administrativa internacional para a efetivação dos direitos previstos no acordo de cooperação e no contrato individual de consultoria.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski resume a posição intermediária:

Sinteticamente, sem querer me alongar, entendo que quem celebra um contrato tendo como substrato jurídico o Direito Internacional Público ou o Direito Internacional Privado sujeita-se, voluntariamente, aos mecanismos de solução de controvérsias que estão previstos nessas normas internacionais ou normas de caráter regional.

Isso acontece no plano da ONU, no plano do Mercosul, da União Europeia, quer dizer, a pessoa, quando celebra um contrato, quando adere a um desses organismos, sai da esfera da jurisdição nacional e passa a colocar-se sob a jurisdição própria que está estabelecida nesses tratados.

A posição conciliadora extraída dos votos dos ministros mostra-nos que a solução não está com aqueles que defendem o constitucionalismo – como fazia o Tribunal Superior do Trabalho¹¹⁹ e entendíamos em nível doutrinário –, ocasionando a ineficácia da ordem normativa internacional, nem com aqueles que – na linha do voto da Ministra Ellen Gracie e de parcela da doutrina internacional¹²⁰ - sustentam uma primazia da normativa internacional, negando ju-

119 Ressalve-se que, atualmente, o Tribunal Superior do Trabalho também ajustou a sua posição por meio da OJ n. 416 da SBDI-1: “IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANIZAÇÃO OU ORGANISMO INTERNACIONAL. As organizações ou organismos internacionais gozam de imunidade absoluta de jurisdição quando amparados por norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não se lhes aplicando a regra do Direito Consuetudinário relativa à natureza dos atos praticados. Excepcionalmente, prevalecerá a jurisdição brasileira na hipótese de renúncia expressa à cláusula de imunidade jurisdicional.”

120 Franco Filho, *Imunidade de jurisdição trabalhista*, p. 66/67.

risdição ao trabalhador local e tornando ineficaz alguns direitos fundamentais previstos na Constituição.

A solução transconstitucional, ao mesmo tempo, resguarda o acesso do trabalhador brasileiro à jurisdição, não à interna trabalhista, mas a internacional do tribunal administrativo da ONU, inclusive com auxílio material do Estado brasileiro, respeitando-se os tratados internacionais celebrados e ratificados pelo Brasil. Outro ponto que merece registro de avanço foi o reconhecimento de que o trabalhador fez uma opção consciente pelo regime do contrato de direito internacional privado, com seus direitos e obrigações específicos, renunciando ao regime trabalhista celetista.

A decisão da Suprema Corte admitiu a pluralidade das fontes normativas de direito material do trabalho (contrato de trabalho internacional em detrimento da CLT¹²¹) e o pluralismo judiciário ao admitir que as lesões ou ameaças à direito não precisam, necessariamente, ser submetidas à jurisdição brasileira, desde que haja outro tribunal internacional com atribuição para resolver o conflito, não deixando os contratados sem acesso efetivo à jurisdição, como de resto ocorre com as cláusulas de arbitragem nacional¹²² e em sede de dissídio coletivo do trabalho¹²³.

Enfrentando idêntico problema de conflito da norma que garante acesso à jurisdição e os tratados internacionais que preveem imunidade, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que a Alemanha não havia violado a Convenção Europeia de Direitos Humanos ao admitir a imunidade jurisdicional de organismo internacional em matéria trabalhista, na medida em que havia garantia de acesso alternativo para solução dos eventuais dissensos.¹²⁴

121 Ao assim proceder, nem de longe o Supremo tribunal Federal violou o princípio trabalhista da norma mais favorável ao trabalhador, na medida em que, embora não dispusesse sobre o direito às férias, décimo terceiro etc., o contrato internacional de trabalho garantia outros direitos, como diárias para viagem, licença anual, licença em caso de doença etc., além de isenção de recolhimentos fiscais e previdenciários, no final resultando em uma remuneração diferenciada em relação à média de renda do trabalhador brasileiro.

122 Lei n. 9.307 de 1996, recentemente atualizada pela Lei n. 13.129 de 2015.

123 Art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

124 CEDH, Case of Waite and Kennedy v. Germany, Application n. 26083/94, judgment 18.02.1999.

2.6. Relevância da jurisprudência internacional e estrangeira

A partir da premissa do entrelaçamento das diversas ordens normativas, cujos problemas atuais demandam recurso a mais de uma delas, simultaneamente, bem assim do reconhecimento do pluralismo jurisdicional, compreendemos que no paradigma jurídico pós-moderno as decisões dos tribunais internacionais e também as dos estrangeiros são relevantes para a jurisdição doméstica brasileira, na medida em que as disposições dos tratados internacionais são interpretadas e aplicadas tanto pelos tribunais internacionais quanto pelos tribunais domésticos internos dos demais países que aderiram aos mesmos documentos internacionais, ou seja, a mesma fonte normativa é objeto de análise pela jurisdição internacional e também pela interna dos variados países aderentes, de modo que ambas as manifestações judiciais emprestam relevante distinção para a melhor interpretação e argumentação do juiz brasileiro quando for aplicar normas das diversas ordens em suas decisões.

Para além da interpretação plural do direito internacional e supranacional, também as decisões dos tribunais estrangeiros são relevantes quando as mesmas hipóteses fáticas são submetidas à julgamento pelos juízes de países diversos, mas, em muitos dos casos, a fonte normativa é idêntica, nomeadamente em tema de direitos fundamentais em que as constituições dos países democráticos colocam a dignidade da pessoa humana na centralidade dos sistemas, tendo um rol de direitos fundamentais bastante coincidentes entre si, cuja interpretação de um tribunal local pode emprestar subsídios para a interpretação de outro tribunal estrangeiro.

O socorro às fontes normativas internacionais e de direito comparado já é incentivada pela legislação trabalhista doméstica, mas muito pouco utilizado.

O único microsistema legislativo brasileiro que admite a aplicação direta do direito estrangeiro é o trabalhista, quando prevê no artigo 8º da CLT que na ausência de disposições internas de direito material, está autorizado o magistrado trabalhista a socorrer-se do direito comparado como fonte de julgamento.¹²⁵

125 “CLT, art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.” Francisco Antônio de Oliveira, em comentário ao citado dispositivo, anota que significa que em sede trabalhista a incursão no Direito Comparado está

A Consolidação das Leis do Trabalho, principal fonte de direito material que regula os contratos de emprego no país, é de 1943 – ressalvando algumas alterações e atualizações mais recentes –, de modo que embora ainda atenda a contento a fixação dos critérios contratuais gerais, de outro lado deixa escapar uma infinidade de situações mais recentes que foram inseridas nas relações de trabalho da atualidade, por exemplo, a responsabilidade nas terceirizações, os direitos de personalidade nas relações de trabalho, meios de vigilância eletrônicos, revistas e monitoramento do ambiente de trabalho, dos meios de comunicação informáticos e nos pertences do trabalhador, apenas para falar de alguns temas que ainda não encontram regramento normativo no direito material interno, mas que são objeto de preocupação do Código do Trabalho português de 2009, com as reformas de 2012 e 2014, o qual pode, por exemplo, servir como pauta indicativa de comportamento para a relação de trabalho e também como critério de julgamento, com o permissivo do artigo 8º da CLT, apenas para falar de um único exemplo de direito externo.

Também há disposições do direito interno que provocam interpretações divergentes em nossa jurisprudência, cujas disposições foram positivadas entre nós com inspiração legislativa em ordenamentos de outros países, sendo mais um motivo para que debruçemos sobre a jurisprudência desses países de origem, mais das vezes com décadas de amadurecimento quanto à interpretação das disposições idênticas, para colaborar dialogicamente com a melhor interpretação a ser dada aqui entre nós.

Jean-Claude Javillier também é partícipe da necessidade de diálogo entre os diversos sistemas jurídicos como mecanismo mais eficaz de universalização do direito do trabalho, principalmente das Convenções da OIT. Para o autor, o direito internacional do trabalho nasceu de uma prática dinâmica de direito comparado, sendo que da diversidade dos ordenamentos para reger as relações de trabalho, resultaram as práticas legítimas das quais se descobre as diversas proximidades e compatibilidades. “O estudo e a classificação de tais práticas permitem enriquecer o conteúdo das normas

expressamente autorizada. E graças a isto, certas resistências que são encontradas no Direito Comum, não firmam residência em campo trabalhista, cuja filosofia de proteção ao hipossuficiente tem foro cosmopolita, aberto às inovações. (Oliveira, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, p. 77).

internacionais do trabalho. A dialética entre universalismo e particularismo deve ser substancial e permanente.¹²⁶

Se em uma perspectiva moderna os Estados ostentavam o atributo da soberania enquanto posição de respeito aos limites geográficos, não-intervenção e autonomia de jurisdição, derivando disso a irrelevância das decisões estrangeiras para o sistema jurídico interno, repercutindo no direito internacional com o costume do *par in par non habet iudicium*, na época atual de cooperação entre as nações¹²⁷, a jurisdição internacional ganhou maior relevância, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, com a previsão de disposições de proteção da pessoa humana na Declaração Universal de 1948 e nos tratados posteriores que criaram os tribunais internacionais, tanto no âmbito regional da Organização dos Estados Americanos, quanto global na esfera da Organização das Nações Unidas, com as atribuições de aplicar as disposições previstas no direito internacional, tendo o ser humano como sujeito ativo (tribunais internacionais de proteção dos direitos humanos) e passivo (tribunais penais internacionais) das demandas.

E o Brasil tornou-se partícipe da jurisdição internacional ao reconhecer que nas suas relações internacionais reger-se-á pelos princípios da prevalência dos direitos humanos, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, integração dos povos da América Latina, recepção dos tratados internacionais, bem como a sua submissão à jurisdição do Tribunal Penal Internacional e o incentivo à formação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, conforme os artigos 4º e 5º, §§, da Constituição Federal de 1988 e o artigo 7º do ADCT.

O Brasil é parte dos principais tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, tanto em nível regional quanto global, em cujas disposições há a criação de tribunais internacionais para efetivar a aplicação de suas normas.¹²⁸

126 Javillier, Globalização e pesquisa jurídica, p. 46.

127 “Nesta concepção, o Estado-Nação e a noção de soberania devem ser repensados através de uma complexa sociedade interdependente e cosmopolita na qual a noção de soberania é reescrita para endossar o conceito de uma sociedade plenamente integrada e harmoniosamente interligada, baseado em princípios de tolerância e de reconhecimento mútuo em uma rede distribuída no ordenamento internacional.” (Luis Cláudio Martins de Araújo, O diálogo institucional entre cortes locais e cortes transnacionais, p. 4/5).

128 O Brasil aderiu à Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio de 1948, a Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951, a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965, o Pacto internacional dos direitos civis e políticos

E a adesão brasileira aos diversos tratados internacionais que preveem a criação e funcionamento dos variados tribunais internacionais possibilita reconhecer a jurisdição entre nós da Corte Internacional de Justiça (Decreto 19.841/1945), do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma – Decreto 4388/2002), da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Decreto 4463/2002) e do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (Decreto 4982/2004). De outro lado, embora o país tenha aderido aos três importantes tratados de direitos humanos sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965, sobre os direitos civis e políticos de 1966 e contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes de 1984, até hoje não ratificamos as normas especiais dos referidos pactos, por meio das quais submeter-nos-íamos aos tribunais competentes para avaliar as denúncias de violações das suas próprias normas.

A Corte Internacional de Justiça possui funções consultiva (pareceres) e contenciosa (sentenças), resolvendo controvérsias internacionais restritamente entre Estados-Membros, órgãos e agências das Nações Unidas, desde que os primeiros tenham manifestado aderência voluntária à sua jurisdição, bem como em relação aos dois últimos apenas em sua função consultiva e não a contenciosa, restrita aos Estados-partes (artigo 34 do Estatuto). Existem centenas de tratados internacionais e convenções bilaterais com cláusulas compromissórias prevendo recurso à Corte Internacional de Justiça, formando a base jurídica para sua atuação, de modo que suas sentenças e pareceres, ainda que possuam legitimados restritos e eficácia jurídica *inter partes*, oferecem uma pauta de reflexão para as sentenças internas. Para citar apenas duas, tanto a decisão sobre as imunidades jurisdicionais entre Estados (*Alemanha vs Itália* de 2012) quanto o parecer sobre reparações de danos de 1949, são instrumentos valiosos para o juiz trabalhista pós-moderno argumentar e legitimar as suas próprias sentenças acerca destes temas.

de 1966, o Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais de 1966, a Convenção americana de direitos humanos de 1969, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher de 1979, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes de 1984, a Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura de 1985, e a Convenção sobre os direitos da criança de 1989, a Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher de 1994, a Convenção interamericana sobre tráfico internacional de menores de 1994 e a Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência de 1999.

Já o Tribunal Penal Internacional também integra o sistema jurisdicional da Organização das Nações Unidas e possui a competência para julgar os crimes praticados com violência aos direitos humanos (genocídio, contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão), em atuação complementar às jurisdições internas, cujas decisões são efetivas para alcançar inclusive as pessoas físicas causadoras das violações (legitimados passivos), como vimos linhas acima.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui funções consultiva e contenciosa para julgar as violações à Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*), já tendo construído uma vasta jurisprudência em relação ao direito à vida, liberdade e, como decorrência das violações desses, em matéria de reparação. No exercício da sua atribuição consultiva, o tribunal também emite opiniões consultivas a respeito da interpretação da Convenção, sendo essa atribuição extremamente relevante e as opiniões emitidas “precisam ser levadas em conta na hora da aplicação da Convenção no ordenamento jurídico nacional.”¹²⁹

O sistema regional avança em relação ao global e o europeu ao permitir que qualquer pessoa, grupo, organizações não-governamentais ou Estados-partes ofereçam petições e comunicações apontando violação à Convenção, desde que tenham esgotado os recursos na jurisdição interna (inserindo no conceito a demora injustificada da decisão), atendimento do prazo de seis meses a partir da ciência da decisão interna final e não estar a matéria judicializada internacionalmente em outro tribunal. As petições serão analisadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual, após colher as primeiras informações do Estado apontado como violador e realizar diligências, pode encaminhar o caso para julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas decisões obrigam o Brasil, posto que aderiu à sua jurisdição desde o ano de 2002, fixando-se prazo para cumprimento e arbitrando uma justa indenização.

Cançado Trindade ensina que há uma verdadeira linha de evolução com os tribunais regionais de direito humanos, os quais têm resgatado a posição dos indivíduos como *verdadeiros sujeitos do direito internacional dos direitos humanos*, assim como do direito internacional público, deixando de ser simples objetos de proteção, mas dotando-os de plena capacidade jurídica de atuar no plano internacional em defesa de seus direitos.¹³⁰

129 Nádía de Araújo, *A influência das opiniões consultivas*, p. 229.

130 Cançado Trindade, *Os tribunais internacionais contemporâneos*, p. 26/27.

A última corte internacional que o Brasil aderiu à jurisdição foi o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, que possui funções consultivas e de mediação entre os países integrantes do bloco regional. A sua principal tarefa é a de garantir a interpretação, aplicação e cumprimento dos tratados internacionais no processo de integração entre os convenientes, uniformizando as decisões proferidas nos sistemas judiciais internos, por meio da emissão de laudos arbitrais, opiniões consultivas e pareceres interpretativos. O Protocolo de Olivos (2002) autoriza que os tribunais superiores dos Estados solicitem opiniões consultivas sobre o direito internacional de integração a ser aplicado em suas próprias decisões internas.

A compreensão da criação e atribuições dos tribunais internacionais retro citados possibilita que reconheçamos a inexistência de hierarquia entre eles, visto que cada qual vela pela aplicação de uma porção específica do direito internacional, com legitimados distintos, instalando uma relação de coordenação e diálogo entre as suas próprias decisões e os Estados receptores.¹³¹

É pela inexistência de hierarquia entre os tribunais internacionais que Luis Cláudio Martins de Araújo defende que são os diálogos judiciais o mecanismo para o desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática, na medida em que nos procedimentos internos travados nas democracias é que reside a legitimidade das decisões judiciais, as quais devem operar a partir da construção de um processo deliberativo para a viabilidade do diálogo entre as instituições, de maneira a aperfeiçoar um sistema cooperativo e progressivo das relações entre os Poderes e as demais instituições, pela via sistêmico-dialógica, superando as tradicionais teorias de interpretação constitucional e de separação de poderes, a partir da conciliação dos interesses, em uma comunidade democrática na sociedade mundial atual.¹³²

131 “(...) ao invés de hierarquia, o que há entre os tribunais internacionais contemporâneos é coordenação e complementaridade. Cada tribunal internacional tem sua jurisdição fundamentada em um tratado ou instrumento internacional distinto, e tem seu próprio direito aplicável. Todos conformam uma rede policêntrica de tribunais internacionais (possível embrião de um futuro Judiciário internacional), que, em meu entender, longe de ameaçar fragmentar o Direito Internacional contemporâneo (como apregoam alguns conservadores e retrógrados), ao contrário, o enriquecem, na medida em que afirmam e confirmam a aptidão do Direito Internacional para resolver os mais distintos tipos de controvérsias internacionais, nos planos tanto interestatal como intraestatal.” (Caçado Trindade, *Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal de justiça internacional*, p. 46).

132 Araújo, *Supremacia ou diálogos judiciais*, p. 1/2.

As decisões dos quatro tribunais internacionais cuja parcela de jurisdição aderimos, além do compromisso de atendimento das suas manifestações, incute nos juízes brasileiros o dever de observação da sua jurisprudência como referência para fundamentação. Já em relação aos demais órgãos competentes internacionalmente para julgamento de questões afetas ao tratados internacionais de direitos humanos, muito embora as suas decisões ainda não nos vincule quanto ao cumprimento – até que ratifiquemos as suas disposições jurisdicionais –, também servem como pauta argumentativa, na medida em que as disposições de direito material dos tratados foram ratificadas e possuem eficácia interna, ficando a salvo apenas da jurisdição internacional. Por outras palavras, ainda que as decisões internas brasileiras não sejam suscetíveis de revisão pelos órgãos externos, o conteúdo das decisões internacionais que aplicam as disposições dos pactos internacionais lançam luzes sobre a interpretação que o magistrado brasileiro fará quando da aplicação da mesma disposição internacional no sistema jurídico interno.

Na medida em que os tratados internacionais são normas jurídicas válidas e eficazes nos países que sejam partes deles, as suas disposições passaram a ser objeto de interpretação e aplicação tanto em nível internacional quanto no sistema jurídico dos diversos países convenientes, de modo que também passa a ser muito relevante ao jurista pós-moderno a instauração de um diálogo com as decisões estrangeiras¹³³, enquanto um dos mecanismos de legitimação das suas próprias decisões. Dito de outro modo, é relevante para a jurisdição interna tanto verificar como os tribunais internacionais interpretam os tratados, quanto esses mesmos documentos são interpretados pelos tribunais dos demais países democráticos.

Inseridos em uma sociedade global pluralista e hipercomplexa, na qual se identifica uma multiplicidade de modos de vida, a justiça que se quer também global deve buscar a previsibilidade, a racionalidade e a coerência não somente nas suas próprias decisões anteriores (precedentes internos), mas também nas decisões estrangeiras e internacionais, de modo a construir uma rede global de

133 É preciso refinar semanticamente para esclarecer que entende-se como jurisprudência internacional àquela formada pelas decisões dos tribunais internacionais e jurisprudência estrangeira a oriunda dos tribunais locais de cada país, as quais, em um ambiente de diálogo e de direito supraconstitucional, ganham relevância no debate jurídico pós-moderno.

reciprocidade democrática em busca do consenso internacional que tenha em foco a dignidade da pessoa humana em escala mundial.

Luís Roberto Barroso está entre os que defendem que a transposição jurídica, considerada a importação por um país do direito e das instituições jurídicas desenvolvidas em outro, tornou-se uma ferramenta importante no desenvolvimento institucional dos países democráticos. Tribunais de todo o mundo começaram a se engajar em um crescente diálogo envolvendo citação mútua, principalmente em matéria constitucional, conferências de intercâmbio acadêmico e organização de fóruns públicos de debate. O principal fator que contribuiu para o aprofundamento desse processo é que nos países onde o Estado de Direito foi instaurado mais recentemente, seus tribunais se espelham, com frequência, na experiência das democracias mais sedimentadas, sendo a Suprema Corte norte-americana e o Tribunal Constitucional da Alemanha os que têm desempenhado um significativo papel de modelo para as novas democracias. Embora o fluxo de ideias seja mais intenso em um sentido do que em outro, também é verdade que, como em qualquer outra forma de intercâmbio, esta é uma avenida de mão dupla.

E arremata a sua lição:

Sociedades plurais e altamente complexas se deparam com desafios em áreas que vão da segurança nacional até questões religiosas, raciais e sexuais. Controvérsias, ideias, argumentos jurídicos, inferências morais e propostas de soluções são similares e recorrentes por todo o mundo, e as visões e percepções dos juízes de um país podem enriquecer o raciocínio dos juízes de outras jurisdições. Decisões judiciais estrangeiras podem oferecer novas informações e perspectivas, e também ajudar na construção de consensos. (...) Como intuitivo e fora de qualquer dúvida, as decisões judiciais estrangeiras têm apenas uma autoridade persuasiva, não sendo vinculantes.¹³⁴

As referências às decisões estrangeiras providenciam uma ferramenta adicional e potencialmente útil, à medida que o Poder Judiciário tenha que lidar com questões complexas, propiciando uma outra fonte de opiniões que poderá auxiliar os juízes, quando forem confrontados com temas idênticos, agregando racionalidade, legitimidade e unidade às decisões domésticas, segundo nos en-

¹³⁴ Barroso, A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo, p. 35.

sina Luis Cláudio Martins de Araújo. A criação dessas redes globais de citação mútua, em que os tribunais nacionais permanecem conscientes de sua independência, mas assumem a necessidade de cooperação e validade de abordagens diferentes para o mesmo problema jurídico, aprendendo e se legitimando com outras experiências, é bastante salutar. E arremata que “o uso de decisões transnacionais permite que haja uma saudável fertilização cruzada de ideias, em que a análise das abordagens externas a temas semelhantes, enriquece a compreensão da corte acerca da questão.”¹³⁵

Virgílio Afonso da Silva acrescenta argumentos em defesa da observação da jurisprudência dos tribunais internacionais pela jurisdição interna, principalmente com o objetivo de emprestar maior racionalidade e previsibilidade para as decisões locais ao realizarem o sopesamento dos direitos fundamentais. Ao se observar, além das decisões domésticas, as decisões internacionais como um ônus argumentativo a favor de uma posição jurídica, as decisões locais que ponderam princípios jurídicos ganham em segurança jurídica, na medida em que a previsibilidade dos resultados também é condicionada pelos precedentes externos. Para ele, embora não haja hierarquia e subordinação entre as decisões internas e internacionais, essas últimas devem ser levadas em consideração no âmbito nacional, isto é, as autoridades internas e os tribunais têm que dela se ocupar de forma explícita e, se for o caso, fundamentar por que não adotam a interpretação supranacional anterior, de modo que rejeitar as decisões supranacionais é possível, mas o ônus argumentativo é enorme. “Nesse sentido, a decisão incorreta não é aquela que se desvia das decisões de tribunais supranacionais, mas aquelas que, quando o fazem, não enfrentam o ônus argumentativo que sua superação impõe.”¹³⁶

Um bom exemplo é a experiência do Tribunal Constitucional alemão que em julgamento de 1999 decidiu que a captura de imagens fotográficas e divulgação das atividades cotidianas da princesa Caroline de Mônaco não violava de forma desproporcional o seu direito fundamental de privacidade.¹³⁷ Insatisfeita com a decisão local, ajuizou ação perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, a qual, interpretando os mesmos fatos, concluiu de forma diversa, considerando que houve violação do seu direito fundamental e humano à priva-

135 Araújo, O diálogo institucional entre cortes constitucionais, p. 244.

136 Silva, Colisões de direitos fundamentais, p. 109.

137 BVerfGE 101, 361 (1999).

cidade.¹³⁸ Após a decisão da corte internacional em 2004, o Tribunal Constitucional alemão disse que as decisões da Corte Europeia não vinculam o Tribunal Constitucional, mas apenas as partes do litígio, entretanto as suas decisões devem ser levadas em consideração como um valor argumentativo, de modo que o Tribunal alemão está autorizado a julgar em sentido contrário de um precedente internacional, porém deve fundamentar de forma consistente por que não segue a interpretação supranacional, mostrando as razões da sua dissidência.¹³⁹

O principal argumento utilizado pela corte alemã para firmar essa posição é que o artigo 53 da Convenção Europeia de Direitos Humanos ressalva que as suas disposições não podem ser interpretadas de modo a limitar ou prejudicar os direitos fundamentais previstos nas constituições dos países aderentes, como de resto também previsto no artigo 29 da Convenção Americana, vigente entre nós, e que, por isso, o raciocínio e a experiência alemã são válidos para a realidade dos juízes brasileiros, de modo que incumbiria à jurisdição local emprestar relevância às decisões dos tribunais internacionais, mas manter a necessidade de proteção dos direitos fundamentais previstos internamente, chegando ao ponto de rejeitar algum precedente internacional.

Comentando a posição do Tribunal germânico, Marcelo Neves diz que no direito constitucional alemão, as normas da Convenção Europeia e a respectiva jurisprudência do Tribunal Europeu servem como meios auxiliares de interpretação para determinar a conteúdo e a amplitude dos direitos fundamentais, desde que não levem à redução ou limitação da proteção prescrita na Lei Fundamental. Contudo, uma negação narcisista das decisões internacionais por parte dos tribunais locais não parece suportável no grau de integração europeia. Daí porque imprescindível, também para os tribunais nacionais envolvidos na solução das questões relativas aos direitos humanos, o desenvolvimento de uma racionalidade transversal em face da ordem jurídica supranacional. Qualquer tentativa de unilateralidade pode ter efeitos destrutivos, irracionais, desnaturando a integração no âmbito dos direitos fundamentais.¹⁴⁰

Tratando das convenções e do papel da Organização Internacional do Trabalho como fomentadora da globalização dos direitos trabalhistas mínimos, Jean-Claude Javillier também é da opinião que deve ser dada uma particular

138 CEDH, *Caroline von Hannover v. Germany*, Application n. 59320/2000, de 2004.

139 BVerfGE 111, 307 (2004).

140 Neves, *Transconstitucionalismo*, p. 139.

atenção ao encontro de juristas de diversos sistemas do direito, representantes de órgãos nacionais e internacionais, teóricos, juízes e praticantes do direito. Da mesma forma, convém reunir não apenas diferentes áreas do Direito em diálogo, como direito do trabalho, previdenciário, internacional, mas também disciplinas cujas contribuições são determinantes, como a economia, a sociologia e a antropologia, mantendo uma articulação permanente entre elas. “Não se atinge o efeito de compreensão do direito e desenvolvimento de uma ação normativa pertinente sem passar por tais estágios de profunda reflexão. (...) Reforçamos esse diálogo, para que seja possível um alcance em âmbito mundial, como no seio da OIT.”¹⁴¹

A posição adotada pelo magistrado brasileiro em relação à jurisprudência internacional e estrangeira pode oscilar desde uma completa resistência, passando pela mera referência retórica, assimilação como mecanismo de comparação, positiva ou negativa, em relação à sua própria decisão, até a posição de incorporação e efetiva utilização enquanto ferramenta de argumentação jurídica e decisão.

Os principais argumentos utilizados pelos juízes mais conservadores em relação ao uso das decisões externas agrupam-se na alegação de soberania estatal e independência do sistema jurídico nacional; particularismo legal, cultural e histórico de cada Estado; falta de legitimidade das cortes estrangeiras, que estão a salvo do controle popular exercido pelos cidadãos do país receptor da jurisprudência; e o principal argumento é o da arbitrariedade judicial, a permitir que o magistrado profira sua decisão sem maiores compromissos democráticos e, depois, para justificá-la, teria um catálogo amplo de decisões estrangeiras para procurar autolegitimar-se, cujas decisões podem ser oriundas de realidades muito díspares da vivenciada no país receptor.

Na outra extremidade, dos defensores da utilização ampla, os argumentos mais invocados são o da capacidade de autodeterminação, incumbindo ao próprio tribunal receptor verificar a compatibilidade e adequação da invocação dos acórdãos estrangeiros, sem qualquer imposição externa, não falando em perda da soberania; a necessidade de diálogo transnacional em relação aos conceitos e normas comuns, mais das vezes originadas de compromissos internacionais ou inspiração legislativa; a globalização jurídica, com a miscigenação dos sistemas de *commom law* e *civil law*, acenando para um modelo híbrido, traço que aproxi-

141 Javillier, Globalização e pesquisa jurídica, p. 48/49.

ma as jurisdições; a democracia jurisdicional e a necessidade de fundamentação analítica das decisões judiciais, de modo que quanto mais aberta e dialogada for a decisão, mais legitimada ela será.

Tentando compatibilizar as duas posições equidistantes, Guilherme Peña de Moraes defende uma posição moderada¹⁴² e sugere que três etapas devem ser seguidas pelos magistrados brasileiros para a correta utilização da jurisprudência, primeiro verificando os pressupostos de admissão, depois os requisitos de aplicação e, ao final, algumas limitações de ordem formal e material.

O primeiro pressuposto é verificar a conexão histórica entre o país que vai utilizar a decisão estrangeira e o país de sua origem, para que se identifiquem traços comuns no modo de vida e na formação jurídica de ambos, inclusive é importante detectar proximidade das instituições constitucionais, quanto aos regimes políticos vigentes. Em palavras outras, o reforço argumentativo da decisão externa é tanto mais intenso quanto maior houver sido o relacionamento com o Estado de onde provém a decisão, da mesma forma que decisões de tribunais inseridos em regimes democráticos são mais propícias que decisões de regimes totalitários. Pressuposto importante a verificar, também, é a similaridade entre os sistemas jurídicos dos dois países, se da família do *commom law* ou de *civil law* (cuja divisão, atualmente, cada vez mais perde sentido, com a miscigenação dos sistemas).

Os requisitos são a similaridade dos problemas jurídicos enfrentados, na corte de origem e na do julgamento em causa; a uniformidade e contemporaneidade da jurisprudência no país de origem, no sentido de invocar-se posições atuais e bem sedimentadas nas cortes emissoras. Um exemplo interessante para

142 “A nosso ver, em que pese o amplo debate teórico que a matéria trem provocado, quer-nos parecer haver uma confusão entre as definições de validade (*validity*) e de peso (*weight*). Os precedentes estrangeiros não detêm validade normativa, isto é, qualidade da norma jurídica produzida em consonância com o ordenamento nacional, mas, ao contrário, a jurisprudência dos tribunais estranhos à justiça constitucional de cada país dispõe de peso argumentativo, ou seja, qualidade do raciocínio por intermédio do qual ocorre a articulação de meios e de técnicas, com a finalidade de provocar e de obter a adesão a teses sustentadas em face de auditórios, no processo de tomada de decisão. A utilização de elementos estrangeiros, nos sistemas jurídicos contemporâneos, não somente é legítima *in abstracto*, mas também, em grande medida, é *louvável in concreto*, desde que o órgão de justiça constitucional, na moldura do processo constitucional orgânico, imaneente ao controle de constitucionalidade, ou do processo constitucional das liberdades, inerentes à proteção processual dos direitos fundamentais, logre êxito em demonstrar que a atividade de ultimo interprete da Constituição nacional é conduzida pelo fio de uma disciplina rigorosa para a manipulação de materiais internacionais.” (Moraes, Constitucionalismo multinacional, p. 45).

o magistrado do trabalho é o julgamento da ação cujo objeto seja acidente do trabalho em atividades de risco acentuado, merecendo atenção e diálogo com a jurisprudência dos tribunais italianos, franceses e portugueses, cujas legislações estrangeiras serviram de fonte de inspiração para a positivação, entre nós, do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, sendo as decisões desses países muito enriquecedoras.

E em relação aos limites, adverte Moraes que as decisões externas devem servir como reforço argumentativo em torno de princípios ou regras extraídos da Constituição do Estado de onde provém a decisão, utilizando-se as razões da decisão estrangeira com o objetivo de persuasão dos interlocutores do discurso argumentativo judicial. Porém, a jurisprudência estrangeira não pode servir de único fundamento do pronunciamento do tribunal nacional ou essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto, na medida em que a legislação estrangeira, sobre a qual o tribunal externo construiu sua decisão, não tem eficácia no Brasil.¹⁴³

O último requisito indicado quanto aos limites da utilização das decisões estrangeiras apenas para fins de fundamentação, atende ao sistema brasileiro que exige a homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça para que esta tenha força executiva interna¹⁴⁴. Já as decisões dos tribunais internacionais, de outro lado, não necessitam de homologação, sendo diretamente executáveis no plano interno, por exemplo, conforme o artigo 68, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas sendo da nossa praxe política internalizá-las por meio de decreto presidencial¹⁴⁵, já havendo projeto legislativo que dispensa este último.¹⁴⁶

Dito de outro modo, a decisão estrangeira pode tanto ostentar a natureza de título executivo, quando atender o procedimento de homologação, quanto pode

143 Moraes, op. cit., p. 46/49.

144 Artigos 15 e 17 da LINDB, artigo 483 do CPC de 1973 e Resolução n. 09/2005 do Superior Tribunal de Justiça.

145 A título de exemplo, a primeira decisão em que o Brasil foi condenado pelo Corte Interamericana de Direitos Humanos foi internalizada pelo Decreto n. 6.185/2007, seguindo por outra condenação do mesmo tribunal internacional e aqui internalizada pelo Decreto n. 7.307/2010, cujos atos presidenciais autorizaram a União a promover os atos necessários ao atendimento das decisões.

146 Projeto de Lei n. 4.667/2004, prevendo que as decisões dos tribunais internacionais de defesa dos direitos humanos que o Brasil tenha aderido produzirão efeitos jurídicos imediatos no ordenamento interno, inclusive ostentando a natureza imediata de título executivo judicial a autorizar a execução em face da União.

ser utilizada dialogicamente como instrumento de argumentação e legitimação das decisões judiciais nacionais. E é nessa segunda perspectiva que defendemos a sua utilização pela jurisprudência trabalhista da atualidade.

O diálogo institucional entre cortes constitucionais – defende Luis Cláudio Martins de Araújo – propicia a saudável fertilização cruzada de ideias e abordagens, promovendo um constante intercâmbio com os demais sistemas jurídicos, em uma rede jurisdicional interdependente e interpenetrante, que se desenvolve em um espaço não hierárquico e policêntrico, passando as decisões estrangeiras a cumprir o papel de ser um ponto de apoio para a racionalidade das decisões locais.¹⁴⁷

Na mesma obra acima referida, Guilherme Peña de Moraes fez um rico inventário do comportamento da Suprema Corte norte-americana em relação ao uso da jurisprudência estrangeira em suas decisões, quando observou três fases bem marcadas: a primeira delas foi a de rejeição do uso do direito comparado; a segunda de admissão de forma generalista do direito estrangeiro, mas não das decisões de outros países; e a partir do século XXI a terceira fase especialista, em que a Corte admite a utilização da jurisprudência estrangeira como suporte argumentativo para as suas próprias decisões. Mesmo na sua primeira fase, o *Justice* John Marshall, no *leading case* *Thirty Hogsheads of Sugar v. Boyle*, de 1815, já dizia que “as decisões dos tribunais de cada país, na medida em que são baseadas em uma lei comum a todos os países, devem ser usadas não com autoridade, mas com deferência.”¹⁴⁸

Rosalind Dixon, falando da realidade norte-americana, defende que as disposições transnacionais devem cumprir a função limitadora da discricionariedade judicial interna, em uma perspectiva lógica e coerente, de modo que as fontes externas possam auxiliar os magistrados locais a se engajarem em um processo abrangente de discussão e decisão fundamentadas, justificadas e legitimadas.¹⁴⁹

A Corte Constitucional sul-africana tem se destacado entre os tribunais nacionais de todo o mundo ao promover um rico debate transconstitucional em tema de direitos humanos, valendo-se referir à decisão do caso *State v.*

147 Araújo, O diálogo institucional entre cortes constitucionais, p. 225/226.

148 Ibidem, p. 44/74, *passim*.

149 Dixon, *Transnational Constitutionalism*, *passim*.

Makwanyane de 1995¹⁵⁰, quando foi declarada a inconstitucionalidade da pena de morte, e entre as razões da decisão foram utilizados como precedentes argumentativos julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Suprema Corte canadense, do Tribunal Constitucional alemão, da Suprema Corte norte-americana, da Suprema Corte indiana, do Tribunal Constitucional húngaro e do Tribunal de Apelação da Tanzânia.

A partir dessa iniciativa inovadora da sua Corte Constitucional, a África do Sul assumiu posição de vanguarda ao dispor no artigo 39 da Constituição de 1996 os mecanismos de interpretação que devem ser utilizados, entre os quais o de que “ao interpretar a Carta de Direitos, um tribunal ou fórum deve promover os valores que fundamentam uma sociedade aberta e democrática, baseada na dignidade humana, igualdade e liberdade; deve considerar o direito internacional e pode considerar o direito estrangeiro.”¹⁵¹

No âmbito do Tribunal Constitucional espanhol, embora não haja previsão expressa na Constituição de 1978 para o diálogo institucional, já houve referência de que embora a jurisprudência constitucional estrangeira não seja vinculante, deve-se notar que as normas constitucionais, como o princípio da igualdade, têm uma origem histórica comum, “de modo que as decisões dos tribunais são, pelo menos, a autoridade de um compromisso doutrinal para despertar dúvidas intelectuais, além de crenças políticas subjetivas.”¹⁵²

Em nossa experiência jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal têm cada vez mais recorrido ao diálogo com as decisões dos tribunais internacionais, bem assim fertilizado jurisprudencialmente as próprias decisões a partir de julgados de tribunais internos dos países democráticos. Dois exemplos eloquentes deram-se com as decisões de não mais exigir diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista, em cujo acórdão os ministros invocaram o entendimento já exposto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva de n. 05¹⁵³, como também ao considerar crime de racismo

150 *Case State v. Makwanyane and Another*, n. CCT/3/94, julg. 06.06.1995.

151 “Art. 39. Interpretation of Bill of Rights. (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum - (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law.”

152 Sentencia n. 12/2008 – BOE 29.02.2008, p. 52.

153 A Corte nacional decidiu que o artigo 4º, V, do Decreto-lei 972/1969 não foi recepcionado pela Constituição de 1988, na medida em que a exigência de curso superior para o exercício da profissão de jornalista restringiria o pleno, incondicionado e efetivo exercício da democracia e da liberdade

a publicação de livros com conteúdo antissemita, quando fez referências à jurisprudência estrangeira.¹⁵⁴

A Corte Suprema ao julgar a questão da definição da competência para o julgamento dos casos em que menores são subtraídos de sua residência habitual, sem o consentimento do genitor que possuía a sua guarda, recorreu à Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças de 1980 e a sua interpretação pelos Tribunais Internacionais e Cortes estrangeiras para fixar a interpretação de que a regra de competência prevista nos tratados internacionais deve prevalecer sobre a regra do direito infraconstitucional interno brasileiro.¹⁵⁵

Mesmo nos limites da doutrina trabalhista, Oscar Ermida Uriarte defende que as disposições constitucionais e internacionais têm incidência nas relações de trabalho e que o juiz, ao aplicar as segundas, deve optar pela interpretação feita “de conformidade com a jurisprudência dos órgãos internacionais encarregados de seu controle.”¹⁵⁶

Em resumo das ideias inventariadas no tópico, concluímos que o Brasil, nada obstante reserve sua parcela de soberania – mas uma soberania cooperativa e compartilhada, interpretada contemporaneamente, em contraposição à antiga tese de isolamento e autossuficiência –, encontra-se inserido dentro da rede policêntrica da jurisdição internacional, cujas decisões dos tribunais internacionais que aderimos às suas jurisdições indicam interpretações a serem seguidas pelos juízes brasileiros quando da aplicação das mesmas normas previstas nos pactos internacionais em suas sentenças internas, assim como as decisões estrangeiras apontam caminhos na direção da melhor interpretação das normas internacionais e mesmo do direito interno dos diversos países democráticos, na medida em que todos eles colocaram a dignidade da pessoa humana no centro do sistema e possuem normas bastante parecidas em suas constituições atuais.

jornalística, para tanto pautou-se pelo mesmo raciocínio da Corte Interamericana de Direitos Humanos que considerou uma legislação similar da Costa Rica, que exigia a filiação obrigatória de jornalistas ao Conselho Profissional para o exercício da profissão, como violadora das garantias previstas nos artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos (STF – Pleno – RE 511.961 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJE 13.11.2009).

154 STF – HC 82.424 – Min. Red. p/ac. Maurício Corrêa – DJ 17.09.2003.

155 STF – Plenário – ADPF 172-MC-REF – Rel. Min. Marco Aurélio – DJE 21.08.2009.

156 Uriarte, Aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais, p. 141.

André Araújo Molina

Um dos caminhos em busca da unidade do direito, para falarmos com Antônio Augusto Cançado Trindade, é pavimentado pelos princípios da jurisdição universal e da complementaridade, a convocar uma maior aproximação, se não uma interação, entre os ordenamentos jurídicos internacional e nacional e as decisões dos respectivos tribunais. Com a operação de novos tribunais internacionais, cresce em muito o número de justiciáveis no plano internacional; os Estados deixam de deter o velho monopólio do acesso à justiça internacional, que na atualidade é corretamente estendido aos demais sujeitos do Direito Internacional, principalmente na defesa da dignidade da pessoa humana.

A realização da justiça passa a ser uma pauta comum e convergente, dos ordenamentos jurídicos interno e internacional, incumbindo aos magistrados ingente esforço na busca do universalismo. E todos passam a dar testemunho da unidade do direito na realização da justiça, em sinal dos novos tempos.¹⁵⁷

157 Cançado Trindade, *Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal de justiça internacional*, p. 57.

Capítulo III

Os Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade

3.1. A centralidade da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana desempenha atualmente as funções de ser objeto e fim de todo o ordenamento, funcionando como ponto de partida nos raciocínios jurídicos e como paradigma para valoração final nos pronunciamentos legislativos, administrativos e judiciais, cumprindo a tarefa de ser, ao mesmo tempo, piso e teto, origem e destino, de quaisquer manifestações estatais ou privadas.

Um dos primeiros autores a tratar do novo princípio constitucional, logo após a sua positivação entre nós, foi José Afonso da Silva, para quem a dignidade da pessoa humana é o valor supremo da democracia, uma vez que a Constituição de 1988 a põe como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito. Se ela é *fundamento* é porque se constitui um valor supremo, valor fundante da República, da democracia e do país. Logo, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem social, política, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional e inspira toda a ordem jurídica brasileira.¹⁵⁸

A partir de tal premissa, houve um aumento exponencial da invocação e aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana nos raciocínios jurídicos na pós-modernidade, referindo-se aos mais diversos aspectos das relações sociais, fato que, ao tempo que lhe empresta maior eficácia e concretização, por outro lado trás o inconveniente da sua imprecisão conceitual e sincretismo na aplicação concreta, no limite servindo como um argumento retórico para decisões subjetivistas.¹⁵⁹

158 Silva, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, p. 92.

159 Antonio Junqueira de Azevedo relembra que: “O direito do século XXI não se contenta com conceitos axiológicos formais, que podem ser usados retoricamente para qualquer tese. Mal o século XX se livrou do vazio do ‘bando os quatro’ – os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem jurídica, boa-fé, interesse público -, preenchendo-os, pela lei, doutrina e jurisprudência, com

Para que possa haver uma maior segurança jurídica na sua aplicação, sem descuidar de sua função central para o nosso sistema, é relevante estudar a sua evolução histórica, a construção do seu conceito e as suas eficácias jurídicas nas relações sociais contemporâneas.

Roberta Corrêa de Araújo Monteiro dedicou-se a estudar a evolução do princípio da dignidade humana, desde os seus aspectos sociais, religiosos e filosóficos, para concluir que ele é o lastro originário do constitucionalismo contemporâneo, valor fundamental a ser realizado pelo Estado Democrático de Direito, devendo as autoridades públicas dotá-lo de imperatividade e aplicabilidade imediata, tanto nas esferas públicas como também nas relações particulares, o que demanda do Poder Judiciário um papel fundamental na sua concretização prática.¹⁶⁰

O seu estudo inicia com um rico apanhado histórico que demonstra que na tradição da antiguidade clássica o conceito de pessoa não apresentava um sentido ontológico, mas relacionava-se com os atributos externos dos indivíduos, com a sua posição social, inclusive a palavra latina *persona* derivava do grego *prósopon*, significando a máscara utilizada no teatro pelos personagens. Faziam a distinção entre corpo e espírito, relacionando com as figuras mitológicas da época, de modo que as pessoas eram consideradas conforme a sua posição social e sua condição exterior, de acordo com a posição que ocupavam na *polis*, o que explica a admissão da escravidão naquela época, na medida em que os escravos não tinham *status* jurídico na vida comunitária. Referida visão também foi reforçada pelas ideias clássicas de que a *polis* era mais importante que as pessoas individualmente consideradas, que o coletivo sobrepunha-se ao individual, de modo que a posição da pessoa na sociedade era o traço considerado pela experiência grega para a conceituação e identificação do ser humano.

A maior preocupação com a perspectiva exterior e coletiva das pessoas foi questionada pelos sofistas que, focando no indivíduo como elemento principal, elevou-o a um novo patamar, reconhecendo no conceito de pessoa humana os seus aspectos interiores, principalmente o pensar (cognitivo) e o querer (volitivo) em busca de uma vida feliz. A filosofia aristotélica e as expedições conquistadoras de Alexandre Magno foram os eventos que ajudaram na consolidação

alguma diretriz material, surge, agora, no século XXI, problema idêntico com a expressão 'dignidade da pessoa humana!'" (Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, p. 15).

160 Monteiro, O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, p. 135 e seg.

desse novo pensamento, na medida em que a filosofia e as conquistas territoriais acenaram para a constituição de uma monarquia universal que provocava, necessariamente, uma desestruturação da *polis* e possibilitavam as condições para a elaboração de um novo conceito de homem. A desconstrução da importância sociopolítica da *polis* grega foi a implicação política mais relevante que resultou do período, revisando os valores espirituais da antiguidade e considerando a dimensão individual na qual os problemas deixam de ser discutidos coletivamente e passaram para a esfera do indivíduo (antropocentrismo), muito embora ainda continuassem convivendo com os escravos e os peregrinos que não tinham direitos como cidadãos e pessoas.

Já nos períodos romano e medieval, a corrente de pensamento que vigorou foi a do estoicismo, aproximando os indivíduos dos valores religiosos, tendo em Cícero um defensor e o principal responsável pela transposição do estoicismo para o direito romano, culminando com a adoção de um modelo de jusnaturalismo que considerava todos os homens como filhos de Deus, portadores de direitos naturais inatos e com igual consideração perante ele. Decorreu dessa mudança de ponto de vista o fim da relevância da posição social como fundamento da dignidade das pessoas, colocando todos em posição de igualdade e consideração humana, distinguindo-se das demais criaturas e das coisas.

O ideal de pessoa foi recebido pelo cristianismo originário ao admitir que os homens foram criados à imagem e semelhança de Deus, sendo todos iguais em direitos e dignidade. Na medida em que Estado e Religião interpenetravam-se, autores como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino cumpriram relevante papel ao justificar o cristianismo não somente através dos dogmas religiosos, mas também procurando alguns fundamentos pela razão. E ao fazê-lo defenderam a superação da dualidade do corpo e espírito pela ideia do ser humano livre e racional (unicidade essencial), cuja capacidade advinha do seu próprio esforço, tornando-o responsável por sua própria vontade e pelos seus atos. O livre-arbítrio era uma das premissas essenciais do pensamento cristão e medieval, já em sua fase racionalista, dela decorrendo o reconhecimento de que o Estado ou o soberano não poderiam constranger a liberdade individual dos homens. Ainda no período medieval, alguns autores, como Guilherme de Ockham, passaram a defender a separação entre fé e razão, religião e Estado, marcando a transição, no campo jurídico, do jusnaturalismo teológico para o racional.

A conclusão cristã de que o homem fora feito à imagem e semelhança de Deus, sendo um ser dotado de razão e capacidade de autodeterminação,

a partir do seu livre-arbítrio, propiciou o avanço do pensamento, já na era moderna, para a fase em que se reconheceu que a pessoa é um fim em si mesma, nunca um meio para objetivos alheios. As coisas sim, são meios e estão ordenadas às pessoas, a seu serviço, encontrando em Kant seu principal representante teórico.

Defendeu Kant que os integrantes do mundo eram divididos em duas categorias: as pessoas e as coisas – incluindo os animais no segundo grupo. A natureza do homem é a de ser racional, dotado de liberdade de pensar e agir (autonomia de vontade), sendo considerado um fim em si mesmo. Decorre que as pessoas não podem ser utilizadas como meio para o exercício da vontade alheia. O seu imperativo prático condensa essa ideia ao dizer que: “Age de tal sorte que consideres a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.¹⁶¹ Tratar os homens como objeto viola a sua dignidade. Eis o conceito originário de dignidade humana e que foi recepcionado pelos sistemas jurídicos atuais, quando a pessoa passou a ser o único centro de imputação jurídica.

Na perspectiva jurídica, a dignidade humana foi positivada no período da reconstrução europeia do segundo pós-guerra¹⁶², explicitamente em contraposição às violações que os conflitos ocasionaram, quando os seres humanos foram tratados como objeto, sendo o primeiro veículo formal o preâmbulo da Carta

161 “(...) os seres racionais são chamados de *pessoas*, porque sua natureza já os designa como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, por conseguinte, limita na mesma proporção o nosso arbítrio, por ser um objeto de respeito (...) seres racionais estão submetidos à *lei* segundo a qual cada um deles *já* se trate a si mesmo ou aos outros *simplesmente como meio*, mas sempre e *simultaneamente como fins em si* (...) o homem não é uma coisa, não é, por conseqüência, um objeto que possa ser tratado simplesmente como meio, mas deve em todas as suas ações ser sempre considerado como um fim em si.” (Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 65 e seg.)

162 Convém anotar que, ainda fora da perspectiva atual de dignidade humana como fundamento central dos Estados democráticos, embora confinada como princípio específico da ordem econômica, já havia referência à dignidade no artigo 151, I, da Constituição alemã de 1919: “A ordem da vida econômica precisa corresponder aos princípios da justiça, visando a assegurar uma existência humanamente digna para todos.”

das Nações Unidas (1945)¹⁶³, seguindo-se pela Constituição italiana (1947)¹⁶⁴, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)¹⁶⁵, a Lei Fundamental alemã (1949)¹⁶⁶, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966)¹⁶⁷ e, na experiência ibero-americana, com as constituições portuguesa (1976)¹⁶⁸ e espanhola (1978)¹⁶⁹, ambas promulgadas democraticamente após longos períodos de governos ditatoriais.

No âmbito regional dos Estados Americanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, aprovada entre nós pelo Decreto Legislativo n. 27 de 1992 e promulgada pelo Decreto presidencial n. 678 de 1992, prevê no artigo 1º que todo ser humano é considerado pessoa para os fins da Convenção, no artigo 5º que toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral, respeitando-se, em relação aos presos, à dignidade inerente ao ser humano e, finalmente, no artigo 11 que toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) prescreve em seu artigo 1º que a dignidade do ser humano é inviolável, devendo ser protegida e respeitada, seguindo-se um capítulo dedicado à dignidade, no qual objetivamente são tutelados os direitos à vida, à integridade do ser humano, a proibição

163 “Nós, os povos das nações unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.”

164 “Art. 3º. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais.”

165 “Art. 1º. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

166 “Art.1.1. A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o Poder Público.”

167 “Art. 6º. 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida. (...) Art. 10. 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.”

168 “Art. 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes.”

169 “Art. 10. 1. A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social.”

de torturas e demais tratamentos desumanos ou degradantes, vedando-se a escravidão e os trabalhos forçados.

Na esteira do movimento de centralização da dignidade da pessoa humana no direito internacional, no direito comunitário, dos Estados Americanos e da União Europeia, bem como nos ordenamentos jurídicos dos países democráticos, a Constituição Federal de 1988 também elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), além de reafirmar em outros dispositivos a sua observância nas relações familiares (art. 226, § 7º), na proteção das crianças e adolescentes (art. 227), bem como no dever de proteção dos idosos (art. 230). A dignidade humana também foi adotada de forma implícita em diversas outras passagens da Carta, por exemplo, ao indicar como um dos seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, que são elementos que compõe o núcleo do conceito, acenando à sua origem filosófica de garantir a todos os meios básicos para o exercício de uma vida livre, consciente e feliz.

A rigor nem precisava o constituinte enunciá-la expressamente, eis que a extensiva preocupação com os direitos fundamentais, garantindo direitos individuais, sociais, coletivos e universais em toda a nossa Constituição já é reconhecimento de que no sistema jurídico atual a dignidade humana ocupa posição central.¹⁷⁰

Diversos autores avançaram para tentar definir um conceito jurídico mais objetivo do princípio da dignidade humana, tendo Antonio Junqueira de Azevedo contribuído doutrinariamente, antes passando pelo debate filosófico, recomendando o abandono da “concepção insular”, antropocêntrica, moderno-europeia de pessoa, cujos valores eram a autonomia e a liberdade do cidadão, para uma concepção pós-moderna, intitulada por nós de holística, cujo valor principal é a qualidade de vida, viver dignamente em sociedade, enquanto seres multiculturais e inseridos na coletividade comunicacional.

O pressuposto da dignidade humana é a intangibilidade do direito à vida e o seu conteúdo identifica-se com os valores catalogados no *caput* do artigo

170 “A dignidade da pessoa humana é o princípio central do sistema jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.” (STF – HC 85988-PA (MC) - Rel. Min. Celso de Mello – decisão monocrática – DJU 10.06.2005).

5º da Constituição Federal de 1988, agrupados pelo autor em três categorias sucessivas: I) condições naturais (integridade física e psíquica, aqui incluindo a proteção dos direitos de personalidade), II) condições materiais (meios para o exercício da vida digna, donde provém a doutrina do “mínimo existencial”) e as III) condições culturais (liberdade e convivência igualitária).¹⁷¹

Maria Celina Bodin de Moraes também se dedicou ao estudo do conceito jurídico de dignidade humana, a partir do imperativo categórico kantiano de que a humanidade das pessoas reside no fato de serem racionais, dotadas de livre arbítrio e com capacidade para interagir com os outros seres humanos e a natureza, sendo desumano, ou seja, contrário a sua dignidade humana, tudo aquilo que violar esses elementos originários e puder reduzir a pessoa à condição de mero objeto.

E resume o núcleo do seu raciocínio com a seguinte passagem:

O substrato material da dignidade deste modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade. De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo a pessoa, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social.¹⁷²

Ao decompor os quatro princípios que integram o conceito de dignidade humana, a jurista exemplifica que a igualdade está tanto no tratamento formal perante a lei (direito a não ser discriminado), como na perspectiva material de respeito às diferenças, derivando a necessidade de respeito às

171 Azevedo, Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, *passim*.

172 Bodin de Moraes, Na medida da pessoa humana, p. 85.

minorias, as ações afirmativas de inclusão, o tratamento diferenciado justificado para propiciar iguais condições de disputa, concluindo, na esteira de Boaventura de Souza Santos, que as pessoas têm o direito a ser iguais quando a diferença as inferioriza, bem como o direito de ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza.

O princípio da integridade psicofísica sustenta o direito à saúde, enquanto bem estar físico e mental, a proteção dos direitos da personalidade, privacidade das informações pessoais, vedando, por isso, a submissão compulsória a tratamentos médicos ou pesquisas que possam violar a integridade e causar risco, a exigência de testes genéticos para contratação de seguros ou acesso ao emprego etc.

A liberdade radica nos direitos de autonomia pessoal e autodeterminação, proporcionando o livre exercício da personalidade, protegendo a liberdade individual, nos aspectos da privacidade, intimidade e livre exercício da vida privada, vedando interferências externas nos projetos de vida da pessoa.

E a solidariedade parte do pressuposto que só há direitos – e dignidade humana – em contextos sociais, onde se dão as relações humanas. Do pressuposto da necessidade de solidarismo nas relações humanas derivam critérios mínimos para uma convivência social harmônica, como a preservação do meio ambiente, a proteção dos demais direitos difusos e coletivos, o respeito aos deveres de boa-fé nas relações sociais e contratuais. O reconhecimento da solidariedade social como integrante do conceito de dignidade humana é que permitiu, na Constituição de 1988, que se avançasse para condicionar o exercício do direito de propriedade às suas funções sociais e ambientais, por exemplo.

Ingo Wolfgang Sarlet, defendendo que a dignidade humana é um conceito polissêmico e que admite múltiplas interpretações, conforme a situação concreta em que se esteja analisando-o, também se alinha àqueles que indicam os direitos fundamentais do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal como integrantes do seu conceito operacional mínimo. Segundo Ingo Sarlet:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para

a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.¹⁷³

A transposição da dignidade humana para o direito, primeiramente por meio dos documentos internacionais, eleva a proteção da pessoa e sua dignidade a um contexto global, universalizável, tencionando a unificar os fundamentos mínimos do direito em todos os países democráticos, dissolvendo as barreiras geopolíticas e acenando à construção futura de um sistema jurídico universal que tenha como preocupação central a dignidade das pessoas.

Em razão da sua origem universal e internacional foi que Luís Roberto Barroso investigou o conceito jurídico da dignidade da pessoa humana a partir da pesquisa comparada da jurisprudência internacional e estrangeira, abrangendo os tribunais internacionais de direitos humanos e as cortes constitucionais dos países democráticos mais consolidados.¹⁷⁴

Inicia ele pelo reconhecimento do que a dignidade humana é um conceito multifacetado, cuja construção teve início na religião, passando pela filosofia, política e, principalmente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1945, ganhou relevância no campo jurídico. Sua relevância jurídica foi potencializada com a globalização de direitos, sendo a dignidade o ponto de intersecção entre o direito constitucional, o direito internacional e os direitos humanos.

A dignidade humana, enquanto norma jurídica da espécie princípio, além da aplicação com força normativa aos casos concretos, tanto na dimensão subjetiva como direito exercitável dos indivíduos, quanto na dimensão objetiva demandando uma prestação positiva do Estado e dos particulares, também cumpre as funções de servir de fonte dos direitos fundamentais não explicitados nas constituições, vetor de interpretação do ordenamento jurídico e também para o preenchimento de lacunas, indicando o resultado jurídico nos casos difíceis (*hard cases*) em que não há regra ou outro princípio mais específico incidindo diretamente.

O conceito jurídico-material da dignidade humana, construído a partir dos precedentes das Cortes Constitucionais, notadamente da Suprema Corte norte-americana, começa sendo definido com os direitos de liberdade en-

173 Sarlet, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, p. 59.

174 Barroso, A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo, p. 19 e seg.

quanto autonomia dos indivíduos, privacidade e proteção dos atos íntimos, igualdade perante a lei, direito de não autoincriminar-se, liberdade de expressão, integridade física e a vedação às penas cruéis, ressalvando o autor que, embora sinalize no sentido de uma mudança de posição em breve, a Corte estadunidense ainda reconhece como legítimas as legislações que preveem a pena de morte, não a considerando como cruel, desde que seja executada por meios adequados e não aviltantes.¹⁷⁵

Após fazer algumas críticas à posição da Corte norte-americana e avaliar a experiência de outros tribunais, constitucionais e internacionais, o professor Luís Roberto Barroso nos dá o seu conceito mínimo e objetivo de dignidade, a partir de uma postura filosófica que é laica, neutra e universalista. A dignidade identifica o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como a autonomia de cada indivíduo e é limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais de valor comunitário.¹⁷⁶

Integra o conceito de dignidade o *direito à vida*, tornando problemáticas as suas restrições em torno do aborto, do suicídio assistido e da pena de morte; *a igualdade perante a lei e na lei*, proibindo-se discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo, idade ou capacidade mental e impondo o direito e o respeito à diversidade cultural, linguística ou religiosa, ao mesmo tempo em que legitima as ações afirmativas; *o direito à integridade física*, abrangendo a proibição da tortura, do trabalho escravo, da prisão perpétua e penas cruéis ou degradantes; *o direito à integridade psíquica ou mental*, compreendendo o direito à honra pessoal e à imagem, bem como à privacidade.

O *direito de liberdade* integra o conceito de dignidade humana, mas uma liberdade enquanto autonomia dos indivíduos, após as imposições legítimas das forças externas, como as restrições jurídicas. A autonomia seria o núcleo essencial do princípio da liberdade, entendida como autodeterminação e livre arbítrio que todos possuem e permite a cada um buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. Para que haja autonomia há que preencher algumas condições, como *razão*, enquanto capacidade mental de tomar decisões informadas; *independência*, no sentido de ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais; e *o direito de escolha*, com a existência real de alternativas válidas.

175 Barroso, op. cit., 40 e seg.

176 Ibidem, p. 72 e seg.

A autonomia, segundo o professor, corresponde à capacidade de alguém tomar decisões informadas e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas, na esfera privada (liberdade de religião, expressão, associação, sexual e reprodutivas etc.); e na esfera pública, enquanto liberdade de cidadania, (autonomia de escolha de voto, participação política, direta e indireta, concorrer a cargos públicos, ser membro de associações políticas, fazer parte de movimentos sociais etc.).

E também está ínsito na ideia de dignidade humana o conceito de mínimo existencial (mínimo social) ou o direito básico às provisões necessárias para que se viva dignamente, como acesso a água, alimentação, vestuário, abrigo, saúde e medicamentos, educação básica, pois “para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção, e a verdadeira dignidade humana não existir.”¹⁷⁷

Ronald Dworkin, citado na pesquisa do professor Barroso, chega ao ponto de defender que os muito pobres deveriam ser considerados, do mesmo modo como uma minoria ou uma raça vítima de discriminação, como uma classe com direito a especial proteção constitucional, diante da inexistência de condições que possam garantir-lhes o pleno exercício da liberdade.¹⁷⁸

Existe grande divergência em relação à possibilidade de o Estado impor restrições à autonomia do indivíduo como forma de proteger a sua própria dignidade, como nos casos julgados mundo afora quanto à prostituição, castigos físicos em atividades sexuais privadas, descriminalização das drogas “leves” e aborto, havendo dissenso moral, político e jurídico conforme a experiência cultural de cada povo.

O ideal é verificar em cada situação o nível efetivo de autonomia que o indivíduo possui – razão, independência e direito de escolha – para que se possa tomar decisões conscientes que, em alguma medida, restringiriam a sua dignidade, quiçá convertendo-os em quase objetos, mas de maneira consensual e espontânea. Conforme a autonomia seja mais exercida em condições de autodeterminação legítima, mais deve ser respeitada a sua liberdade, mas quando os indivíduos não possuam condições de exercer a sua autonomia, maior deve ser a interferência estatal para proteção da sua dignidade, em uma

177 *Ibidem*, p. 85.

178 *Ibidem*, p. 87, nota 416.

tentativa de compatibilizar direitos fundamentais e liberdade, sem moralismos e paternalismos estatais.

Destarte, após o inventário da sua evolução histórica e filosófica, a sua dimensão jurídica no direito internacional, comunitário e interno, com os ajustes da doutrina contemporânea mais acatada, entendemos que estamos em condições de afirmar um conceito operacional mínimo de dignidade humana, reconstruído a partir da máxima kantiana de que viola a dignidade humana tratar as pessoas como meio, como instrumento da vontade alheia. E as pessoas estariam, a princípio, protegidas desse mal na exata medida em que os direitos fundamentais básicos protegidos pelo artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, sejam obedecidos, ocasião em que o princípio central do nosso sistema jurídico estaria atendido.

O conceito de dignidade humana coincide com o reconhecimento de que a pessoa deve ser respeitada e considerada em sua individualidade, protegendo-se e fomentando a própria vida, sua integridade psicofísica, aqui incluindo os direitos de personalidade, o direito à saúde, física e mental, a proteção e a garantia do mínimo existencial, a sua liberdade, enquanto autonomia e capacidade informada de autodeterminação, a sua igualdade perante terceiros, tanto formal quanto material, e em face da comunidade, de cuja relação e convivência social resultam a proteção dos deveres de solidariedade e boa-fé nas suas relações. O respeito e incidência de todas essas dimensões é que irá proporcionar uma vida digna.

O reconhecimento das múltiplas dimensões do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana conduz diretamente para a constatação de que a sua eficácia também é multidimensional, ou seja, a dignidade funciona tanto como limite à atuação intrusiva do Estado e de terceiros, quanto exige, em outras perspectivas, a atuação positiva, prestacional, do Estado e dos particulares.

Há na Constituição de 1988 direitos fundamentais de todas as dimensões, direitos de proteção e direitos a uma prestação positiva, o que a doutrina classificou em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões¹⁷⁹, motivos pelos quais os direitos fundamentais – e a dignidade humana como centro irradiador – têm duas eficácias: uma eficácia defensiva, negativa ou protetiva e outra positiva, direta ou a uma prestação (prestacional).

179 Por todos, Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, p. 562 e seg.

A dignidade da pessoa humana, em sua eficácia protetiva, além de impedir às investidas do Estado contra os direitos humanos, quando o cidadão está exposto ao seu poder¹⁸⁰, também tem a importante função de proteção das minorias em face das investidas das maiorias ocasionais. A atividade legislativa, tanto a constitucional reformadora, como a infraconstitucional, ainda que exercida de acordo com o procedimento legislativo (constitucionalidade formal), majoritariamente e nos quadros do debate político-democrático, encontra limites no respeito à dignidade humana das minorias (constitucionalidade material – cláusula pétrea – artigo 60, § 4º, IV), devendo desempenhar a Corte Constitucional a função contramajoritária.

A eficácia protetiva obsta que, sob as vestes da legalidade, atentados à pessoa humana sejam praticados pelo legislador, na linha do que ocorreu durante o nacional-socialismo tedesco. Justamente por essa razão é que na Alemanha atual “a cláusula da dignidade humana é ‘ativada’ no caso das pessoas desfavorecidas, carecedoras de proteção e de minorias, tais como os transexuais (...).”¹⁸¹ Como um exemplo atual dessa tentativa das maiorias parlamentares de violentar a dignidade humana, recentemente a Comissão Especial do Estatuto da Família da Câmara dos Deputados aprovou o parecer do relator do projeto de lei em cujo texto considera no conceito de família apenas a união entre um homem e uma mulher¹⁸², violando os mais diversos aspetos inerentes à dignidade das minorias.

Especialmente quanto à sua eficácia defensiva para o Direito do Trabalho, a dignidade humana, tanto de trabalhadores quanto dos empregadores (pessoas físicas), na qualidade de destinatários de direitos fundamentais, é o limite sobre o qual o intérprete não consegue saltar, seja legislador ou juiz. É a dignidade humana o núcleo rígido dos direitos fundamentais, balizando a atividade de restrição desses direitos, que ocupam a forma de princípios jurídicos.

Significa que o legislador constitucional reformador, o infraconstitucional e as normas coletivas não podem violar os limites da dignidade humana dos sujeitos, abstratamente considerados. Uma lei ou norma coletiva que ofenda

180 Por exemplo, protegendo o cidadão contra a tortura, escravidão, servidão, extradições de nacionais, discriminações, pena de morte, entre outras medidas vedadas pela Constituição Federal de 1988.

181 Peter Häberle, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 64.

182 Câmara dos Deputados – Projeto de Lei n. 6.583 de 2013 – Relator Deputado Diego Garcia – Parecer aprovado por maioria em reunião ordinária do dia 24.09.2015.

diretamente a vida, a integridade física, psíquica ou moral dos trabalhadores será tida como inconstitucional, como, por exemplo, uma cláusula convencional que dispensa o uso de equipamentos de proteção individual em atividades insalubres ou perigosas, ainda que mediante o recebimento de outros benefícios em cláusulas diversas.

Falando do exemplo alemão quanto ao tema, Peter Häberle inventaria a jurisprudência federal especializada quanto à incidência da dignidade humana nas relações trabalhistas, apontando que o núcleo jurisprudencial é firme na proteção dos direitos da personalidade, proteção da esfera íntima e privada do trabalhador, bem como o dever de cuidado e assistência por parte do empregador. A dignidade também funciona, em nível de direito coletivo, como limitação à autonomia privada, criando requisitos e barreiras protetivas.¹⁸³

De outro lado, a eficácia positiva ou prestacional da dignidade exige que os poderes públicos e os particulares, em alguma medida e no que lhes for exigível, comportem-se positivamente na implementação da pauta constitucional de proteção dos direitos fundamentais, notadamente agindo para respeitar o direito à vida das pessoas, criando mecanismos de proteção da saúde, da integridade física e mental, da autonomia, com condições para autodeterminar-se, promovendo a igualdade, com a punição das práticas discriminatórias e implementando políticas afirmativas nas situações em que o tratamento igualitário formal descaracteriza as pessoas, bem assim respeitar as diferenças e comportar-se com solidariedade e boa-fé.

A atuação positiva de afirmação da solidariedade e da boa-fé enquanto dimensões da dignidade humana nas relações de trabalho significa uma atuação, dos empregados e empregadores, pautada pelos deveres de proteção e lealdade, informação, sigilo, atuação consequente, aviso, esclarecimento e colaboração.¹⁸⁴

É por essa razão que atualmente a doutrina mais abalizada reconhece a existência dos direitos inespecíficos dos trabalhadores, para utilizar a semântica dos autores portugueses, previstos fora da legislação específica trabalhista, enquanto incidência da dignidade humana, na sua perspectiva de solidariedade e boa-fé, nas relações de trabalho, obrigando ambas as partes contratantes a res-

183 Häberle, A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, p. 67/68.

184 Para maiores aprofundamentos, v. BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003 e PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. *A boa-fé nas negociações coletivas trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2011.

peitar a boa-fé objetiva, com as suas mais diversas decomposições, por exemplo, a limitação ao exercício de direitos subjetivos, *exceptio doli, venire contra factum proprium, supressio*, desvio de direitos, exercício desequilibrado de direitos, deslealdade na constituição de direitos (*tu quoque*), adimplemento substancial e inalegabilidade de nulidades formais, deveres de informação e negociação sindical na dispensa coletiva ou fechamento do estabelecimento.

A incidência da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho também determina, por exemplo, o dever de prestar socorro nos casos de acidente, inclusive quando não há responsabilidade civil do empregador (ausência de culpa patronal, fato de terceiro, fato da vítima, força maior e caso fortuito externo).

A prestação imediata de socorro e o encaminhamento do trabalhador para atendimento médico não decorre de nenhuma determinação legal expressa, mas decorre da eficácia direta da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho, em sua perspectiva da proteção da integridade física e do dever de solidariedade entre as partes, obrigando também os particulares.

O empregador, pessoa física, também é detentor da proteção jurídica da sua dignidade, conforme anotamos linhas acima, como nos casos de injúria, calúnia e difamação praticadas pelo empregado, como nos casos em que deve esperar a obediência dos deveres de boa-fé pelo trabalhador, na vedação da prisão civil pelo depósito infiel, na proteção do bem de família na fase de execução etc.

Um bom exemplo da violação do dever de boa-fé pela trabalhadora, com a consequente condenação a indenizar a empregadora por danos morais, além da multa por litigância de má-fé e honorários advocatícios, ocorreu em um caso julgado pelo TRT do Rio Grande do Sul em 2015.¹⁸⁵ As litigantes mantiveram contrato de trabalho doméstico durante nove meses no ano de 2014, tendo nos últimos meses a empregada faltado reiteradamente ao trabalho, sempre alegando problema de saúde do seu filho. Alegou que ele sofreu acidente de trabalho grave, estando internado em Unidade de Tratamento Intensivo. Em uma das justificativas de ausência ao trabalho, a empregada também solicitou e obteve adiantamento salarial. Ao final, justificando não mais ter condições de trabalhar, pediu demissão. Considerando os adiantamentos recebidos e a modalidade rescisória mais restritiva, não houve saldo de valores para receber quanto da formalização da rescisão.

185 TRT 4ª Região – 1ª Turma - ROPS 0021666-91.2014.5.04.0014 – Rel. Des. Marçal Henri dos Santos Figueiredo – DEJT 10.07.2015.

Ocorre que, a despeito dos fatos, a empregada ajuizou ação trabalhista alegando que diversas das suas verbas rescisórias haviam sido sonegadas quando da rescisão contratual, motivos pelos quais pediu a condenação da empregadora.

Em sua contestação, a reclamada comprovou por meio de documentos que o valor adiantado à trabalhadora superava o crédito que havia para receber a título de verbas rescisórias, justificando o motivo para não receber pagamento. E a demandada também provou, com meio de atas notariais, que o filho da empregada jamais havia sofrido acidente de trabalho, bem como jamais esteve internado no período do lapso contratual e que todas as justificativas da trabalhadora eram falsas.

O Tribunal Regional gaúcho acolheu as razões do recurso da patroa para, além de manter a sentença que rejeitou os pedidos de verbas rescisórias, diante da compensação com os adiantamentos e descontos das faltas, avançar e reconhecer que a conduta da empregada violou a boa-fé. Eis trecho elucidativo do acórdão:

Analisando a situação dos autos, concluo que o dano está consubstanciado na ofensa ao princípio da boa-fé que remonta à ideia de confiança, levando a uma conduta correta. Tal princípio traz ínsito um modelo de atitude, exigindo que as partes ajam de acordo com um padrão moral.

A lesão extrapatrimonial (moral) sofrida pela reclamada está evidenciada na transcrição da Ata Notarial, que deixa clara sua preocupação e envolvimento com a situação da reclamante, sempre demonstrando carinho, compreensão, tanto com ela como com seu filho, para, logo após, ser surpreendida com a prova das mentiras perpetradas durante meses do contrato, que serviram, inclusive, para justificar ausências e conseguir adiantamentos de salário.

Além da condenação da trabalhadora a indenizar os danos morais pela violação dos deveres de lealdade e boa-fé, violando o dever de solidariedade que integra a dignidade humana da sua empregadora, pessoa física, o Tribunal gaúcho também condenou a pagar multa por litigância de má-fé, na medida em que alterou a verdade dos fatos na ação e utilizou-se do processo para obter fim indevido, eis que, diante do número de faltas e pedidos de adiantamentos, sabia que nada teria a receber e mesmo assim intentou a aventura processual.

O Supremo Tribunal Federal reconhece as eficácias negativa e positiva da dignidade da pessoa humana, por exemplo, nos casos de efetivação dos

direitos sociais (garantia do mínimo existencial), como o acesso de crianças às creches mantidas pelo Estado¹⁸⁶, fornecimento de medicamentos especiais de alto custo¹⁸⁷, disponibilização de leitos para tratamento intensivo¹⁸⁸, procedimentos cirúrgicos complexos não ofertados pelo SUS¹⁸⁹, entre diversas outras demonstrações.

Um ponto importante que precisa ser sublinhado é o de que em diversos países europeus, onde o Brasil inclusive se inspira para buscar experiências de jurisprudência e doutrina, as suas constituições são muito mais sintéticas, sem um catálogo amplo de direitos fundamentais, de modo que, nessa realidade, é comum que as Cortes Constitucionais recorram com maior frequência à dignidade como núcleo da fundamentação. Mas, aqui entre nós, com uma Constituição em que são garantidos direitos fundamentais das quatro dimensões, com um amplo catálogo de princípios jurídicos, no mais das vezes os casos serão resolvidos diretamente pela aplicação desses direitos mais específicos, funcionando a dignidade humana apenas como um reforço de argumentação ou sequer terá eficácia direta.

A utilização amiúde da dignidade da pessoa humana em nosso sistema, pelas razões acima explicadas, ao invés de colaborar para a sua concretização e uma maior definição do seu conteúdo essencial, pode acabar desprestigiando-a, na medida em que a aplicabilidade elástica em diversificadas situações, referindo-se às hipóteses fáticas muitas vezes até colidentes, colabora com a indefinição do seu conceito e, no limite, com sua ineficácia.

Transpondo o conflito a que aludiu Luis Roberto Barroso entre autonomia e proteção estatal para os limites do Direito do Trabalho brasileiro, enxergamos variadas situações-limite em que as balizas argumentativas esquadrihadas acima podem prestar relevante contribuição. A principal é a urgente revisão na maneira como a doutrina e a jurisprudência majoritária trabalhista aplicam os princípios, notadamente o da proteção e o da indisponibilidade de direitos dos trabalhadores, como se fossem princípios absolutos, que não admitem ponde-

186 STF – AI 592.075 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – DJ 05.06.2009.

187 STF – AI 547.758 – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 04.08.2005.

188 STF – AI 527.135 – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJ 21.06.2005.

189 STF – SS 659 – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 03.08.1994.

ração, independente das circunstâncias concretas, tema do qual nos ocupamos há algum tempo.¹⁹⁰

É muito comum o conflito entre o princípio trabalhista da indisponibilidade de direitos dos trabalhadores (irrenunciabilidade e inegociabilidade individual) e o princípio da liberdade. Partindo-se do pressuposto teórico do pós-positivismo que os princípios não são absolutos e que se aplicam por ponderação, conforme as circunstâncias concretas e admitindo uma maior maleabilidade, disso segue que nas situações concretas em que os princípios da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores, irrenunciabilidade e inegociabilidade individual conflitam com o princípio da liberdade das partes, deve o intérprete avaliar *in concreto* o nível efetivo de autonomia que o indivíduo possui – razão, independência e direito de escolha – para que se possa tomar decisões conscientes e bem informadas.

Dizer que os direitos trabalhistas são sempre irrenunciáveis – ou que o são absolutamente – importará em dizer que a liberdade dos sujeitos trabalhistas sempre cederá e ficará aniquilada, pouco importando as situações concretas. Um exercício amplo e absoluto da liberdade também importará em sacrifício absoluto à irrenunciabilidade. Uma e outra situação não se amoldam à linha intermediária que o pós-positivismo busca implementar. A linha intermediária, acorde com o respeito da dignidade humana, está na necessidade de ponderação e atenção às circunstâncias concretas dos casos em que as renúncias forem externadas.

Os autores trabalhistas clássicos precisam compreender que o exercício da liberdade, autonomia e autodeterminação do trabalhador também integra o seu patrimônio da dignidade humana, de modo que, vedar toda e qualquer renúncia ou transação, ao contrário de protegê-lo – ainda que tal ocorra em variadas situações – poderá estar convertendo-o em mero instrumento da vontade judicial, como o que ocorre amiúde no foro quando boa parte dos magistrados trabalhistas ainda opõe-se às ações de jurisdição voluntária para homologação de transação extrajudicial ou mesmo nas ocasiões das transações judiciais, estando

190 Para aprofundar na nossa crítica quanto à maneira equivocada como os princípios trabalhistas clássicos são interpretados e aplicados, remetemos o leitor às nossas seguintes contribuições doutrinárias: MOLINA, André Araújo. **Teoria dos Princípios Trabalhistas**. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2013 e MOLINA, André Araújo; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e transação no direito do trabalho: Uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. **Revista LTr**, São Paulo, ano 74, n. 02, p. 190/203, fevereiro 2010.

as partes assistidas por advogados, informadas, livres de coações, conscientes dos seus efeitos e ajustadas quanto aos valores e formas de quitação, quando os juízes deixam de resolver o litígio, recusando-se a homologar as transações, prosseguindo com a instrução do processo e julgamento, mesmo contra a vontade das partes.¹⁹¹

A solução é prestigiar a liberdade quanto mais informado e autônomo for o trabalhador, com capacidade de informação, ausência de coerção e a existência de alternativas reais, invertendo-se a ponderação nos casos em que houver efetiva desproporção entre as situações fáticas efetivas do empregado e do empregador, considerando a relação jurídica individualmente analisada, e não em abstrato como se toda relação fosse assimétrica, hierarquizada e o trabalhador sem discernimento, quando haverá uma maior eficácia do princípio da indisponibilidade.

É o que também defende Ingo Wolfgang Sarlet em relação ao direito civil e constitucional, na medida em que a dignidade funcionando como limite e tarefa, manifesta-se simultaneamente como expressão da autonomia da pessoa humana, bem como na necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quanto à pessoa fragilizada ou ausente sua capacidade de autodeterminação. Por isso que a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias fáticas em algumas situações pontuais, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal modo que, todo aquele a quem faltarem condições para uma decisão própria e responsável poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou tutor – o exercício pessoal momentâneo de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (proteção e assistência).¹⁹²

Nas situações concretas em que as partes não estão em condições de igualdade – e a igualdade vista dentro da relação jurídica em específico e não ge-

191 E a jurisprudência remansosa do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que as partes não possuem direito de que o magistrado homologue a transação celebrada, inviabilizando a possibilidade de qualquer recurso em face da decisão judicial denegatória da homologação, ainda que a negativa seja desfundamentada ou – o que é mais grave – fundamentada em razões subjetivas da percepção pessoal do próprio juiz, como nos casos em que ele entende que o valor do acordo é insatisfatório. (Súmula n. 418. MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO À CONCESSÃO DE LIMINAR OU HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. A concessão de liminar ou a homologação de acordo constituem faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança).

192 Sarlet, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, p. 49.

nericamente como se todo trabalhador não tivesse condições de externar sua vontade em face do poder do empregador – o princípio da irrenunciabilidade terá maior eficácia. Porém, num e noutro caso, a precedência deve ser apenas abstrata, indicando uma pauta de decisão para o agente que realizará a ponderação, mas os resultados não são uniformes ou absolutos.

Foi o que ocorreu em uma relação jurídica levada à apreciação da Justiça do Trabalho paulista, ocasião em que um afamado jurista contratou com um curso jurídico preparatório para ministrar aulas, em valores muito superiores aos pagos aos demais professores contratados sob o envoltório do vínculo de emprego formal. Ao final do contrato, porque presentes aprioristicamente os elementos constitutivos da relação de emprego, o jurista manejou reclamação trabalhista para ver o vínculo declarado, com a incorporação dos valores pagos para todos os efeitos.

A decisão de segunda instância rejeitou os pedidos do reclamante ao argumento que as partes, conscientemente e de boa-fé, passaram ao largo da lei trabalhista porque não queriam uma relação de emprego, mas uma relação de trabalho autônomo para justificar, perante os demais professores, o pagamento de um valor tão elevado em relação a eles. Não houve, assim, o *animus contrahendi* da relação de emprego, tendo o professor renunciado ao vínculo de emprego em face do recebimento de valores superiores em cinco vezes a hora-aula paga aos demais professores da instituição. As condições pessoais do trabalhador – jurista renomado, com esmerada formação jurídica, membro do Ministério Público bandeirante – foram também decisivas para o reconhecimento da sua liberdade de contratar e manifestar sua vontade de forma consciente, sem coerções e aparelhado com alternativas reais no momento da negociação, quando renunciou parte dos direitos para lograr outros benefícios financeiros.¹⁹³

Tivesse julgado a ação sob os influxos da jurisprudência clássica, em que todo e qualquer trabalhador é considerado abstratamente hipossuficiente e que, por isso, os direitos seriam irrenunciáveis absolutamente, o Tribunal Regional de São Paulo teria reconhecido o vínculo de emprego, com o conseqüente pagamento de verbas contratuais reflexivas e rescisórias em valores muito superiores aos pagos aos demais professores do curso, a partir da premissa, sabidamente falsa, de que o afamado jurista não tinha autonomia e discernimento no ato da contratação por ser considerado abstratamente um hipossuficiente.

193 Ibidem, p. 49.

São por essas razões que, também, deve-se dar uma maior eficácia às transações celebradas por meio de negociação coletiva, entre entes sindicais ou estes e a empresa, em cuja realidade de negociação a assimetria das posições jurídicas verificadas na maioria das negociações individuais desaparece, diante da despersonalização da figura do trabalhador, das proteções legais ao livre exercício da atividade sindical e o poder de deliberar quanto ao exercício do direito de greve, devendo ser prestigiada mais a liberdade e menos o princípio da indisponibilidade.

Inclusive a Constituição determina a obrigatoriedade da participação sindical nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º, VI) e, como corolário disso, considera como direito fundamental dos trabalhadores o reconhecimento das citadas convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI). Assim, quando o Poder Judiciário trabalhista nega eficácia, incidentalmente, de uma cláusula de negociação coletiva em uma ação individual, sem proporcionar a participação do Ministério Público do Trabalho e dos entes legitimados para a celebração da norma coletiva, subverte o sistema jurídico e nega vigência às citadas disposições constitucionais. Situação diversa se dá quando do ajuizamento da ação própria de nulidade da norma coletiva, proposta pelo Ministério Público ou pelos legitimados coletivos, quando se estará analisando a nulidade da norma coletiva integralmente, podendo haver a declaração de sua nulidade com efeitos *erga omnes*.

As decisões recentes do Tribunal Superior do Trabalho são alvissareiras da absorção paulatina desse ponto de vista mais flexível, como no caso recente em que determinado sindicato de trabalhadores celebrou durante vários anos acordos coletivos em que conseguia alguns benefícios e em uma cláusula especial admitia que o intervalo para refeição e descanso, porque realizado no refeitório da empresa, sem necessidade de deslocamento, poderia ser reduzido para 30 minutos.

Depois de anos, o sindicato conveniente ajuizou ação denunciando a “prática ilegal de conceder intervalo de 30 minutos”, sob o argumento de que estaria havendo lesão de normas de indisponibilidade absoluta dos trabalhadores, pedindo o pagamento de horas extras quanto ao tempo subtraído do intervalo.

O Tribunal manteve a decisão de segunda instância que havia extinguido a ação por falta de interesse processual, na medida em que, além de litigante de má-fé, o sindicato que negociou e aceitou as cláusulas sequer teria interesse em

vê-las anuladas, ressalvando a eventual legitimidade do Ministério Público para discutir, em ação própria, a validade da cláusula em discussão.¹⁹⁴

Os exemplos práticos referidos acima de incidência da dignidade humana, com as suas eficácias protetiva e prestacional nas relações privadas de trabalho, terminam por nos remeter ao tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que será objeto de preocupação em capítulo próprio nas linhas que se seguem.

3.2. Superação do paradigma piramidal

A forma geométrica e simétrica da pirâmide era utilizada na modernidade como representação simbólica da desigualdade ordenada, sendo referida nos mais diversos campos da inteligência humana, por exemplo, na arquitetura clássica, com as construções simétricas e com telhados angulados, na biologia para representar a classificação e organização das espécies, na filosofia para ilustrar a diálogo das ideias divergentes, cujas posições contrapostas partem de pontos equidistantes na base em busca de um centro comum no ápice do debate, bem como pela sociologia para representar a sociedade da época, que era dividida em classes bem definidas, estanques e hierarquizadas.

O direito produzido nessa fase histórica era oriundo de um único centro normativo que era o Estado nacional, porém ele era divulgado de forma caótica e desordenada pela legislação, com a sobreposição dos textos no tempo e espaço.

Foi quando os cientistas do direito, imbuídos das características próprias do pensamento moderno, procuraram interpretar os textos legislativos para construir as normas jurídicas, unidade elementar do direito. Depois precisavam organizá-las entre si de forma racional, procurando uma forma mental que pudesse emprestar-lhe clareza didática e organização, cumprindo a função prática de facilitar a sua compreensão pelos cidadãos e também a função psicológica de transmitir as ideias de organização, coerência, simetria e racionalidade do ordenamento jurídico. E o modelo teórico-mental que atendia a todos os reclames da época era o da pirâmide, na medida em que ela representava os pressupostos sistemáticos de coerência, completude e organização.

194 TST – 4ª Turma – AIRR-25800-81.2007.5.01.0341 – Rel. Des. Conv. Cilene Ferreira Amaro Santos – DEJT 11.09.2015.

Hans Kelsen, com a sua teoria pura do direito, foi o jurista mais destacado que hipotecou ingente esforço na tarefa de organizar o direito de forma hierárquica e sistemática, dando-lhe dignidade científica a partir do modelo de raciocínio formal e com a transposição de métodos próprios das ciências naturais para as humanas, nomeadamente o positivismo filosófico e a lógica jurídica. A referência da simbologia da pirâmide para representar a organização jurídica deveu-se ao seu discípulo Adolf Merkel, cuja sugestão foi recolhida pelo mestre.¹⁹⁵

Entre as diversas contribuições do modelo teórico piramidal está a criação da jurisdição constitucional e do controle concentrado de constitucionalidade pelos respectivos tribunais, na medida em que ao enxergar um sistema jurídico em forma de pirâmide, onde a norma inferior busca seu fundamento de validade em normas superiores, isso significa que se a primeira confrontar com a segunda haverá um desacordo lógico que deve ser resolvido com a exclusão da inferior. Se uma sentença, norma jurídica concreta que se encontra na base da pirâmide, confrontar com a legislação ordinária, o sistema é corrigido com a previsão dos recursos para que os tribunais refutem-na, da mesma forma que se uma legislação ordinária vilipendiar as disposições constitucionais, a jurisdição constitucional cuida de retirá-la do ordenamento, para manter a sua ordenação, coerência e racionalidade, pelo mecanismo do controle de constitucionalidade.

A teoria pura também contribuiu para uma visão mais pacifista do direito internacional, uma vez que na época de sua publicação os tratados internacionais eram considerados meras cartas de intenção, sem força normativa, sendo comuns as invasões entre os países em guerra, mas com a teoria monista kelseneana o direito internacional entrava nos sistemas jurídicos e integrava a pirâmide, servindo como pauta de atuação interna e obrigando os cidadãos e o Estado. Por enxergar um único sistema piramidal, era decorrência lógica inserir o direito internacional dentro dele, hierarquizando-o em face do direito interno, constitucional e ordinário. A depender do modelo constitucional em específico, os tratados eram colocados abaixo da constituição, submetendo-os ao controle de constitucionalidade, ou acima do direito constitucional, quando o constituinte originário era constituído de forma condicionada e as disposições constitucionais seriam passíveis de revogação.

195 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Uma terceira contribuição foi a criação dos três critérios de solução das antinomias, notadamente o hierárquico, decorrente dos controles de legalidade e de constitucionalidade, assim também os da temporalidade e o da especialidade.

Em nosso ponto de vista, a principal contribuição do modelo piramidal, monista e hierarquizado, foi inaugurar a teoria da constitucionalização do direito, visto que se todas as normas estavam dentro do mesmo conjunto e a Constituição encontrava-se em seu ápice, tanto o direito público quanto o privado deveriam ser interpretados à luz das normas constitucionais (técnica da interpretação conforme à constituição e do controle material de constitucionalidade), servindo, inclusive, os princípios constitucionais como inspiração legislativa, como paradigma interpretativo e como fonte subsidiária para o preenchimento das lacunas. Convém anotar que a força normativa dos princípios constitucionais era restrita no modelo positivista kelseneano, apenas com as funções acima referidas, incumbindo ao modelo pós-positivista ter avançado mais recentemente para reconhecer força normativa direta aos princípios jurídicos, enquanto espécie de norma, mas tudo isso em razão da premissa de que o sistema jurídico é único.

Mais recentemente, diante do reconhecimento de que os tratados passam a integrar os ordenamentos domésticos, inserindo-os dentro do sistema piramidal escalonado com o *status* normativo constitucional ou supralegal¹⁹⁶, conforme o procedimento de internalização que tenha sido obedecido¹⁹⁷, o Supremo Tribunal Federal e a doutrina especializada¹⁹⁸ admitem que as normas internacionais passem a servir como paradigma para o controle de convencionalidade do direito interno infraconstitucional em face também do internacional dos direitos humanos.

E a simbologia piramidal influenciou não somente a ciência jurídica, mas também o modelo judiciário pensado para instrumentalizar a sua aplicação, com uma maior quantidade de tribunais de base, com sucessivos recursos para órgãos de sobreposição, culminando com um tribunal constitucional

196 STF – Pleno - RE 466.343 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJE 05.06.2009.

197 MOLINA, André Araújo. Imunidade jurisdicional das pessoas jurídicas de direito público externo: um diálogo com Georgenor de Souza Franco Filho. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, ano XXII, n. 253, p. 17/30, julho 2010.

198 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2009 e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

no vértice da pirâmide, guardião último da Constituição e cujas decisões obrigariam todos os julgadores dos níveis inferiores. Esse modelo judiciário também rejeita os mecanismos alternativos de resolução dos conflitos e reserva para as cúpulas o poder de dar unidade e coerência ao direito, restringindo o acesso popular, das partes litigantes e mesmo dos magistrados da base no processo de deliberação e decisão. Também aqui uma única fonte emissora de decisões finais, da mesma forma que era o Estado nacional a única fonte emissora do direito legislado.

Mario Losano ocupou-se da ciência do direito ao longo dos séculos e das estruturas a ela atribuídas pelos juristas das variadas épocas, chegando ao ponto de questionar a utilidade contemporânea do paradigma piramidal. Iniciou sua resposta ao questionamento a partir da premissa de que a sua pesquisa jurídica é voltada para uma visão histórica, e não absoluta, das teorias, razão pela qual não pretende que as teorias jurídicas expliquem o direito de forma atemporal, mas ele avalia a sua relevância conectada com o direito da época em que as teorias foram propostas.

Firme nesse pressuposto, o autor reconhece diversos méritos, teóricos e práticos, da teoria pura do direito e da forma mental piramidal que foi imaginada teoricamente para o ordenamento da época, entretanto questiona se esse modelo ainda serve hoje, na aurora do novo milênio, para explicar o direito atual.¹⁹⁹

Identifica que a teoria pura está estreitamente ligada à noção do Estado nacional e da sociedade industrial, por isso, ela não explica o direito que existia antes dele, nem o que está acontecendo com as sociedades atuais. Não recolhe o direito pré-industrial, ou seja, o arcaico ou primitivo, no qual não existia um Estado central com poder exclusivo de introduzir normas jurídicas para regramento social, no qual vicejava o direito consuetudinário e uma infinidade de centros normativos. Onde há direito costumeiro, não há espaço para o rigoroso positivismo legislativo, para o qual é direito apenas aquele estabelecido pelos órgãos estatais oficiais.

Também o positivismo normativista hierarquizado não explica o direito pós-industrial que se afirma em nosso tempo, onde há um maior pluralismo das fontes normativas e a noção de Estado soberano está em permanente revisão, notadamente diante do direito internacional e do comunitário europeu.

199 Losano, Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede, p. 272 e seg.

Alfredo Fernández Vicente também diz que o simbolismo da pirâmide era bastante apropriado para representar o sistema jurídico marcado com características da visão reducionista, normativista, representando o direito legislado como uma ordem preestabelecida, hierarquizada, posta pela autoridade política central e imposta mediante coação pelo sistema judiciário.²⁰⁰

Ocorre que essa estrutura jurídica unitária começa a desestruturar-se a partir do final da Segunda Guerra Mundial, quando a sociedade antes estratificada transformou-se e ficou mais complexa, dita pelos sociólogos de pós-industrial, com o avanço do direito internacional, a criação dos blocos regionais, o reconhecimento da jurisdição dos tribunais regionais e internacionais, a existência de uma pluralidade de fontes normativas, com uma maior convivência do Estado nacional soberano com os entes supranacionais, deixando aquele de ser o único centro normativo legítimo para então admitir-se uma maior policentria e pluralismo jurídico.

Também os problemas sociais, na sociedade informacional e globalizada, deixaram de obedecer aos limites geográficos, em questões como a ecologia, o meio ambiente, o comércio eletrônico mundial, a migração de trabalhadores, as empresas multinacionais etc., quando o modelo de regulação jurídica emitida pelo Estado nacional deixa de ter eficácia, sendo substituído por um direito mais solúvel e caótico; os grandes códigos são substituídos pelas microrregulações para cuidar dessas questões recentes que emergem da globalização.

Outro traço da mudança é que em uma sociedade altamente complexa se torna cada vez mais difícil a atualização legislativa, diante da resistência dos grupos sociais diversos em eleger um único paradigma legislativo uniforme para regular as relações sociais que são heterogêneas. Nesse contexto político e social, tenciona-se a verificar uma substituição da democracia formal e representativa por uma democracia mais material e participativa, com as pessoas, os grupos e o Estado dialogando e negociando as soluções para os novos problemas, quando surgem como fontes normativas os contratos, individuais e coletivos, tanto nacionais como internacionais, exigindo igual respeito pela população e pelo sistema judiciário.

Essa mudança também é sentida nas relações de trabalho atuais, quando as estruturas hierárquicas, pré-definidas e rígidas das antigas fábricas da época da Revolução Industrial são paulatinamente substituídas por uma pulverização nas

200 Vicente, *Consideración sistémica del caso jurídico*, p. 40.

modalidades contratuais, gerando uma infinidade heterogênea nas modalidades de prestação de serviços. O mito da pirâmide também foi utilizado para estruturar as relações de trabalho da era industrial, cujas organizações eram marcadas por uma administração centralizada e distante da base, com um sistema de produção rígido, fechado e um exército de operários posicionados na base de pirâmide industrial, com iguais condições de trabalho e, por isso, com estatuto jurídico uniforme.

Ocorre que o paradigma histórico-social mundial do século XXI a servir de modelo para a fotografia legislativa e a atividade descritiva doutrinária pós-moderna, não é mais aquele da grande indústria como paradigma modelar de empregador, do trabalhador com pouca instrução e com condições similares de trabalho, como modelo de único de empregado, muito menos permanecem os elementos da relação de emprego com parâmetros uniformes para todas as espécies de contrato.

Em dias atuais, aqueles paradigmas de outrora foram substituídos pela complexidade, a reboque dos avanços da informática, robótica e da microeletrônica. O modelo-estático de empregador diluiu-se nas formas variadas adotadas nos três setores da economia, desde as grandes empresas transnacionais, passando pelas sociedades anônimas, sociedades limitadas, microempresas, empresas de pequeno porte, empresários individuais de responsabilidade limitada, consórcios rurais, até os pequenos empresários, alguns, do último grupo, tão carentes de proteção estatal como os trabalhadores a ele vinculados.

A figura do empregado também se transformou, com diversas espécies de altos empregados, executivos, profissionais liberais especializados, atletas profissionais de alto rendimento, parassubordinados, trabalhadores técnicos, tecnológicos e, ainda compondo uma grande maioria, os braçais e os trabalhadores com pouca instrução formal. Alguns deles com condições de negociar as próprias cláusulas contratuais que sejam mais adequadas àquela relação plástica e flexível de trabalho.

O reflexo da complexidade da pós-modernidade são as diversas formas nas relações de trabalho, como o emprego na sede da empresa, o teletrabalho, o trabalho em domicílio, o trabalho a tempo parcial, terceirização, trabalho temporário, representação comercial, trabalhadores móveis que prestam serviços em vários países, contratações especializadas, entre tantas outras modalidades de prestação de serviços, subordinado ou não, que pela limitação legislativa de vários países, inclusive o Brasil, devem ser recolhidas pelo mesmo modelo padrão de contrato de emprego regrado pela CLT.

Em exemplificação metafórica, é como vestir a diversidade cultural e física das pessoas com a mesma roupa, uniformizando-as, ao invés de confeccionarmos vestimentas adequadas a cada uma delas, explorando as potencialidades pessoais, corrigindo os seus defeitos, em atividade de alta-costura, sempre respeitando as suas características próprias e a dignidade humana.

O modelo estático do período de consolidação do Direito do Trabalho, grande indústria X empregado incapaz X relação subordinada típica, fotografado pela CLT e descrito pela doutrina nacional clássica, não é mais satisfatório e não mais atende a realidade social solúvel e intercambiante.

Se o objetivo principal do Direito do Trabalho é equiparar juridicamente as desigualdades fáticas, torna-se impositivo que quanto mais faticamente as partes se igualem, como no caso dos altos empregados, atletas e intelectuais, menor deve ser a interveniência estatal, estimulando-se a liberdade, a autodeterminação, a partir da negociação individual e coletiva, atitudes vedadas pelo direito positivo nacional, em grande medida (artigos 9º, 444 e 468 da CLT), pois retratou a figura do empregado como aquele geneticamente incapaz de negociar.

De outro lado, como de resto ainda ocorre em grande parte das situações, enquanto houver desigualdade fática o Direito do Trabalho deve servir para corrigi-la no campo jurídico, na medida e no limite em que é necessária a intervenção estatal. Consequência direta da premissa é a necessária maleabilidade e diversidade da legislação trabalhista, exigindo também um novo método de interpretação, inclusive dos princípios típicos trabalhistas, mormente o da proteção, pois, havendo igualdade fático-jurídica, esvazia-se o seu conteúdo e a sua função primordial.

Enquanto se transfere ao trabalhador pós-moderno o ônus da negociação das cláusulas mais específicas de cada relação contratual, diretamente ou por interveniência sindical, também outorgam-se-lhes os benefícios, como a participação ativa na administração da empresa²⁰¹, aliada ao direito de informação,

201 A Constituição Federal de 1988 acena para a participação nos lucros e na gestão da empresa (artigo 7º, XI), reconhecimento das convenções coletivas de trabalho (artigo 7º, XXVI), liberdade de filiação sindical (artigo 8º, *caput*), a imprescindibilidade de participação sindical nas negociações coletivas (artigo 8º, VI), o direito de livremente decidir sobre a oportunidade de exercer o direito de greve (artigo 9º), a participação dos trabalhadores nos órgãos públicos de discussão dos temas de seu interesse (artigo 10) e a eleição de representante nas grandes empresas (artigo 11), de cujos dispositivos pode-se induzir a existência de um princípio jurídico de participação democrática direta dos empregados nos rumos da empresa e nos destinos dos seus contratos de trabalho, diminuindo paulatinamente o espaço de interveniência estatal.

participação nos lucros e resultados, garantia dos direitos da personalidade e deveres anexos dos contratos, procedimentos dialogados para dispensas coletivas, na esteira dos novéis direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988.

O direito positivo trabalhista que vai se desenhando para o futuro, de modo a recolher adequadamente cada uma das diversas modalidades contratuais, respeitando-se as diferenças entre as espécies de empregados e de empregadores, está decompondo-se em diversos microssistemas, cada qual adequado a uma realidade diferente, substituindo-se a CLT, uniforme e inflexível, por legislações especiais para cada espécie de relação jurídica de trabalho. E substituir a CLT não significa necessariamente a sua revogação e a criação de legislações esparsas, mas poderá o legislador optar pela reforma dentro dos próprios capítulos da CLT, como já ocorre com o Código Civil de 2002 que trata desde briga de vizinhos até da estrutura e organização das grandes corporações, no mesmo veículo formal, bem assim como acena atualmente no direito trabalhista com a regulação da jornada de trabalho dos motoristas, que foram retirados da regra geral, para ver-se regulados por outras disposições especiais, ainda que no corpo da mesma legislação consolidada.

As disposições dos microssistemas funcionarão como contratos-tipo para cada espécie de relação de trabalho, convocando, em um segundo momento, para as negociações individuais ou coletivas para refinamento e ajuste às circunstâncias particulares e demandas de certos grupos individualmente considerados.

Inclusive a Convenção n. 98 da OIT, ratificada e internalizada entre nós desde o ano de 1953, indica que o papel do Estado nas relações de trabalho é de cada vez menos intervir diretamente nas relações e mais apenas fomentar para que as partes negociem e regulem as próprias condições contratuais²⁰², convocando-as à cidadania e democracia mais participativa na gestão de seus próprios vínculos.

A sociedade hierarquizada e as relações de trabalho piramidais estão sendo paulatinamente substituídas pela hipercomplexidade social e a maleabilidade

202 “Art. 4º. Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego.”

das figuras do empregador, do empregado e dos modelos contratuais adotados para reger as suas relações, a vista dos microssistemas, como também se verifica com a mudança de perspectiva uma migração parcial do direito legislativo uniforme emitido pelo Estado pelo pluralismo jurídico e as microrregulações, reclamando do interprete do direito trabalhista também um novo modelo teórico que seja adequado a recolher essas variadas situações, solucionando os problemas sistêmicos das lacunas e das antinomias a partir de novos critérios que sejam úteis ao direito atual.

Mario Losano também concluiu que o modelo mental piramidal não mais consegue dar conta do direito da pós-modernidade, principalmente pela diversidade das fontes normativas, de modo que a maior parte do novo direito não está inserida na pirâmide. Para ele, os juristas então precisam encontrar um novo modelo mental para representar e organizar o direito atual:

Em resumo: hoje o direito assume o aspecto de uma massa tridimensional em contínua e irregular expansão e, assim, o rigoroso modelo da pirâmide normativa está desagregando-se. No bem calibrado ordenamento hierárquico da pirâmide, encontra explicação apenas uma parte do direito atual, mas não todo. O que resta fora da pirâmide é frequentemente aquilo que de mais novo existe. Por isso, a mudança profunda no direito atual obriga a uma mudança de paradigma no seu estudo.²⁰³

É por tudo isso que, na medida em que reconhecemos a urgência de pensarmos um novo modelo mental para representar, explicar e organizar o direito pós-moderno, ao mesmo tempo em que se deve manter a ideia de sistema, para induzir racionalidade e segurança jurídica, mas sem descuidar dos novos direitos emitidos pelas variadas e atuais fontes normativas, avançaremos para sugerir um novo modelo teórico que seja adequado para compreender, organizar, explicar e aplicar o Direito do Trabalho da atualidade.

Um direito especial, que cada vez mais se vê a volta com a necessidade de manipular uma diversidade de fontes normativas, tanto estatais, negociadas, quanto infra e supraestatais, com o reconhecimento do direito internacional, regional e estrangeiro, além da obrigatoriedade dos precedentes como fontes normativas a partir do Código de Processo Civil de 2015, tudo de modo a con-

203 *Ibidem*, p. 281.

seguir regular as relações de trabalho, cada vez mais diversificadas, heterogêneas e complexas que se nos apresentam na pós-modernidade.

3.3. Sistema da ciência jurídica em forma de hipertexto (pensamento em rede)

É premissa indiscutível que o direito é uma técnica criada pela sociedade para resolver os conflitos intersubjetivos de interesses e, como todas as técnicas a serviço da humanidade, avança e modifica-se com o desenvolvimento dela. E a sociedade mundial atual mudou drasticamente os seus modos de vida no período posterior à Segunda Guerra Mundial, inclusive com uma mudança de paradigma nas relações de trabalho, consoante vimos linhas acima.

Os principais eventos tecnológicos que proporcionaram o avanço social foram o desenvolvimento do computador, da intranet e da internet, cujo itinerário histórico guarda estreita relação com a evolução do direito e, exatamente por isso, pode nos ajudar a encontrar o novo modelo teórico para compreender e manipular o material jurídico da pós-modernidade. O computador e a internet, potencializando as comunicações entre as pessoas (cibernética), de modo instantâneo, desordenado e fluído, também trouxe uma renovação geral nos paradigmas científicos.

As siglas elementares para os integrantes da sociedade da informação (“HTML” e “WWW”) nos auxiliam a compreender o paradigma de raciocínio da era informacional que substituiu o modelo hierárquico da pirâmide pelo multidimensional da rede ou hipertexto.

“HTML” significa *hypertext mark-up language*, isto é, um vínculo virtual entre linguagens diferentes, fluídas, de número ilimitado e contornos imprecisos (não-estruturados), que são conectadas e disponibilizadas em formato universal, em que as diferentes classes hierárquicas dos textos deixam de existir, na medida em que os seus antigos suportes materiais são paulatinamente substituídos pela fórmula virtual universal e amplamente acessíveis na rede mundial de computadores. Os métodos clássicos de impressão do livro, da revista, do jornal, do artigo acadêmico, do parecer, da carta etc., perderam o suporte material que os hierarquizava, para uniformizá-los todos no mesmo nível, em formato reticular e multidimensional, amplamente acessíveis e dispersos de maneira caótica na rede mundial de computadores.

O mesmo ocorre com o Direito na sociedade da informação, em que a antiga hierarquia – simbolizada pela pirâmide – perde sentido, visto que as normas são postas por uma pluralidade de fontes normativas, não mais havendo como ordená-las a partir de um único centro comum. O raciocínio positivista que explica que uma disposição da lei ordinária deve encontrar a sua razão de validade nas normas procedimentais constitucionais superiores, não fundamenta, por exemplo, a validade do direito infraestatal, judiciário (precedente) ou supraestatal, nos mais diversos acordos, convenções ou tratados, regionais ou internacionais.

O que dava supremacia às constituições no modelo juspositivista eram as suas características de servir de paradigma material de constitucionalidade, como também oferecer os critérios de validade formal das demais disposições do sistema, na medida em que era considerado direito apenas aquilo que emanava do Estado e de acordo com um procedimento legislativo rígido pré-estabelecido.

Na nova realidade, não mais se extrai exclusivamente das constituições o critério de validade formal do direito, primeiramente porque as variadas fontes não mais provêm apenas do Estado, não havendo procedimentos formais para criação do direito infra e supraestatal, bem como também o critério de validade material das normas jurídicas não está mais apenas nas constituições, mas na dignidade da pessoa humana, introduzida entre nós pelos tratados internacionais. É por isso que no emaranhado normativo fluído não há mais como enxergarmos as disposições constitucionais como hierarquicamente proeminentes em face de um tratado que forneça maior proteção à pessoa humana, por exemplo, prevalecendo este em detrimento das constituições.

Logo, passam todas as demais fontes normativas a ocupar a estrutura de um sistema complexo, amorfo e multidimensional, em que as interações entre os seus elementos (textos) ocorrem em todos os sentidos, uns entrando em contato com os outros (sinapses)²⁰⁴, adaptando-se permanentemente (autopoiese) e

204 A ideia da analogia entre o fenômeno das sinapses, próprio da neurociência e da informática, e as conexões jurídicas que ocorrem na atualidade deveu-se ao contato acadêmico com o aluno Romildo Oliveira da Silva que, além de formação jurídica, possui incursões pela informática. A tese das sinapses jurídicas teria como ideia central a ocorrência da transmissão de elementos jurídicos de sistemas normativos diversos – internos, negociados, internacionais e comunitários – por intermédio de zonas ativas de contato entre terminações comuns a vários deles. Tal ocorreria, também, intrassistemicamente, entre os diversos ramos jurídicos do mesmo direito positivo. Pensamos que os sistemas jurídicos inter-relacionam para formar um ponto de convergência a fim de satisfazer às necessidades inerentes ao sistema jurídico e social da sociedade mundial atual. As suas ligações e soluções dependem de uma espécie de elemento-transmissor entre fundamentos que norteiam os

tendendo ao equilíbrio dinâmico (homeostase), traços que emprestam a forma de sistema ao modelo atual pensado para a ciência jurídica. E não mais um sistema piramidal, estático, hierarquizado, linear e unidirecional, mas um sistema reticular, dinâmico, autopoietico, adaptável e multidimensional.

Também a sigla “WWW” (*world wide web*) ajuda-nos a compreender a mudança de paradigma da pirâmide à rede, na medida em que observamos durante a evolução da informática que no seu germinar havia grandes máquinas que eram ligadas aos diversos terminais, em um sistema fechado (intranet) e hierarquizado em forma de pirâmide, em que os operadores dos terminais somente poderiam acessar uma parcela das informações e utilizar também parcialmente os recursos, de acordo com limites fixados pela autoridade central que acessava diretamente a máquina.

A utilização da informática rudimentar enquanto ferramenta de trabalho atendia com precisão o modelo empresarial das décadas de 1970 e 1980, centrados na hierarquia, disciplina, estatuto homogêneo para os operadores (trabalhadores) e que contavam com uma cúpula (empregador e direção) que permitia o acesso aos operadores apenas de uma parcela das informações e disponibilidade de recursos. Também fica claro observar que a base da estrutura é muito maior que a cúpula, diminuindo o número de operadores conforme se vai ascendendo paulatinamente na estrutura empresarial, acenando novamente ao modelo da pirâmide.

Ainda hoje diversos modelos empresariais seguem a ideia de intranet, nos quais os operadores são divididos em níveis, em que cada um, por meio de *login* e senha, acessam o computador central a partir dos seus terminais, com alçada de atribuições restrita e liberdade de informações compartimentada, precisando recorrer à autorização de um superior para ampliar o acesso às informações e desempenhar tarefas de maiores responsabilidades, como de resto ainda ocorre nas instituições bancárias, em muitas indústrias e na maioria dos órgãos públicos.

O sistema fechado e hierarquizado da primeira era da informática não atendia às necessidades dos pesquisadores dos meios acadêmicos e universitários, quando na década de 1990 avançaram para desenvolver um modelo de conexão

sistemas jurídicos, sendo para o direito material a dignidade da pessoa humana e para o direito processual o devido processo legal e a efetividade da jurisdição.

livre e aberto (internet), mundialmente acessível (world) e em forma de uma rede entrelaçada e amorfa de informações (web), sem hierarquia definida.

Essa nova ferramenta (internet) permitiu que também a organização das empresas alterasse do modelo fechado, isolado e hierarquizado da primeira era da informática para uma estrutura mais fluída, dinâmica, global e multidimensional, na qual houve uma fragmentação dos polos contratantes, da forma e local de prestação dos serviços, dos modelos contratuais e os respectivos direitos e responsabilidades, exigindo, como é elementar intuir, uma urgente adaptação do arcabouço jurídico que seja mais eficaz para dar conta dessa nova realidade social-trabalhista.

Em outras palavras, a internet proporcionou inclusive às empresas migrar do modelo estrutural hierarquizado, piramidal, similares às organizações militares, com seus chefes, tropas e regulamento interno baseado na disciplina, para uma nova estrutura fragmentada, com as empresas constituídas em rede – sugerindo subcontratações, terceirizações, grupos de empresas, consórcios – onde a detenção da propriedade, da matéria-prima e dos bens de produção deixou de ser a marca que revelava sua prosperidade, substituindo-os pela produção, acúmulo e circulação das informações (marcas, patentes, fórmulas, *know-how* etc.).

O Direito do Trabalho está desestruturando-se, não no sentido de uma flexibilização cara ao modelo econômico liberal, mas uma mudança de perspectiva que tratava todos os trabalhadores de maneira uniforme pela exigência de novas fontes normativas mais especializadas, como os microsistemas legislativos para os grupos de trabalhadores heterogêneos, para os consórcios de empregadores, para as empresas em rede, estabelecendo as responsabilidades compartilhadas, uma maior atenção aos acordos coletivos, aos regulamentos de empresa e as cláusulas dos contratos de trabalho.

O próximo passo é alterar a estrutura que a ciência do direito trabalhista empresta ao conjunto das normas jurídicas disformes, da forma de pirâmide para a da rede ou hipertexto. E também o jurista pós-moderno deve se armar com um novo ferramental teórico que seja capaz de dar conta da complexidade, maleabilidade e fluidez das novas relações de trabalho e legislações pós-modernas, transitando de forma livre por todo o ordenamento, nacional, internacional e regional, em busca da solução que seja mais adequada àquela relação específica.

Mario Losano explica que para compreender o modelo da rede, basta examinar qualquer ordenamento jurídico mais recente. Os textos contêm remissões explícitas a outros textos do mesmo sistema. Por sua vez, a disposição reenvia-

da contém muitas vezes outras remissões, e assim sucessivamente, convocando o interprete a transitar por todo o ordenamento. Logo, sem uma ordem rígida, a gente se move em todas as direções dentro do ordenamento em exame. Essa rede de vínculos torna-se ainda mais complexa se, às remissões explícitas, acrescentam-se remissões implícitas, ou seja, não expressas pelo legislador, mas imaginadas pelos juristas.²⁰⁵

O Direito do Trabalho atual já absorveu uma pequena parte da ideia do pensamento em rede, porém, por certo ainda preso aos ditames do pensamento analítico da modernidade, da sua fase de consolidação como ciência, ainda acabou concluindo pela existência de um princípio da “hierarquia dinâmica” das fontes normativas²⁰⁶, ao invés de avançar para reconhecer a inexistência de hierarquia entre as suas diversas fontes, como estamos defendendo neste trabalho.

Para fazer uma alegoria a partir das ferramentas proporcionadas pela *internet*, o direito em forma de rede movimenta-se, como as iterações no *Facebook*, em todas as direções, tridimensionalmente, com uma norma fazendo remissão a outra, e assim sucessivamente, devendo o jurista “navegar” em todas as direções, em busca da norma jurídica que mais fomente a dignidade humana e seja aplicável ao caso concreto sobre sua apreciação, conforme a sua hipótese fática (antecedente normativo) esteja preenchida.

A aplicação prática do modelo teórico reticular e multidimensional para a descrição e aplicação do direito atual conduziu-nos a sugerir, em nível doutrinário, uma revisão completa do raciocínio utilizado pela jurisprudência e doutrina clássicas quanto ao tema dos acidentes de trabalho. Tradicionalmente, raciocinando de modo linear, as decisões judiciais quanto aos acidentes apenas buscavam nas disposições de responsabilidade civil do Código Civil o regramento material para aplicação, mas ao enxergarmos a diversidade das fontes normativas, transitando entre elas em sentido multidimensional, vislumbramos a possibilidade de resolver as ações com fundamentos jurídicos os mais variados, desde tratados internacionais, disposições constitucionais, quanto na legislação especial, extravagante ou infralegal.

205 *Ibidem*, p. 282.

206 “Assim, na pirâmide normativa da hierarquia das normas jurídicas trabalhistas, o vértice aponta para a norma que assegurar a melhor condição para o trabalhador, segundo uma dinâmica que não coincide com a distribuição estática de leis em graus de hierarquia, do direito comum.” (Amauri Mascaro Nascimento, Curso de Direito do Trabalho, p. 295).

Inclusive a responsabilidade civil objetiva encontrava na jurisprudência clássica seu fundamento de validade apenas no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, enquanto em nosso modelo reticular enxergamos a existência de catorze microsistemas de responsabilidade civil objetiva que são aplicáveis aos acidentes de trabalho, como no acidente nuclear, no acidente ambiental (comum e biológico), no acidente de transporte (terrestre, aquaviário, ferroviário e aeronáutico, este último dividido nos microsistemas doméstico e internacional, com regulações próprias), no acidente causado por animais, objetos candentes ou ruína de edifício, nos acidentes nas atividades de mineração etc.²⁰⁷

É intuitivo perceber, no modelo reticular, em que há um maior recurso às disposições normativas dispersas, potencializar-se-ão as antinomias normativas e a maior plasticidade do sistema também reclamará novos mecanismos indutores de segurança jurídica, cujos temas, diante da sua grande importância, serão objeto de análise cuidadosa em outros tópicos nas linhas que se seguem.

Nesse novo modelo em rede, a Constituição deixaria de estar no ápice do ordenamento, hierarquicamente proeminente, posicionando-se no centro do sistema. A posição de centralidade é reconhecida diante da sua característica de inauguração de uma nova ordem jurídica para determinada sociedade política, cujo adensamento das novas fontes agregariam de forma indefinida a partir do epicentro inaugural, em todas as três dimensões.

Willis Santiago Guerra Filho diz que o movimento do constitucionalismo ocorrido na modernidade, após a falência das experiências da autoridade baseada no divino e na confiança na “naturalidade” do direito, resulta na luta para revolucionar a organização político-social cujo ápice é a redação de um texto constitucional, o qual constitui uma nova ordem jurídica, inaugurando-a. E é pelo seu traço de originalidade que às constituições cabe, portanto, fornecer o fundamento último do ordenamento jurídico. “Os valores fundamentais, sob os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional.”²⁰⁸

Ao se reconhecer que as constituições pós-modernas deixaram o topo da hierarquia normativa para posicionarem-se na sua centralidade, com todas as outras fontes normativas dispersas em três dimensões, permite-nos avançar

207 MOLINA, André Araújo. Sistemas de responsabilidade civil objetiva e os acidentes de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 79, n. 2, p. 70/117, abr./jun. 2013.

208 Guerra Filho, Teoria processual da constituição, p. 20.

para dizer que o critério da hierarquia não mais resolve as anomias do excesso normativo, embora os mecanismos de jurisdição constitucional, como o controle de constitucionalidade, concentrado e difuso, continuam válidos.

Declarar a inconstitucionalidade de uma fonte normativa deixa de ser uma questão de incompatibilidade vertical, para ser uma questão de retrocesso social do compromisso mínimo estabelecido pelo fundamento originário do sistema, que é a Constituição. Haverá inconstitucionalidade quando as novas fontes normativas retrocederem das garantias mínimas estabelecidas pelo poder constituinte originário.

Também pensamos que a nossa tese explica a razão porque as emendas constitucionais e os tratados internacionais de direitos humanos, internalizados pelo procedimento do art. 5º, § 3º, da Constituição, embora considerados de mesma hierarquia constitucional – para aqueles que, como o Supremo Tribunal Federal, ainda defende a existência de hierarquia –, possam ser objeto de controle de constitucionalidade, na medida em que serão repelidos quando pretenderem reduzir ou extinguir o nível atual de proteção da dignidade humana (*pro homine*) inaugurada pela origem da ordem normativa, ao mesmo tempo em que serão recepcionadas todas as fontes normativas, internas ou internacionais, autônomas ou heterônomas, que aumentarem o *status* de proteção da pessoa humana.

Esse modelo dialógico, prestigiando a norma que mais favoreça a pessoa humana e sem hierarquia, já é o adotado pelos tratados internacionais de direitos humanos. Em todos eles há disposições dizendo que as garantias neles previstas não excluem e não prevalecerão se a legislação interna dos países convenientes for mais benéfica à proteção dos direitos humanos.

A organização piramidal do Direito acena para uma tomada de decisão verticalizada, monopolizada e introjetada no sistema judiciário, principalmente nos órgãos de cúpula, e imposta às partes litigantes e aos juízes de primeira instância, enquanto que a organização do sistema jurídico em forma de rede, multidimensional, também tem o mérito de convocar as partes interessadas para dialogar as próprias decisões, permitindo a adoção de métodos negociados, judiciais e extrajudiciais, assim como valoriza as decisões de primeira instância, restringindo o acesso aos tribunais apenas para temas de maior relevância (repercussão geral), e armando o juiz com um ferramental processual mais flexível e apto para atender os interesses de uma sociedade complexa e regulada por um ordenamento jurídico caótico e multidimensional.

Esse sistema jurídico composto de diversas fontes normativas, no mais das vezes não oriundas do Estado, em que as próprias partes são convocadas a criar as condições de exercício dos direitos e auxiliar o magistrado na construção da decisão para os seus conflitos, remete-nos a necessária rediscussão do papel das instituições enquanto indutoras das condutas humanas.

3.4. Da regulamentação à regulação das relações jurídicas

Em seu estudo sobre a função antropológica do Direito, Alain Supiot discorre sobre a relação com a técnica, para concluir que o Direito, enquanto uma de suas modalidades, também participa do progresso técnico, na medida em que ocorre a evolução da sociedade e o avanço da tecnologia, com muito mais rapidez nessa era informacional.²⁰⁹

A partir dessa premissa, desenvolve o raciocínio de que as pessoas na sociedade da informação não mais são individualizadas pela sua identidade de raça, diante dos horrores causados pela discriminação, segundo uma pretensa identidade de classe, de genes ou raça, como de resto ocorreu por ocasião da Segunda Guerra Mundial, mas sim pela ideia atual de que o ser humano deve ser definido pelo conjunto dos laços que ele tece com o meio ambiente, no contexto do avanço das comunicações, em razão dos recursos técnicos da informática e da cibernética, alterando nossos modos de vida e de trabalho, acostumando-nos a conceber a sociedade como um sistema aberto de comunicações.

O sistema comunicacional, como qualquer sistema, tem a tendência para realizar entropia, para desagregar-se e entrar em colapso caso não haja a atuação reguladora, indicando o caminho do equilíbrio homeostático. Essa ideia de regulação dos sistemas sociais foi recebida da cibernética, com aplicação para outros ramos da experiência científica, tencionando a constituir uma teoria geral da regulação.

E as relações sociais (comunicacionais) de trabalho também tencionam para a entropia e precisam de uma atuação reguladora que deve conduzi-la para a homeostase por meio de três princípios fundamentais: a promoção da informação, a adoção de procedimentos e, decorrendo do último, a convocação das partes para a negociação e o diálogo.

209 Supiot, *Homo juridicus*, p. 154/161.

Alain Supiot faz uma interessante analogia de como a informática mudou o funcionamento das máquinas e pode do mesmo modo mudar o funcionamento das relações sociais e jurídicas. A grande novidade dos computadores em relação às máquinas de calcular radicava na capacidade deles de regularem a si próprios conforme objetivos que lhes eram atribuídos pelo operador externo. A informática deu, assim, origem a uma nova geração de máquinas que são capazes não só de obedecer a comandos, mas também de ajustar em tempo real seu comportamento às mudanças de condições de seu meio ambiente.

A um veículo criado segundo esse princípio, bastaria indicar-lhe um destino e ele se encarregaria de regular sozinho sua velocidade e seu itinerário para encaminhar seus passageiros a ele no melhor tempo, segundo as condições do meio, reduzindo a velocidade quando encontrasse um obstáculo, procurando rotas alternativas quando encontrasse engarrafamentos, enfim, reprogramando-se a partir das informações coletadas no meio, mas sempre tendo o objetivo traçado pelo seu operador, como de resto já ocorre com o sistema de piloto automático na navegação marítima e aérea atuais.

Esse exemplo permite compreender o que distingue a ideia de regulação daquela de regulamentação. E assinala Supiot:

Regulamentar é ditar regras do exterior, ao passo que regular é fazer que se observem as regras necessárias ao funcionamento homeostático de uma organização. Segundo a teoria cibernética, apenas uma regulação adequada, e não uma regulamentação rígida, pode proteger a sociedade da desordem entrópica, ou seja, da 'tendência da natureza para deteriorar o ordenado e para destruir o compreensível.'

Essa crítica da rigidez da regulamentação e esse apelo a uma regulação que permita às organizações se adaptarem sozinhas às variações de seu meio ambiente não foram peculiares à cibernética e às novas tecnologias da informação e da comunicação.²¹⁰

A transposição dos três princípios fundamentais da cibernética para as relações jurídicas, com uma conduta mais regulada e menos regulamentada, se dá com o aumento das obrigações de informação entre as partes, com o dever de transparência e boa-fé, ocasionando no Direito do Trabalho a recep-

²¹⁰ Supiot, *Ibidem*, p. 15/160.

ção do dever constitucional de informação²¹¹; dos deveres anexos de conduta, na aplicação da boa-fé objetiva com as suas obrigações parciais etc. Já na perspectiva do direito processual, a mudança do conceito de contraditório meramente formal para o substancial, garantindo aos litigantes não somente os direitos de ciência e resistência, mas principalmente de influência nas decisões judiciais, o que convoca as partes e o juiz para uma postura mais colaborativa e a tomada de decisões mais fundamentadas, com a análise cuidadosa dos argumentos trazidos pelas partes.

O estabelecimento de procedimentos no Direito indicará a exigência de etapas discursivas procedimentadas para extinção dos contratos de trabalho, com a necessidade de motivações técnicas, disciplinares ou econômicas para dispensa²¹², com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa na aplicação das justas causas, com a instauração de comissões paritárias para resolução das questões atuais de trabalho – como a instalação de mecanismos de vigilância informatizada, definição dos limites para utilização do correio eletrônico, todos eles sem regulação legislativa –, com a necessidade de negociar os impactos negativos das dispensas coletivas antes de efetivá-las etc.

No direito processual, os procedimentos e a negociação proporcionam às partes e ao magistrado, de forma colaborativa, dialogada e sem decisões-surpresa, estabelecerem o calendário processual, definir dinamicamente os ônus probatórios, dispensar a realização de audiências inúteis, fixar questões de fato decisivas ao julgamento de mérito, dispensando a prova oral, e, no limite, moldar livremente o procedimento para emprestar maior adaptabilidade ao direito material em discussão, ao final, tornando o processo mais eficaz.

211 “O Direito do Trabalho, que também conheceu, faz meio século, um aumento potencial de um Direito da informação, evoluiu num sentido mais conforme com os princípios básicos da teoria da comunicação. Longe de promover a apropriação da informação, ele, ao contrário, impôs sua partilha, obrigando o empregador a tornar públicas, ou a difundir junto dos assalariados ou de seus representantes, as informações relativas ao funcionamento da empresa, especialmente quanto a tudo o que se refere às medidas que afetam o emprego.” (Alain Supiot, *op. cit.*, p. 156).

212 A Convenção n. 158 da OIT que veda a rescisão imotivada dos contratos de emprego, foi ratificada pelo Brasil e depois denunciada, mas o procedimento de distrato é objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 1625), contando com maioria de votos no sentido de declarar a inconstitucionalidade do ato de denúncia, ato contínuo determinando que o Congresso Nacional ratifique a denúncia. Caso o Poder Legislativo não ratifique o ato presidencial, haverá reconhecimento da validade das disposições do tratado internacional em nosso sistema jurídico, mas a conclusão do julgamento ainda aguarda alguns votos em pedido de vista.

O ideal utópico seria uma sociedade capaz de regular a si mesma por meio da contratualização das relações sociais, ajustando os comportamentos que os próprios contratantes escolheram adimplir, o que seria transposto para o Direito do Trabalho por meio da exclusividade da negociação coletiva. Na perspectiva dos procedimentos para resolução dos conflitos seriam as próprias partes responsáveis por estabelecer os procedimentos necessários para a solução de suas contendas.

Entretanto, como todo sistema, o sistema comunicacional das relações sociais tende a desagregar-se (entropia), exigindo diretrizes externas para recolocá-lo em posição de equilíbrio. Mas não se deve confundir fixação de diretrizes gerais com a intromissão profunda em toda e qualquer comunicação entre as partes, como ainda ocorre com o Direito do Trabalho nacional e a jurisprudência trabalhista que é deveras intervencionista. Precisamos mais de mecanismos de regulação e fixação de objetivos, deixando as relações em piloto automático, nelas intervindo apenas para corrigir rumos, e menos de intromissões legislativas, executivas e judiciais para regulamentá-las de maneira pormenorizada.

É que o ocorre, por exemplo, no estudo comparativo entre a legislação trabalhista brasileira de 1943 e a portuguesa de 2009. Entre nós, os artigos 456 e 461 da CLT proporcionam a construção do conceito de função, enquanto um feixe determinado e rígido de tarefas, de modo que o empregado está obrigado a realizar apenas e tão-somente as tarefas para as quais foi contratado, não podendo haver alteração durante a execução do contrato, sob pena de o empregador ter de pagar diferenças salariais devido ao desvio de função, acúmulo de função ou equiparação salarial, chegando ao ponto do Poder Executivo brasileiro criar o código brasileiro de ocupações para descrever cada função possível e as suas tarefas correlatas.²¹³ Na prática, uma empregada contratada como secretária de um profissional liberal não pode buscar e servir o café na ocasião em que o seu superior estivesse recebendo um cliente para reunião e ela não estivesse ocupada com outras tarefas, por estar fora do seu feixe rígido de atribuições.²¹⁴

213 Portaria n. 397 de 2002 do Ministério do Trabalho e Emprego.

214 “Assessoram os executivos no desempenho de suas funções, atendendo pessoas (cliente externo e interno), gerenciando informações, elaboram documentos, controlam correspondência física e eletrônica, prestam serviços em idioma estrangeiro, organizam eventos e viagens, supervisionam equipes de trabalho, gerem suprimentos, arquivam documentos físicos e eletrônicos auxiliando na execução de suas tarefas administrativas e em reuniões.” (Item 2523 do Código Brasileiro de Ocupações).

Já no ordenamento jurídico luso, menos regulamentado e mais regulado, o tema da definição da função e a sua alteração está assentado nas premissas de polivalência, adaptabilidade e mobilidade profissional, resguardando a vedação de redução salarial e rebaixamento hierárquico, bem como permitindo que as normas coletivas possam disciplinar de maneira diversa e a critérios das partes, conforme os artigos 118²¹⁵ e 120²¹⁶ do Código do Trabalho português.

Pedro Romano Martinez anota que não é aceitável que uma empresa, tendo em conta a tecnologia existente, numa dada altura, se celebrou contratos de trabalho que pressupunham o exercício de determinadas funções, que se tornaram obsoletas em função do avanço da tecnologia, não possa adaptar as atividades a novas situações, procedendo a uma reestruturação operacional. Comentando os artigos 118 e 120 do Código do Trabalho, esclarece que em caso de reestruturação empresarial, cabe ao empregador proceder às necessárias adaptações da categoria de prestadores, atribuindo funções adequadas às aptidões e qualificação profissional do trabalhador. Além disso, há que atender à chamada mobilidade profissional, que faculta à empresa exigir o cumprimento

215 Artigo 118. Funções desempenhadas pelo trabalhador. 1 – O trabalhador deve, em princípio, exercer funções correspondentes à actividade para que se encontra contratado, devendo o empregador atribuir-lhe, no âmbito da referida actividade, as funções mais adequadas às suas aptidões e qualificação profissional. 2 – A actividade contratada, ainda que determinada por remissão para categoria profissional de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou regulamento interno de empresa, compreende as funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, para as quais o trabalhador tenha qualificação adequada e que não impliquem desvalorização profissional. 3 – Para efeitos do número anterior e sem prejuízo do disposto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, consideram-se afins ou funcionalmente ligadas, designadamente, as funções compreendidas no mesmo grupo ou carreira profissional. 4 – Sempre que o exercício de funções acessórias exigir especial qualificação, o trabalhador tem direito a formação profissional não inferior a dez horas anuais. 5 – Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no número anterior.

216 Artigo 120. Mobilidade funcional. 1 – O empregador pode, quando o interesse da empresa o exija, encarregar o trabalhador de exercer temporariamente funções não compreendidas na actividade contratada, desde que tal não implique modificação substancial da posição do trabalhador. 2 – As partes podem alargar ou restringir a faculdade conferida no número anterior, mediante acordo que caduca ao fim de dois anos se não tiver sido aplicado. 3 – A ordem de alteração deve ser justificada, mencionando se for caso disso o acordo a que se refere o número anterior, e indicar a duração previsível da mesma, que não deve ultrapassar dois anos. 4 – O disposto no nº 1 não pode implicar diminuição da retribuição, tendo o trabalhador direito às condições de trabalho mais favoráveis que sejam inerentes às funções exercidas. 5 – Salvo disposição em contrário, o trabalhador não adquire a categoria correspondente às funções temporariamente exercidas. 6 – O disposto nos números anteriores pode ser afastado por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho. 7 – Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto nos nº 1, 3 ou 4.

de tarefas afins ou funcionalmente ligadas à atividade contratada²¹⁷, acenando para a passagem da modernidade para a pós-modernidade, que aludimos no primeiro capítulo, em que as relações deixaram de ser rígidas e estáticas, passando a ser mais flexíveis e adaptáveis ao seu meio.

Luis Cláudio Martins de Araújo, por outra perspectiva, também trás novos argumentos para defender a necessidade de uma postura mais reguladora e menos intervencionista do Estado nas relações sociais, inclusive porque na sociedade atual, hipercomplexa e tolerante, a adoção de posições legislativas universalizantes tende a tratar de forma uniforme pessoas e situações jurídicas que se encontram em situações fáticas totalmente diferentes.

Recordemos o exemplo da jurisprudência trabalhista que trata os direitos como indisponíveis, irrenunciáveis e inegociáveis individualmente²¹⁸, com ares de princípios absolutos, sem atentar às circunstâncias concretas e realizar um juízo de ponderação com a liberdade efetiva e a capacidade de autodeterminação.

Martins de Araújo conclui que:

Logo, no contexto de uma sociedade bem ordenada, marcada pelo desacordo razoável e pelo pluralismo, o Estado não se deve posicionar favoravelmente a qualquer cosmovisão específica, mas sim deve ser limitado a garantir certos direitos e condições que permitam a todos os cidadãos perseguir seus planos de vida própria, visto que seria arbitrário impor certas concepções específicas de direitos a outros cidadãos, a menos que seja empregado um procedimento que goza de legitimidade e possa ser aceito por aqueles afetados pela decisão.²¹⁹

Alain Supiot esclarece que essas novas formas de regulação do Direito e das relações de trabalho não significam de modo algum, na prática, uma volta ao Estado mínimo e um abandono puro e simples das relações sociais à esfera privada. Definitivamente, não é disso que se trata. Traduzem-se mais por uma política de “governo por objetivos” cuja eficácia depende do estímulo e da qua-

217 Martinez, *Direito do Trabalho*, p. 409.

218 “É relevante frisar: esse princípio tem por fim proteger o trabalhador não apenas perante o empregador, mas também com relação a si mesmo. Ou seja, o trabalhador, repita-se, não pode se despojar, ainda que por livre vontade, dos direitos que a lei lhe assegura.” (TST – SDBDI – E-RR - 1454/2005-103-03-40 – Rel.^a Min.^a Maria Cristina Peduzzi – DJ 29.02.2008).

219 Araújo, *Supremacia ou diálogos judiciais*, p. 15.

lidade das comunicações entre os poderes públicos, incluindo em posição de destaque o Poder Judiciário, os grupos, o patronato e os entes sindicais.²²⁰

Demonstração clara dessa mudança de opção do regulamentado pelo regulado em sede de direito coletivo se deu com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 que introduziu no artigo 114 da Constituição a necessidade de “comum acordo” para que as partes da negociação coletiva possam ajuizar um dissídio coletivo na Justiça do Trabalho para que esta fixe condições de trabalho (sentença normativa).

A opção constituinte parece-nos absolutamente clara no sentido de que são as partes que devem esgotar todas as tentativas de negociação coletiva, com o sindicato obreiro deliberando livremente sobre o exercício do direito de greve, incumbindo ao Judiciário apenas a tarefa de mediar esse conflito, aproximando as partes para um acordo e vedando as condutas antissindicais pelas empresas ou o abuso do exercício do direito de greve pelo sindicato dos trabalhadores.

Durante a aprovação da Emenda 45/2004 houve intensa discussão no Congresso Nacional acerca da conveniência da manutenção do requisito do “comum acordo” no texto do artigo 114, tendo a posição a favor de sua manutenção logrado maioria. Os legisladores estavam conscientes dos efeitos processuais da alteração e sinalizaram pela necessidade de impor estímulos legais para que as próprias partes dialogassem, inclusive com a greve, e resolvessem autonomamente o conflito.

O Deputado Federal Ricardo Berzoini (PT/SP), líder do Partido, votou e fundamentou a opção partidária nos seguintes termos:

Sr. Presidente, quero esclarecer que uma das teses mais caras ao Partido dos Trabalhadores é a luta contra o poder normativo da Justiça do Trabalho. Acreditamos que a negociação coletiva se constrói pela vontade das partes. Ou seja, se não tivermos no processo de negociação a garantia da exaustão dos argumentos, da busca do conflito e da sua negociação, vai acontecer o que vemos em muitos movimentos hoje, particularmente em São Paulo, como o recente caso dos metroviários, em que a empresa recorre ao poder normativo antes de esgotada a capacidade de negociação. Portanto, na nossa avaliação, manter a expressão ‘de comum acordo’ é uma forma de garantir que haja exaustão do processo de negociação coletiva. O Partido dos Trabalhadores vota pela manutenção da expressão,

220 Ibidem, p. 161.

combatendo o poder normativo da Justiça do Trabalho, que hoje é um elemento de obstáculo à livre negociação coletiva.

Em último caso, esgotadas as possibilidades de negociação voluntária, arbitragem ou mediação judicial é que o magistrado poderá criar as normas coletivas que servirão de padrões de condutas a serem impostas às partes.

E o Tribunal Superior do Trabalho compreendeu o papel de regulador²²¹, inobstante a posição reacionária de parte da doutrina²²², que dava uma interpretação enviesada e ideologicamente comprometida para superar a exigência do “comum acordo” para conhecimento e julgamento dos dissídios coletivos.

A regulação das relações jurídicas a partir de critérios gerais, deixando às partes um maior espaço de liberdade para ajustar-se conforme as circunstâncias da relação fática concreta, exige no campo processual mecanismos também flexíveis e mais adequados, com a adoção cada vez maior da mediação como mecanismo de solução dos conflitos, visto que ela atende mais aos valores individuais das partes e se projeta com soluções dinâmicas e para o futuro.

Ernesto Grün, partícipe da mediação como método adequado de solução dos conflitos na sociedade pós-industrial, assinala que a solução da disputa pela mediação nasce da confrontação e harmonização dos valores e necessidades dos atores específicos, não da imposição dos valores sustentados pelo juiz que,

221 “DISSÍDIO COLETIVO. COMUM ACORDO. NÃO CONCORDÂNCIA DO SUSCITADO. JURISPRUDÊNCIA DO TST. EXTINÇÃO. O comum acordo, pressuposto específico para o ajuizamento do dissídio coletivo, exigência trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao art. 114, § 2º, da CF, embora de modo ideal devesse ser materializado sob a forma de petição conjunta da representação, é interpretado de maneira mais flexível pela Justiça do Trabalho, no sentido de se admitir a concordância tácita na instauração da instância, desde que não haja a oposição expressa do suscitado, na contestação. No presente caso, verifica-se que, na primeira audiência de conciliação, o Sindicato suscitado, apresentando a sua defesa, mostrou-se contrário à instauração do dissídio coletivo, reiterando em diversas ocasiões seguintes o seu posicionamento. O entendimento desta Corte, portanto, é o de que, ao alegar a ausência de comum acordo como causa extintiva do feito, o suscitado evidenciou de forma inexorável seu inconformismo com a instauração unilateral da instância, não cabendo a esta Justiça Especializada o exercício espontâneo e abusivo da jurisdição contra a vontade manifesta das partes de se oporem ao ajuizamento do dissídio coletivo, respaldada na Constituição Federal. Assim, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a decisão regional que extinguiu o feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC. Recurso ordinário não provido.” (TST – SDC – Processo RODC n. 0082300-35.2008.5.03.0000 – Relatora Ministra Dora Maria da Costa – DEJT 30.04.2010).

222 Castilho, A reforma do Poder Judiciário, p. 31/32.

dada a situação de complexidade e multiculturalismo, cada vez menos pode ser fiel reflexo dos valores da sociedade que representa.²²³

Enquanto o estabelecimento de balizas regulatórias é o caminho para o direito material da pós-modernidade, é preciso também realizarmos uma revisão dos mecanismos processuais de solução dos conflitos, para que migrem da perspectiva unilateral, hierarquizada e impositiva do sistema de justiça monopolizado para um modelo mais democrático e dialógico, com possibilidades novas alternativas, mesmo com atuação do juiz.

Silvio Lerer observou que a pressão dos acontecimentos econômicos, sociais e políticos dos últimos tempos determinou a evolução dos sistemas de regulação social, que foram se alterando, e atualmente estamos vivendo uma era de profunda mutação desses sistemas. Encontramos-nos assistindo a uma etapa de mudanças que não se limitam a por em foco a crise do processo judicial, mas que abarca todas as estruturas tradicionais de solução dos conflitos. Essa situação de crise está dando lugar a criação de novos espaços de regulação e novas instituições intermediárias entre o Estado e os cidadãos. Estes foros alternativos não vieram somente responder à disfuncionalidade do sistema judiciário, mas, principalmente, propor outro modelo de regulação dos conflitos, fundado na descentralização, na desprofissionalização e na deslegalização. Esta ideia atual de mediação se sustenta tanto na diversificação como na complexidade da vida social que favorece ao desenvolvimento de modos descentralizados de regulação das disputas que permitem aos cidadãos reconquistar para si a gestão de seus próprios interesses e conflitos.²²⁴

Um exemplo claro da emergência das novas formas não-estatais de resolução dos conflitos é a chamada *Lex mercatoria*, ou seja, a celebração entre as empresas multinacionais de contratos comerciais que não se submetem ao direito interno ou mesmo ao internacional privado, mas decorre de ajuste dialogado pelas partes que criam os próprios direitos e obrigações, cujos dissídios serão resolvidos pela mediação ou arbitragem internacional, tendo as mesmas partes ressalvado nos contratos que, no limite, a execução das decisões mediadas ou arbitrais seriam objeto de execução perante os tribunais locais, conforme a eleição de foro.

223 Grün, *Una visión sistémica e cibernética del derecho*, p. 127.

224 Lerer, *El marco de referencia de la mediación*, *passim*.

Alfredo Fernández Vicente defende a recepção das várias modalidades alternativas de solução dos conflitos na atual sociedade, na medida em que a visão reducionista, normativista, representando o direito como ordem preestabelecida, posta pela autoridade política e imposta mediante coação ou a ameaça dela pelo sistema judiciário, simboliza um modelo repressivo que não mais atende aos reclames da sociedade atual.²²⁵

O ideal seria partirmos da consideração do caso, quando as normas são meros modelos ou critérios para a decisão dos conflitos a ser tomada pelas próprias partes, invertendo-se o esquema hierárquico, de modo que os casos estariam no centro da preocupação, privilegiando o usuário do sistema judicial e não o legislador. A inversão do raciocínio jurídico também aponta para uma compreensão integrativa do caso, compreensiva não somente dos aspectos normativos, mas também dos níveis fáticos e valorativos, para poder migrar do modo de aparição autoritário e repressivo do direito tradicional para uma atividade criativa de fazer justiça como experiência compartilhada entre todos os atores sociais.

Utilizando de uma alegoria do usuário do sistema de justiça enquanto um paciente, o professor platino defende que a intervenção judicial por meio da decisão somente seria tomada nos casos em que a controvérsia jurídica estivesse centrada no dissenso insolúvel, no conflito de interesses denotando a divergência, mesmo após o esclarecimento dialogado das partes, quando a cirurgia seria inevitável. Em muitos casos, frente ao consenso, sem prejuízo de existir uma contraposição de interesses, as partes cooperam para alcançar o objeto desejado ou compartilhá-lo. No caso da indispensabilidade da decisão judicial, será preciso decidir o conflito, mas no segundo se tratará de regular um consenso, ou seja, o caso jurídico não é necessariamente conflitivo em sentido estrito.

Mas para que as modalidades procedimentais de regulação jurídica sejam adequadamente aproveitadas no Direito do Trabalho brasileiro, calha a advertência de Ernesto Grün de que o pressuposto central da mediação é a autoterminação, garantindo-se às partes dissidentes a capacidade informada para a negociação, a salvo de coerções. Acrescenta o jurista que:

El peligro de trasponer un modelo de mediación basado en este valor, sin examen adecuado de las circunstancias culturales locais, podría llegar a producir mediaciones donde se ofrezca un pseudorespeto a la autode-

225 Vicente, *Consideración sistémica del caso jurídico*, p. 41/42.

terminación de las partes. Una cultura autorit aria supondría, sin mayor preocupación por el valor de la autodeterminación, que el mediador puede o debe arrogarse la posibilidad de decidir por las partes o permitirse ofrecer consejo profesional.²²⁶

Em rela o do Direito do Trabalho, no qual as vozes clássicas defendem a indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores, de modo a afastar a possibilidade da arbitragem e da media o extrajudicial, há espaço para avançar, inclusive para esta maioria, adotando um modelo de media o judicial, conduzida pelo magistrado trabalhista no sentido de regular o consenso entre as partes não somente em busca da soluço de direito material, mas, quando esta não for possível, transpondo a media o para o campo processual, com o estabelecimento cooperativo dos ônus, dos fatos controvertidos e do procedimento de uma forma geral, quando as decisões seriam mais legítimas e, com isso, mais facilmente aceitáveis pelas partes, evitando recursos indesejáveis e meramente protelatórios.

Também deriva da ideia de soluço mediada e construída pelas partes, a maior aceita o pelo juiz trabalhista dos procedimentos de jurisdi o voluntária, de homologa es de transa es extrajudiciais, ajuste de cláusulas contratuais mais flexíveis, submissão pré-contratual dos ajustes, que atenderia tanto ao paradigma pós-moderno de tolerância e diálogo, como haveria supervisão (*rectius*: prote o) judicial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, evitando-se a manifesta o de vontade viciada pelo hipossuficiente daquela rela o jurídica contratual.

A convoca o das partes litigantes, no exercício do contraditório material e cooperativo, para ajustar com o magistrado a decisão do seu próprio conflito, nos remete ao tema da necessidade de se abrir os limites da interpreta o jurídica, principalmente dos direitos fundamentais aplicáveis nas rela es de trabalho.

226 Grün, *Una visión sist mica y cibernética del derecho*, p. 136.

3.5. Interpretação pluralista e procedimental dos direitos fundamentais

Já tivemos ocasião de reconhecer, ao longo do itinerário seguido pelos capítulos anteriores, que a sociedade mundial atual é extremamente multicultural, complexa, tolerante e imediatista, traços que repercutiram no Direito pós-moderno e na ciência jurídica pensada atualmente para melhor apreender o seu objeto, com a admissão de uma pluralidade de fontes normativas, uma atuação mais regulatória do Estado, um processo mais flexível e cooperativo, uma atuação democrática mais participativa dos cidadãos, um sistema judicial mais descentralizado, uma ciência jurídica mais elástica e pensada com os mecanismos da informática, entre outras significativas mudanças em relação ao paradigma anterior.

Todas as premissas conduzem-nos também a necessidade de revisarmos os métodos de interpretação dos direitos, notadamente uma ampliação dos sujeitos legitimados para fazê-lo, principalmente quanto aos direitos fundamentais, bem como novos instrumentos de legitimação das decisões judiciais quando do exercício da jurisdição constitucional e aplicação de direitos fundamentais aos casos difíceis.

Deve-se também rever o rol restrito dos interpretes autorizados dos direitos fundamentais, porque os princípios que fomentam direitos fundamentais estão quase que exclusivamente positivados na Constituição e nos tratados internacionais, cujos veículos representam a intersecção entre o político, o jurídico e o filosófico. Uma interpretação realizada apenas pelos magistrados das cúpulas, como ainda ocorre atualmente com os tribunais brasileiros, desconsidera outras posições epistemológicas que são muito enriquecedoras, como os representantes políticos, os magistrados de instâncias ordinárias, os professores e os filósofos, apenas para falar de alguns.

É preciso, então, que os direitos fundamentais sejam reinterpretados e seus sentidos reconstruídos a partir da nova democracia participativa e dialogada, com a relevância dos diferentes pontos de vistas, no mais das vezes contraditórios, dando voz aos setores da nossa sociedade multicultural, postura que reclama a criação de novos mecanismos de participação processual que permitam o acesso das pessoas, dos grupos e dos entes estatais na atividade interpretativa, não só nos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, mas principalmente na primeira instância.

3.5.1. *A sociedade aberta dos interpretes da Constituição de Peter Häberle*

O alemão Peter Häberle publicou a sua tese sobre a nova hermenêutica constitucional no ano de 1975, por meio da qual defendeu a necessidade de uma mudança na forma de interpretação da Constituição alemã, abandonando o método clássico em que apenas os juízes constitucionais, por intermédio de procedimentos formais, realizavam a interpretação da Lei Fundamental para uma moderna forma que considere os diversos atores sociais, enquanto integrantes da sociedade plural, e, por isso, também legítimos interpretes das disposições constitucionais. Por uma perspectiva processual também é necessário aparelhar a jurisdição constitucional com mecanismos que possibilitem a participação dialogada dos diversos legitimados da sociedade, pois “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”²²⁷

Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, atingindo a todos, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Contemporaneamente, elas devem integrá-las ativamente enquanto sujeitos de direito.

Partindo do pressuposto que as normas jurídicas constitucionais são o resultado da interpretação dos textos, cujo interprete não apenas revela os sentidos dos textos, mas na verdade os constrói, segue que a cidadania deve ser convocada a construir o sentido dos direitos fundamentais, uma vez que a Constituição deve ser o espelho da publicidade e da realidade social.

A ampliação do rol de legitimados a participar dos debates constitucionais a respeito da interpretação dos direitos fundamentais estaria intimamente ligada com uma democracia mais participativa e menos representativa, na medida em que os direitos fundamentais, em perspectiva material, são aquilo que todos os integrantes da sociedade vivenciam em seu dia-a-dia, por isso a sua legitimidade para integrar o procedimento jurisdicional democrático de definição e extensão dos direitos.

No Estado constitucional-democrático, a Ciência do Direito, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos sociais em geral não dispõem de legi-

227 Häberle, *Hermenêutica constitucional*, p. 13.

timação para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais, até o ultimo interprete formalmente competente, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais.²²⁸

E acrescenta o autor homenageado:

O povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.²²⁹

Além dos intérpretes da sociedade fechada (juízes constitucionais), faz parte da sociedade aberta os legitimados que podem ser agrupados em quatro grandes categorias. A primeira é formada pelos agentes do Estado, como o próprio juiz constitucional que profere voto vencido nas decisões da Corte Constitucional, cuja fundamentação balizará a compreensão do alcance da decisão; os juízes infraconstitucionais, que ao enfrentar nos processos subjetivos, individuais e coletivos, questões relacionadas aos direitos fundamentais, acabam balizando a jurisprudência ordinária, a qual emite critérios que influenciam a Corte Suprema; os legisladores, ao propor, discutir e aprovar a legislação infraconstitucional, inclusive também na atividade constituinte reformadora derivada, cuja atuação ajudará a estabelecer os limites dos direitos constitucionais; e os integrantes do Poder Executivo, que tanto em sua atividade legislativa delegada ou regulamentar, quanto na emissão de atos administrativos típicos, interpretam e delimitam os direitos fundamentais nos casos concretos.

O segundo grupo, integrado pelos particulares, é composto pelas partes da ação constitucional, que com suas argumentações influenciam e condicionam a decisão do Tribunal; os terceiros juridicamente interessados que passam a integrar a relação jurídica processual; os pareceristas, peritos e *experts* que

²²⁸ Ibidem, p. 36.

²²⁹ Ibidem, p. 37.

atuam nas ações, trazendo fundamentos técnicos; os participantes das audiências públicas que trazem diversos pontos de vista a respeito da questão tratada no processo; e a sociedade civil organizada, por intermédio dos grupos sociais formalmente representados, como as associações civis, que integram o julgamento da ação, emitindo opiniões e trazendo novas luzes para conhecimento da matéria.

O terceiro grupo é composto pela opinião pública, democrática e plural, notadamente a imprensa, a igreja, as representações religiosas e a comunidade em geral.

O quarto e último grupo é formado pelos professores, os quais doutrinam academicamente a respeito do conceito e alcance dos direitos fundamentais, cujas opiniões abalizadas, se não vinculam as decisões constitucionais, exercem grande influência e criam um situação de constrangimento epistemológico sobre os juízes.

Durante o processo de tomada de decisão, o Judiciário deve controlar democraticamente a participação dos interpretes da sociedade aberta, bem como levar em conta os interesses dos grupos não representados naquele debate. As opiniões plurais e não afeitas à técnica jurídica serão consideradas por intermédio dos princípios e dos métodos de interpretação constitucional enquanto filtros sobre os quais a força normatizadora da publicidade atua e ganha conformação. Esses métodos e princípios canalizam e disciplinam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo decisório. As influências plurais evitam o livre arbítrio do juiz, compatibilizando independência judicial com legitimidade da decisão.

A partir da participação aberta, o processo de interpretação constitucional é infinito, sendo o juiz constitucional apenas um mediador, devendo a decisão final mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças posteriores, por meio alternativas racionais.

A democracia da jurisdição desenvolve-se mediante a controvérsia sobre as alternativas, sobre as possibilidades e sobre as necessidades da realidade, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente ou opinião definitiva emitida por um grupo fechado e formal.

A unidade da Constituição surge da conjugação do processo dialogado e das funções dos diferentes intérpretes, na medida em que o consenso é resultado de conflitos e compromissos.

E mais legítimas são as decisões quanto maiores forem os mecanismos processuais de participação da sociedade aberta. É por isso que o direito processual deve ser visto enquanto direito de participação democrática dos atores sociais para a tomada das decisões judiciais constitucionais.

Se por um lado a legitimidade amplia com a participação social, que está longe de ser organizada ou disciplinada, garantindo sua abertura e espontaneidade, de outro deve haver uma relativização da interpretação estritamente técnica-jurídica dos direitos fundamentais, pois os magistrados não mais interpretam isoladamente, mas conjuntamente com toda a esfera pública pluralista e com força normatizadora.

Uma sociedade é livre e aberta na medida em que se amplia o círculo dos interpretes da Constituição em sentido lato. É democrática quando há uma ótima conformação das normas constitucionais pelo legislador, resultado de um processo político também aberto, “diversionista”, inclusivo, decorrente da ampla comunicação de todos para com todos. Ao final, também por meio da interpretação dialogada e aberta, incumbiria ao Poder Judiciário apenas refinar o sentido das normas.

3.5.2. A legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann

O sociólogo alemão Niklas Luhmann escolheu o Direito como objeto de pesquisa de boa parte das suas publicações sociológicas, sempre utilizando como premissa metódica a ideia da teoria dos sistemas sociais autopoieticos. Uma das suas publicações mais relevantes para a temática que nos ocupa nessa parte do trabalho, que é a interpretação pluralista e procedimental dos direitos fundamentais, trouxe novas luzes na justificação e legitimação das decisões judiciais em ambientes sociais complexos, cujos parâmetros de aferição do acerto das decisões não mais está na comparação silogística com padrões legislativamente pré-estabelecidos.

No prefácio da sua monografia sobre a legitimação pelo procedimento, o autor antecipa as ideias mestras da sua tese ao anotar que o pensamento atual sobre o direito, o estado e a sociedade europeia da década de 1960 vai se liberando da antiga tradição e reconhecendo que procedimentos legalmente organizados podem contribuir ou mesmo levar à legitimação de opções obrigatórias do ponto de vista jurídico. Essa tese foi formulada para substituir o

antigo modelo europeu numa ordem hierárquica de fontes e matérias jurídicas, deixando entrever mais sinceridade para o estabelecimento de decisões, maior elasticidade e adaptabilidade do direito, gerando um potencial mais elevado para transformações estruturais da sociedade.

Tal como a categoria do contrato para o âmbito das relações sociais, a categoria do procedimento para o âmbito dos atos estatais parece apresentar aquela fórmula mágica que combina a mais alta medida de segurança e liberdade que se pode praticar concretamente.²³⁰

O professor define legitimidade como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não totalmente definido, dentro de certos limites de tolerância. E, em uma sociedade cada vez mais complexa, torna-se, na esteira, mais difícil conseguir encontrar decisões estatais que sejam, ao mesmo tempo, objeto de consenso e coação. A crescente complexidade da sociedade no decurso do progresso civilizatório aumenta os problemas pedindo solução e, assim, tem-se de buscar alternativas às formas clássicas de obtenção de acordo espontâneo e confirmação do que é exato.

Em face da variabilidade do sistema social da comunidade, a legitimação do poder político já não pode ceder a uma moral apresentada de forma natural, antes tem de ser aprofundada no próprio sistema político. Torna-se, assim, legítimo um poder que aceita ou que até institui o seu próprio processo de legitimação, que se daria com o estabelecimento de procedimentos.

A instituição de procedimentos para legitimar as decisões satisfatórias, que não são unívocas, substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas fundados na teologia ou na razão e os métodos totalitários de estabelecimento do consenso. Os procedimentos trazem a vantagem de encontrar um reconhecimento generalizado que arrasta consigo a aceitação e a consideração das decisões obrigatórias.

O autor faz uma importante distinção entre procedimento, na perspectiva sociológica da tomada de decisão, e os processos judiciais, ao menos da forma em que estes foram estruturados classicamente, para avançar na diferenciação de que a instituição de ritos processuais, com uma sequência fixa de ações determinadas e reconhecendo que uma única ação estaria certa em cada fase, com as ações de tal forma concatenadas, presta-se apenas à garantia de segurança jurídica e não, necessariamente, de legitimidade das decisões. Isso porque

230 Luhmann, Legitimação pelo procedimento, p. 7.

a legitimidade guarda maior relação com a aceitação da decisão em si, com o seu resultado, e não apenas sobre o compartilhamento das premissas para início do processo. Mas o ataque à rigidez do processo judicial não significa que não se devam ter normas jurídicas gerais que sejam aptas para reduzir a complexidade do sistema comunicacional que se estabelece num procedimento judiciário.

Bem por isso que os procedimentos pressupõe sempre uma organização básica, para garantir a sua sobrevivência a partir de determinadas regras de comportamento. Dentro desse quadro, porém, as partes possuem uma “autonomia para a organização duma história própria e é através desta história do processo jurídico que reduzem ainda mais a complexidade que lhes é atribuída.”²³¹

Os participantes do processo jurídico devem cooperar na determinação da sua história, daí terem de se pôr de acordo quanto a um ritmo comum que seja sincronizado, razoável e adequado, quando atuaria o juiz para evitar interações que ocorrem muito depressa ou devagar. As partes precisam de tempo para refletir sobre o próximo passo a dar. A racionalidade e a aceitação da decisão final pelas partes também decorre do tempo razoável que se lhes proporcione para refletir sobre o próximo passo a dar no curso do procedimento, pois assim elas conseguem prever no intervalo as consequências da sua atuação, possibilitando orientar-se para os resultados prováveis.

O estabelecimento do procedimento consegue fundir cooperação e conflito, na exata medida em que o processo consiga induzir através do próprio sistema específico a uma cooperação justificativa na causa, convocando as partes ao mesmo tempo em que permite resolver os conflitos sob a ideologia duma procura coletiva da verdade.

3.5.3. A solução processual dialogada e procedimentada de Willis Santiago Guerra Filho

Willis Santiago Guerra Filho foi o primeiro que, entre nós, ocupou-se de desenvolver uma filosofia do direito processual, enquanto uma divisão dentro da filosofia do direito, em cuja disciplina específica pretendeu tratar do direito e da teoria da constituição em sentido procedimental.²³²

231 Ibidem, p. 41.

232 “Já a filosofia do processo se voltaria para o esclarecimento de questões como aquela da legitimação do poder por meio dos procedimentos decisórios, examinaria valores subjacentes ao modo como se

As constituições atuais não mais cumprem apenas a tarefa de balizar o retraimento do Estado diante da sociedade civil, como nos primórdios do moderno constitucionalismo, para respeitar direitos fundamentais (direitos de defesa), mas principalmente têm a função de guiar a atividade estatal e social, a fim de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece, o que é feito tanto por meio de regras jurídicas, como por intermédio de princípios jurídicos, ambos dispostos no texto das constituições.

Enquanto as regras jurídicas descrevem um fato específico, prescrevem condutas e impõe as sanções respectivas, reclamando um mecanismo mais simples e formal de aplicação (subsunção), a aplicação dos princípios jurídicos requer um esforço muito maior, na medida em que não se referem eles à fatos delimitados e à consequências jurídicas específicas, mas indicam uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser considerada quando da apreciação de uma multiplicidade de fatos. Da distinção decorre que para a aplicação de princípios em um ambiente metodológico pós-positivista, há maior necessidade de haver o estabelecimento de um procedimento para que se comprove os valores sob os quais eles devem incidir, construindo uma solução democrática e procedimentada. Bem por isso que o autor referenciado conclui que:

Os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o Direito em vigor, caso ele não contenha uma regra que a refira ou que a discipline suficientemente. A aplicação desses princípios, contudo, envolve um esforço muito maior do que a aplicação de regras, onde uma vez verificada a identidade do fato ocorrido com aquele previsto por alguma delas, não resta mais o que fazer, para se saber do tratamento que lhe é dispensado pelo direito. (...) A necessidade de se ter um procedimento torna-se ainda mais aguda quando se trata da aplicação de princípios, pois aí a discussão gira menos em

estruturam esses procedimentos, ou, ainda, a questão da finalidade a ser atendida com o recurso à regulamentação de formas processuais para tomar decisões vinculativas, isto é, a função do processo na ordem jurídica e social. Integraria ainda o *corpus* teórico da filosofia do direito processual estudos de caráter epistemológico, dedicados a refletir sobre a metodologia e hermenêutica específicas de sua intelecção, cuja possibilidade se deduz da distinção ontológica do direito material." (Guerra Filho, Teoria processual da constituição, p. 47).

torno de fatos do que de valores, o que requer um cuidado muito maior para se chegar a uma decisão fundamentada objetivamente.

Em sendo assim, é de se esperar, na medida em que aumenta a frequência com que se recorre a princípios para solução de problemas jurídicos, o crescimento também da importância daquele ramo do Direito ocupado em disciplinar os procedimentos, sem os quais não se chega a um resultado aceitável, ao utilizar um meio tão pouco preciso e vago de ordenação da conduta, como são os princípios.²³³

Reconhecida a eficácia normativa dos princípios jurídicos constitucionais, um segundo passo é reconhecer que eles tanto se aplicam ao direito material quanto ao direito processual, naquilo em que se convencionou chamar de direito processual constitucionalizado ou de constitucionalização do direito processual. A contribuição de nosso autor vai além, ao reconhecer a estreita implicação entre Constituição e processo, quando este se torna um instrumento indispensável de realização daquela e, por corolário, de todo o ordenamento jurídico, que nela se fundamenta e a partir dela se projeta. Há, assim, além do movimento de materialização constitucional do direito processual, uma procedimentalização do direito material constitucionalizado, na medida que o processo é o meio indispensável para a realização efetiva da Constituição e, no limite, de todo o ordenamento jurídico de direito material.

O sociedade civil moderna vivenciou dois momentos jurídico-políticos bem distintos, sendo no primeiro período a fase de *formalização* do direito, com previsão formal nas primeiras constituições de garantias mínimas de não-intervenção, sendo marcado por uma participação mínima do Poder Judiciário. Com o esgotamento do modelo formal de garantia de direitos, que trouxe pouca evolução na vida social, seguiu-se uma segunda fase de *materialização*, caracterizada pela maior expansão dos direitos fundamentais sociais, garantindo-se direitos subjetivos em face do Estado (direitos à uma prestação), cuja implementação exacerbou o papel do Poder Judiciário e, como consequência, retirou uma parcela da liberdade dos indivíduos, com uma judicialização da política e da sociedade, potencializando a intervenção.

Disso segue que nas constituições da era pós-industrial, nas quais há garantias de direitos de liberdade, sociais, políticos e da coletividade, fatalmente

233 Guerra Filho, Teoria processual da constituição, p. 9/10.

aparecerá uma tensão entre aqueles direitos fundamentais tradicionais de proteção de uma esfera da liberdade civil dos cidadãos, e, por outro lado, os direitos previstos para garantir a concretização de objetivos sociais da coletividade. “A decisão sobre qual dos dois haverá de prevalecer não é possível ser tomada antes de verificadas as situações em que se conflitam, do que decorre a inadequação de normas gerais e abstratas para regulá-las.”²³⁴

A solução possível, o “caminho do meio”, segundo Willis Santiago Guerra Filho, ao dialogar com as teorias sociais de Luhmann e Habermas, é a de que nas sociedades complexas da pós-modernidade, as soluções dos problemas jurídicos para os casos difíceis não mais se encontram previstas antecipadamente nas leis, mas somente aparecem pragmaticamente quando se procura colocar as opiniões dissidentes em comunicação, partindo de um consenso em torno da possibilidade de se chegar a um entendimento mútuo²³⁵. E o diálogo das opiniões divergentes ocorre por intermédio de um procedimento que “permita a mais ampla participação, com a integração do maior número possível de pontos de vista sobre a questão a ser decidida, havendo ainda de se prever a possibilidade de a decisão tornar-se, a um só tempo, vinculante para os casos futuros semelhantes e passível de ser modificada, diante da experiência adquirida em sua aplicação.”²³⁶, decorrendo da adoção desse procedimento a maior aceitação do decidido por parte daqueles que participaram democraticamente do processo de tomada de decisão, legitimando-a.

As decisões dialogadas e procedimentadas conseguem, a um só tempo, harmonizar as exigências de justiça, próprias do modelo jusnaturalista, quanto de racionalidade e previsibilidade, fundamentos do positivismo jurídico. O procedimento torna-se o principal mecanismo de afirmação concreta dos direitos fundamentais.

234 Guerra Filho, Teoria processual da constituição, p. 50.

235 “O que se deseja enfatizar aqui é a circunstância de que na pós-modernidade dá-se uma pluralidade de descrições da realidade social igualmente válidas. Em decorrência disso, também as prescrições feitas com base em tais descrições são plúrimas. O ideal, então, é tentar combiná-las, a fim de obtermos soluções mais adequadas, porque mais abrangentes, para problemas sociais.” (Guerra Filho, A filosofia do direito, p. 101).

236 Guerra Filho, A filosofia do direito, p. 80.

3.5.4. O direito enquanto sistema autopoietico de normas jurídicas

Um sistema é uma porção organizada do mundo, composta de elementos estruturados entre si, que mantém certo nível de coerência e autonomia frente às influências do meio, também mantendo a sua identidade apesar das mudanças que se produzem internamente. Os sistemas também possuem forma e estrutura que correspondem às interconexões internas entre seus elementos e externa com outros sistemas ou com o ambiente. Além da estrutura (estática), os sistemas cumprem funções (dinâmica), razão pela qual tendem a adaptar-se às influências do meio, buscando o equilíbrio, para continuar cumprindo a sua função.

O direito positivo, espaço-temporal delimitado, atende os requisitos acima e compõe um sistema, da mesma forma que a ciência do direito, metalinguagem descritiva da linguagem normativa enquanto seu objeto. O pensamento sistêmico é o paradigma científico mais adequado para responder ao desafio da complexidade da sociedade pós-moderna e as suas diversas ordens normativas.

Alberto Montbrun anota que o emergente pensamento sistêmico implica uma visão distinta do pensamento reducionista da sociedade industrial. A teoria dos sistemas propõe um método que em vez de orientar-se pelas coisas ou os objetos, orienta-se pelas relações, interações e processos entre eles. Montbrun postula que a realidade não se pode dividir ou fragmentar para entendê-la, porque a realidade não está feita apenas de elementos que interagem, mas também de processos em retroalimentação dinâmica e multinível. A realidade, enfim, é percebida como um todo integrado e não como uma descontínua coleção de partes isoladas.²³⁷

Uma das principais características dos sistemas é a sua autonomia em relação ao ambiente, mas não isolamento, de modo que podemos falar em sistemas abertos (alopoiéticos), os quais possuem *inputs* e *outputs* para o constante fluxo de matéria, energia e informações com o ambiente circundante.

Já os sistemas relativamente fechados (autopoieticos) não possuem os *inputs* e *outputs* para a troca de matéria, energia e informações com o ambiente, mas recebem estímulos exógenos que não atuam como informação que contribua para programá-lo, porém essas perturbações provocam reações reorganizadoras internas para manter o seu equilíbrio homeostático.

237 Montbrun, *Hacia la democracia directa, passim*.

A palavra autopoiese deriva do grego (*auto* “próprio” + *poiesis* “criação”), significando a capacidade de autoprodução. A teoria autopoietica foi desenvolvida originariamente pelos professores chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela para explicar a vida e seu modo de reprodução e regulação. As observações dos autores levaram a conclusão que os seres vivos comportam-se como um sistema fechado para o ambiente, com capacidade de produzirem a si próprios, na medida em que são compostos por elementos internos que possuem as características de auto organizarem-se e autoproduzirem-se. Os sistemas vivos estão inseridos em um ambiente com o qual relacionam-se, recebendo estímulos, mas como são fechados e possuem a capacidade de autocriação, seus próprios elementos internos, a partir dos estímulos externos, reajustam-se, reorganizam-se e readaptam-se como forma de manutenção da própria vida, autoproduzindo-se.²³⁸

Referidas ideais centrais trouxeram um avanço não só para as ciências biológicas, mas para toda a teoria do conhecimento, ao reconhecer um novo método que pudesse explicar os fenômenos não apenas analiticamente e de forma linear, com a observação isolada e estática dos seus elementos, próprio da modernidade, mas também de forma circular e dinâmica, autorreferencial e flexível, tendo em foco as iterações entre os seus elementos, entre si e com o ambiente circundante.

Niklas Luhmann transpôs a teoria autopoietica para explicar a realidade social atual, constituída de uma sociedade complexa e contingente, para cuja tarefa as matrizes epistemológicas clássicas não eram mais satisfatórias. Para ele, o ser humano vive em um mundo constituído sensorialmente e que apresenta uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial de percepção, assimilação de informações e de ação atual e consciente. Cada uma das experiências concretas oferece um conteúdo que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Complexidade entende-se a existência cada vez mais de muitas outras possibilidades do que se pode realizar, obrigando o ser humano a fazer uma seleção; já a contingência significa o fato de que as possibilidades prefacialmente

238 MATURANA, Humberto R; VARELA, Francisco G. *De máquinas y seres vivos*. Autopoiesis: la organización de lo vivo. Santiago: Editorial Universitaria, 1973.

possíveis podem ser inatingíveis ou mesmo inexistentes ao final, criando no sujeito um temor do desapontamento e a necessidade de assumir certos riscos.²³⁹

E dentro desse sistema social altamente complexo e contingente, há um subsistema jurídico que possui a função de prescrever condutas e indicar soluções, tudo de modo a reduzir a quantidade de possibilidades possíveis, comunicando para distinguir, por meio do código binário (jurídico/antijurídico), as condutas socialmente aceitas, reduzindo a complexidade e evitando as contingências.

A teoria sistêmica de Luhmann que analisou o direito pela perspectiva da sociologia também foi aproveitada pelos juristas, incumbindo a Gunther Teubner²⁴⁰ a adoção dessa mudança de paradigma e, aqui entre nós, a Willis Santiago Guerra Filho²⁴¹. Para os autores, na essência, o sistema social é composto internamente por diversos outros sistemas, entre os quais a política, a economia, a filosofia, a moral e o direito. A observação do último propicia a compreensão de que o direito, enquanto um dos elementos do sistema social, também, internamente, ocupa a forma de um sistema. E um sistema autopoiético, na medida em que apresenta as características próprias da autorreferência, utilizando interações recursivas e circulares, valendo-se de seus próprios elementos normativos anteriores, para afirmar sua autonomia e projetar sua evolução, autoproduzindo-se; também possui auto-organização, em razão de que constrói internamente seus próprios mecanismos de interação entre os seus diversos elementos, eliminando contradições e organizando-os racionalmente; e autoprodução, visto que somente elementos jurídicos internos do sistema é que podem definir o que é considerado direito, cuja tarefa incumbe aos legisladores e aos Tribunais, a partir da Constituição.

Nessa linha de ideais, fixa-se uma primeira premissa de que o direito é um subsistema social que tem como função reduzir a complexidade do seu ambiente e que para tanto utiliza de uma codificação específica binária (jurídico/antijurídico), cujos elementos do sistema (normas jurídicas) é que indicam quais dos fatos sociais são jurídicos e também esse mesmo sistema jurídico está permanentemente auto-organizando-se, autorreproduzindo-se e adaptando-se à

239 Luhmann, *Sociologia do Direito*, p. 45/46.

240 TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

241 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O direito como sistema autopoiético*. *Revista Brasileira de Filosofia*, n. 163, p. 185-196, 1991.

realidade social cambiante, mas a partir de seus próprios referenciais anteriores (autorreferência) e os estímulos externos vindos do ambiente, principalmente, da política, da economia e da filosofia.

O sistema jurídico seria, então, normativamente fechado, visto que a sua alteração somente pode ocorrer por meio de uma nova legislação (autorreprodução), mas é cognoscitivamente aberto, na medida em que os fatores externos (pressões sociais, filosofia, política, economia etc.) podem exercer a função de estímulos para que o sistema adapte-se constantemente à realidade complexa do seu ambiente, reajustando a sua estrutura a partir de seus próprios elementos.

Ernesto Grün também enxerga o direito atual com a forma de sistema, mas um sistema mais aberto – ao contrário de Luhmann – e também cibernético. Entre as características da teoria sistêmica que são encontradas no universo jurídico destaca o autor: 1) o direito é composto de partes e elementos interconectados (em especial, mas não somente, normas); 2) é dependente de um metassistema significativo (a sociedade); 3) apresenta alguns tipos reconhecíveis de egressos (sentenças) a partir de ingressos (leis em sentido amplo); 4) é capaz de manter sua própria organização interna durante certo período de tempo. Entre os seus aspectos cibernéticos estão: 1) está submetido a retroalimentações positivas e negativas provenientes do ambiente; 2) possui variação interna, o que possibilita adaptar-se e passar de um estado a outro; 3) possui controles que regulam as inter-relações entre suas partes; e 4) possui suas próprias regulações e reservas, o que lhe dá autonomia frente às flutuações de seu entorno.²⁴²

A Constituição, embora localizada dentro do sistema jurídico, representa uma zona de contato entre o Direito e a política, bem como os contratos (e as normas coletivas, especialmente no Direito do Trabalho), em outro ponto, marcam a zona de acoplamento estrutural entre o Direito e a economia. As demais fontes normativas, tais como as leis, os precedentes, o direito internacional etc., também são os demais elementos do sistema jurídico.

Para Luhmann, “os Tribunais constituem o centro do sistema jurídico.”²⁴³, justamente porque na visão clássica e estanque da separação dos poderes, o Poder Legislativo possuía proeminência em face do Judiciário, porém desde o momento em que o direito processual ganhou autonomia do direito material e os magistrados passaram a ser obrigados a decidir todos os con-

242 Grün, *Una visión sistémica y cibernética del derecho*, p. 35/36.

243 Luhmann, *A posição dos tribunais no sistema jurídico*, p. 160.

flitos que lhes fossem submetidos, independentemente da previsão de uma solução no direito material²⁴⁴. Ao julgarem principalmente os litígios em que não há previsão legislativa, os tribunais assumem também uma função eminentemente política de criação do direito, forçando uma releitura do princípio da separação dos poderes.

A partir dessa maior participação política dos julgadores, Luhmann anota que os tribunais estão neutralizados politicamente em relação às influências dos outros sistemas sociais, na medida em que manipulam apenas com os próprios elementos do sistema jurídico, mas, de outro lado, “são por isso mesmo favorecidos na sua participação na transformação do Direito, sobretudo em áreas nas quais o legislador demonstra ser relativamente inativo.”²⁴⁵

E prossegue o autor defendendo que os tribunais, queiram ou não, devem interpretar, construir e distinguir os casos, para que possam formular novas regras de decisão e testá-las quanto à sua consistência frente ao ordenamento jurídico. Assim surge por meio da atividade judicante dos tribunais um direito judicial, que, no decorrer da sua reutilização constante, é, em parte, condensado, formulado com vistas ao reconhecimento e à confirmação, por isso, aproveitável nos casos futuros.

Entre as suas conclusões, está a de que não se pode mais compreender a legislação como uma instância hierarquicamente superior à jurisdição, como uma instância que dá instruções a serem seguidas pelos Tribunais. O juiz atualmente permanece vinculado ao Direito, mas não à legislação em sentido estrito. Ao exercer a jurisdição, existindo ou não legislação, os tribunais e o legislador participam do processo de formação, da modificação, da condensação e da confirmação de regras genericamente válidas. “Nisso a legislação desempenha mais a função de um órgão periférico, de um ponto fronteiro na relação entre o sistema jurídico e o sistema político”, não havendo qualquer hierarquia entre eles.²⁴⁶

São por essas razões que os Tribunais assumem a posição de centro do sistema jurídico, pois no ambiente democrático em que vivemos o papel do Poder Judiciário transformou-se daquele de mero aplicador das leis que lhe era atribuído pela divisão clássica da tripartição dos poderes, quando ocupava posição subalterna frente ao Legislativo, a quem incumbia a tarefa de produção

244 CF/88, art. 5º, XXXV (princípio da inafastabilidade), CPC, art. 126 e CLT, art. 8º.

245 Luhmann, *Idem*, p. 152.

246 *Idem*, p. 165.

normativa, para um papel atual participativo, para o qual, além de aplicador do direito preexistente, deve ser interprete e, também, passa a ser produtor e criador do direito.

Essa atividade produtiva e criativa do Judiciário contemporâneo é notada primeiramente quando faz-se a distinção entre texto de lei e norma jurídica, sendo que o Judiciário está vinculado à esta última, gênero do qual faz parte as regras e os princípios. Se é o legislador quem inova no ordenamento com a criação dos textos normativos, conformando a vontade política da sociedade, é o Judiciário quem os interpreta e lhes dá sentido, construindo as normas jurídicas, as quais compõe seu material de trabalho e serão aplicadas aos casos submetidos à jurisdição. Os juízes, bem analisando, operam com o Direito (normas), a partir do próprio Direito (textos), criando e transformando os institutos em que se assentam a sociedade atual, tais como os conceitos de vida, família, propriedade, dignidade, subordinação etc.

A atividade criadora do Judiciário de seu próprio material de trabalho acentuou-se sobremaneira com a utilização da jurisprudência como fonte formal do direito, aqui entre nós, desde 2004 com as súmulas vinculantes²⁴⁷ e mais atualmente com a força obrigatória dos precedentes estabelecida pelo novo Código de Processo Civil de 2015²⁴⁸, obrigando os juízes a julgarem conforme os julgamentos anteriores, em típica atividade autorreferente, auto-produtiva e, por isso, autopoietica.

A “autoreprodutibilidade” do sistema jurídico é que lhe empresta unidade e autonomia frente aos outros sistemas sociais, como a política, a economia, a moral, a religião, entre outros, porém, autonomia que não significa isolamento ou indiferença. Para falar com Willis Santiago Guerra Filho, a autonomia significa que o sistema jurídico funciona com uma linguagem própria, sem necessidade de recorrer a parâmetros fornecidos por outros sistemas, aos quais, entretanto, se acopla, por intermédio de procedimentos desenvolvidos internamente para estabelecimento de diálogos fertilizadores, cujo principal mecanismo é a decisão judicial.²⁴⁹

Se é certo que o Judiciário ocupa atualmente também a função política de produzir o Direito, notadamente nos casos em que não há texto legislati-

247 CF/88, art. 103-A.

248 Lei 13.105 de 2015, art. 499, § 1º, VI, p. ex.

249 Guerra Filho, Teoria processual da constituição, p. 72.

vo, por outro lado também há que se reconhecer a possibilidade de o Poder Legislativo alterar os textos ou mesmo ocupar os espaços vazios, quando sua interferência tem o condão de gerar estímulos para a transformação do Direito, justamente por intermédio da mudança de interpretação dos tribunais quanto aos casos concretos.

A iteração recíproca entre direito e política, Judiciário e Legislativo, sem que haja hierarquia ou proeminência entre eles, é que garante a estabilidade e o desenvolvimento do sistema jurídico em uma sociedade complexa e cambiante.

E a doutrina deve ocupar uma posição privilegiada entre os elementos do sistema jurídico, indicando aos julgadores qual a melhor interpretação a ser extraída a partir dos textos legislativos e quais as soluções mais adequadas para cada um dos casos concretos submetidos à julgamento, principalmente quando não há uma resposta antecedente e determinada na legislação (*hard cases*).

O papel da doutrina é relevantíssimo também, para falar mais uma vez com Luhmann: se o direito dos juízes é uma fonte do Direito, deve-se admitir, da mesma maneira, que essa fonte somente pode ser apreendida integralmente, na forma de argumentação racional, e assim canalizada de forma disciplinada, quando também parte da contribuição dos juristas para uma maior racionalidade das decisões judiciais.²⁵⁰

3.6. Mecanismos de solução de antinomias

Em uma sociedade plural, tolerante e cosmopolita, cujos antigos limites impostos pela soberania estatal vão se diluindo, o quadro que nos afigura é o da pluralidade das fontes normativas, constituindo um sistema jurídico multidimensional e em forma de rede, potencializando, por corolário, a ocorrência de antinomias e a tendência do desaparecimento das lacunas.

Nesse modelo teórico imaginado para representar metaforicamente o direito da atualidade, os antigos mecanismos clássicos juspositivistas da hierarquia, temporalidade e da especialidade não prestam mais nenhuma função, exatamente porque não há mais hierarquia entre as diversas fontes normativas, dispersas que estão no ambiente caótico legislativo da pós-modernidade, as normas mais antigas favoráveis à pessoa humana não são revogadas pelas novas

²⁵⁰ Idem, p. 168.

disposições (princípio da vedação do retrocesso social) e as normas gerais, nomeadamente os princípios constitucionais, que indicam uma pauta mais aberta de aplicação devem prevalecer no conflito com normas específicas que sejam restritivas de direitos fundamentais.

Avançando na proposta de sugerir novos mecanismos para a solução das antinomias no direito pós-moderno, dividimos as colisões entre as variadas espécies normativas para tratamento em separado e com critérios específicos.

3.6.1. O princípio “*pro homine*” e o conflito de regras materiais

Os critérios clássicos, próprios do positivismo jurídico, como a hierarquia, temporalidade e especialidade não mais atendem adequadamente o novo sistema jurídico, na exata medida em que não há mais escalonamento piramidal, de modo que torna-se estéril o critério da hierarquia para solução das antinomias normativas. Também os critérios da temporalidade e da especialidade perdem sua utilidade, pois as constituições democráticas e os tratados internacionais estatuem que as normas de proteção aos direitos humanos, ainda que mais antigas ou mesmo gerais, devem prevalecer em face das normas mais modernas e especiais que diminuam o *status* jurídico da pessoa humana.

Ao lado das previsões em diversos tratados internacionais e decisões dos tribunais internacionais – que serão vistas nas linhas que se seguem –, um simples olhar mais acurado em nosso próprio texto constitucional já revela que a dignidade da pessoa humana é o centro do sistema jurídico (tópico 4.1., *retro*), disso seguindo que o Brasil rege-se nas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (CF, art. 4º, II), que os direitos fundamentais previstos na carta são apenas o patamar mínimo, aberto à progressividade e recepção de outros direitos humanos (CF, art. 5º, § 2º), bem como adotamos o modelo de não-reversibilidade dos direitos fundamentais (princípio da vedação do retrocesso social – CF, art. 5º, § 2º), inclusive em relação aos direitos humanos trabalhistas (CF, art. 7º, *caput*), todos a propiciar a construção de um princípio em favor da pessoa humana (*pro homine*).

É por isso que para nós os critérios clássicos de solução de antinomias adotados pelo modelo positivista devem ser substituídos pelo critério do princípio *pro homine*, inerente ao modelo pós-moderno, pós-positivista e afinado com o pluralismo jurídico. Se a dignidade da pessoa humana é objeto e fim de

todo o sistema jurídico, nacional, regional e internacional, a solução adotada no momento da aplicação deve, necessariamente, ser a que mais prestigie a pessoa humana.

O princípio *pro homine* foi construído inicialmente no direito internacional dos direitos humanos, enquanto critério de diálogo entre o direito internacional e o direito interno, mas vem ganhando amplitude para espalhar-se por todos os ramos do direito, servindo de critério de interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Nasceu do reconhecimento da força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, quando, primeiramente, a doutrina de direito internacional enxergou que as previsões do artigo 5º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, do artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, do artigo 5º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do artigo 1º da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, do artigo 41 da Convenção sobre os direitos das crianças e artigo 15 da Convenção Interamericana sobre desaparecimento forçado de pessoas, permitiam a construção de um critério de solução de antinomias, em que se privilegiava a centralidade da pessoa humana e a progressividade, evolução e irreversibilidade da sua proteção.

A própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada entre nós pelo Decreto n. 7.030 de 2009, que serve de norma diretiva para a correta interpretação dos tratados internacionais, diz em seu artigo 31.1 que um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos seus termos, no contexto e à luz de seu objetivo e finalidade, significando que em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, cujo objetivo e finalidade é a progressividade da proteção e desenvolvimento da pessoa humana, o interprete sempre buscará a solução em benefício da pessoa, ou seja, *pro homine*.

A própria Constituição da Organização Internacional do Trabalho também adota explicitamente o princípio do favorecimento à pessoa humana como o critério para a solução das antinomias entre tratados internacionais trabalhistas e o direito interno dos países aderentes às convenções e recomendações.²⁵¹

251 “Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença,

Zlata Drnas de Clément, estudiosa do princípio *pro homine*, o concebe a partir das teorias sociológicas que marcaram a passagem do direito interestatal isolado para um direito global, transnacional, que tem como centro a pessoa humana. A comunidade jurídica internacional é composta de uma miríade de subsistemas particulares normativos, a partir de uma pluralidade de entidades humanas coletivas que vão desde a família, grupos locais e regionais, associações, a sociedade estatal, até as agrupações internacionais, especiais ou regionais. A comunidade mundial não resulta da justaposição, coexistência ou cooperação exclusiva dos Estados, mas sim da interpenetração dos povos através das relações internacionais (transnacionais), submetida a distintos ordenamentos jurídicos.

E a partir de variados tratados internacionais e muitas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a citada autora defende que o princípio *pro homine* foi “transformado en el principio motor de la prevalencia de la protección de los derechos humanos por sobre todo derecho convencional o pactado internacional o nacional, objeto y fin de todo el sistema jurídico.”²⁵², atuando como uma pauta que estabelece preferências interpretativas e normativas (de solução de antinomias).

Na perspectiva interpretativa, indica que o aplicador deverá optar pela interpretação (*rectius*: norma jurídica) que mais amplie a proteção humana, a partir do texto interpretado, bem como na relação inversa, quanto às normas restritivas, deverá optar pela norma que menos limite os direitos. Já na sua função normativa, enquanto critério de solução de antinomias, além de esterilizar os critérios clássicos da temporalidade e especialidade, autorizaria o aplicador a eleger, entre as normas aplicáveis – porque preenchidos os seus antecedentes – aquela que mais fomente à dignidade humana, independentemente de ser mais antiga ou geral.

Mónica Pinto também defende que o princípio *pro homine* é um critério hermenêutico que informa todo o direito dos direitos humanos em virtude do qual se deve preferir a norma mais ampla ou a interpretação mais extensiva, quando se trata de reconhecer direitos protegidos e, inversamente, a norma ou interpretação mais restrita quando se trata de estabelecer restrições ao exercício

costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.” (Art. 19, § 8º, da Constituição da OIT).

252 Clément, *La complejidad del principio pro homine*, p. 106.

dos direitos. “Este principio coincide com el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.”²⁵³

Nesse particular também é a contribuição de Humberto Henderson, que reconhece a dupla função do princípio *pro homine*, mas avança para decompô-lo em dois critérios complementares. O primeiro é o da aplicação da norma mais protetora, independentemente se a sua residência é no direito internacional ou direito interno, também independente de hierarquia – para aqueles que ainda enxergam o sistema jurídico na forma piramidal –, preferindo-se a aplicação da norma mais protetora dos interesses da pessoa humana. Já o segundo critério é o da conservação da norma mais favorável, substituindo o critério da temporalidade, indicando que as normas mais vocacionadas à proteger a pessoa humana continuam vigentes e aplicáveis, ainda que normas mais modernas, independente de hierarquia, tragam corrosões ao antigo sistema de proteção. Para esse critério, mesmo uma disposição constitucional mais moderna não substituiria a previsão de um tratado internacional que seja mais vantajoso. Não se trata, com efeito, de um problema de derrogação ou revogação de uma norma por outra, mas de aplicação, partindo-se do pressuposto que todas são válidas e vigentes dentro do sistema jurídico completo.²⁵⁴

E acrescenta Zlata Clément que a essência do princípio *pro homine* pode resumir-se em uma regra geral dos tratados de direitos humanos – subjacente a todo o direito dos direitos humanos – mediante a qual, pela via da interpretação ou adequação normativa, se busca assegurar que em toda decisão se alcance o resultado que melhor projeta a pessoa humana. É uma prescrição de caráter normativo, no entanto também constitui um princípio geral do direito internacional dos direitos humanos, fonte principal no sentido previsto no artigo 38.1.b do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Arremata seu estudo fazendo a pertinente observação de que o princípio *pro homine*, embora funcione como articulador de todo o sistema normativo, não apenas em específico o dos direitos humanos (nacional e internacional), não pode servir de argumento voluntarista para ativismos judiciais, de modo oportunista, como base de argumentações para sustentar um campo de interpretações sem limites, aberto para derrogação das normas positivadas e imposição de obrigações não previstas pelo ordenamento jurídico. Por isso que,

253 Pinto, *El principio pro homine*, p. 163.

254 Henderson, *Los tratados internacionales de derechos humanos*, p. 92/95.

*(...) una progresividad acelerada, irreflexiva, unidireccional, ideologizada, transicional, más que fortalecer al sistema de protección de los derechos humanos, llevará a su descrédito y a la retaliación contrahistórica, haciendo que los grandes logros en materia de protección internacional de los derechos humanos pierdan su valor social general y perdurable, destruyendo una de las obras de civilización más destacadas de nuestro tiempo.*²⁵⁵

Especificamente quanto ao direito internacional do trabalho e os atos normativos da OIT (convenções e recomendações), a Constituição desta prevê em seu artigo 19, § 8º, que em caso algum, a adoção, pela Conferência, de um ato normativo deverá ser considerada como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores condições mais favoráveis.

Por essa razão que Valerio de Oliveira Mazzuoli diz que na aplicação de uma convenção internacional do trabalho em um dado caso *sub judice*, deve o magistrado trabalhista primar por verificar qual a norma mais benéfica ao ser humano, sujeito de direitos, se a normativa internacional ou a interna.²⁵⁶

Zoraide Amaral de Souza aprofunda o estudo do artigo 19 da Constituição da OIT para concluir que após a ratificação, a convenção passa a ser aplicada no sistema jurídico brasileiro, todavia, há que se ter em mira as condições favoráveis. Se um dos objetivos principais da OIT é a universalização das normas de proteção ao trabalho, equilibrando o ônus dessa proteção que recai sobre o setor produtivo, o certo é que não necessariamente as normas internacionais substituirão a legislação interna, justamente quando a sua aplicação for reduzir direitos já assegurados nos países em que uma convenção se torne aplicável por força de sua ratificação.

E arremata Zoraide Souza:

Quando a norma jurídica nacional, anterior ou posterior à ratificação da Convenção, adota o mesmo regime do diploma internacional, mas confere maiores vantagens aos trabalhadores a que se destina, aplicável será, sem dúvida, a regra do § 8º do art. 19 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, pelo fato de constituírem as convenções e recomendações normas mínimas de caráter internacional. Contudo, se o sistema consubstanciado no instrumento internacional não for compatí-

²⁵⁵ Clément, op. cit., p. 111.

²⁵⁶ Mazzuoli, Integração das convenções e recomendações, p. 86.

vel com o nacional, impossível será invocar-se a regra da “condição mais vantajosa”, pois a aplicação de um sistema torna inaplicável o outro.²⁵⁷

A diferença do princípio *pro homine*, na sua perspectiva de critério para a solução de antinomias normativas, e o princípio trabalhista da norma mais favorável é que para o primeiro a prevalência é da dignidade da pessoa humana, enquanto para o segundo é a dos direitos dos trabalhadores. A compreensão e a aplicação de um e outro são distintas.

O Direito do Trabalho ganhou autonomia após a Constituição mexicana de 1917, sendo no Brasil com a Constituição de 1934, quando os direitos sociais dos trabalhadores ganharam residência constitucional, justamente no momento político em que vigorava a ideia de Estado de Bem-Estar Social. Dessa fórmula política com tendências socializantes, a legislação trabalhista foi construída e interpretada a favor dos interesses dos trabalhadores, daí porque a doutrina especializada subdividiu o princípio da proteção nas espécies do *in dubio pro operário*, norma mais favorável e da condição mais benéfica.²⁵⁸ Analisando o tema por esta perspectiva, ao adotar a norma mais favorável ao trabalhador, o interprete estava realizando interpretação conforme à Constituição, a qual sinalizava sempre no interesse dos empregados.

Já em relação ao direito internacional contemporâneo e considerando que a Constituição Federal de 1988 migrou da fórmula política social para a do estado democrático de direito, uma terceira via que compatibiliza os interesses liberais e sociais, tendo como epicentro a dignidade da pessoa humana, a interpretação de todo o sistema jurídico trabalhista não deve ter mais em foco, apenas e em todos os casos, os interesses dos trabalhadores (sociais), mas o da pessoa humana (*pro homine*) e que em alguns casos o beneficiado poderá ser o empregador, pessoa física e também detentor de direitos humanos.²⁵⁹

A decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou a Convenção Americana de Direitos Humanos quanto à impossibilidade de prisão do depositário infiel²⁶⁰ é uma demonstração de interpretação *pro homine* que acabou por be-

257 Souza, A Organização Internacional do Trabalho, p. 452/453.

258 Por todos, v. RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. Trad. Wagner Giglio e Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2004.

259 Molina, Teoria dos princípios trabalhistas, p. 51/64.

260 STF - RE 466.343 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJE 05.06.2009 e Súmula Vinculante n. 25.

neficiar muitos devedores-depositários em ações trabalhistas, em detrimento da maior efetividade da execução dos créditos do trabalhador, episodicamente. Exatamente porque a interpretação deve se dar em favor da dignidade humana, seja de trabalhadores ou de empregadores, e não mais sempre a favor dos interesses dos empregados, como de resto defendia a doutrina especializada da época do Estado de Bem-Estar Social.

Empiricamente, a aplicação do critério *pro homine* continuará na maioria absoluta das situações beneficiando o trabalhador enquanto pessoa humana, mas em algumas pontuais ocasiões poderá ser o empregador, justificando a alteração do critério conceitual da norma mais favorável ao trabalhador para a norma que mais fomenta a dignidade da pessoa humana.

Oscar Ermida Uriarte, ao lecionar da incidência dos direitos humanos (tratados internacionais) e direitos fundamentais (constituições) na realidade dos contratos de trabalho, avançou para defender que o juiz trabalhista, ao reconhecer a incidência normativa direta nas relações de trabalho, deve utilizar o critério da “interpretação mais favorável à pessoa humana, que é o titular do direito. Fala-se de *in dubio pro homini* ou *in dubio pro libertate*, ou *in dubio pro direito*. Gosto mais de falar da preferência pela interpretação mais favorável à potencialização do direito, ao exercício do direito.”²⁶¹

Uma experiência estrangeira semelhante à brasileira quanto ao tema da evolução na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, principalmente ao compreender o ordenamento jurídico e revisitar os critérios atuais para solução das antinomias, é a mexicana.

A primeira Constituição mundial a elevar os direitos dos trabalhadores à categoria de direitos fundamentais foi a mexicana de 1917, ainda em vigor, embora tenha passado por uma série de reformas, notadamente pela migração da fórmula política do estado social para o estado democrático de direito e, recentemente, ter adotado o princípio *pro homine* enquanto critério de diálogo com outras normas, superando o critério da hierarquia.

O artigo 133 da Constituição mexicana, com a redação dada pela reforma de 1934, prevê até os dias atuais que a Constituição, as leis do Congresso da União e todos os tratados que estejam de acordo com a mesma, celebrados e que se celebrarem pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, serão a lei suprema de toda a União.

261 Uriarte, Aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais, p. 140/141.

A primeira interpretação que prevaleceu no âmbito da Suprema Corte foi a de que os tratados internacionais, após o procedimento de aprovação, passariam a integrar o direito nacional com a mesma hierarquia das leis federais, decorrendo que se fossem contrários à Constituição, seriam inconstitucionais e ineficazes.²⁶²

Somente em 2007, sem que tenha havido alteração do texto, a Suprema Corte mexicana evoluiu na sua posição para definir que “os tratados internacionais são parte integrante da lei suprema da União e se localizam hierarquicamente acima das leis gerais, federais e locais.”²⁶³, atribuindo-lhes hierarquia supralegal.

Já no ano de 2009, desta feita interpretando o antigo texto do artigo 1º da Constituição, a Suprema Corte, por meio da fixação de várias teses jurisprudenciais, avançou mais uma vez e definiu que a dignidade da pessoa humana é a condição base de todos os demais direitos fundamentais e que ela é a origem, a essência e o fim de todos os direitos humanos.²⁶⁴

No dia 10 de julho de 2011 houve uma considerável reforma no texto da Constituição, passando o artigo 1º a ostentar a seguinte redação:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Jorge Nader Kuri defende que a citada reforma da Constituição ocorrida em 2011, instituiu os pilares para a edificação de uma nova juridicidade mexicana, centrada no ser humano como sujeito principal da ordem jurídica nacional, mas

262 Tesis P. C/1992, aprovada pelo Pleno em 30.06.1992: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA.”

263 Tesis P. IX/2007, aprovada pelo Pleno em 20.03.2007: “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERARQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES E LOCALES.”

264 Tesis P. LXV/2009, aprovada pelo Pleno em 06.01.2009: “DIGNIDAD HUMANA, EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DÉMAS DERECHOS FUNDAMENTALES.”

visto também em uma perspectiva internacional. A reforma trouxe consigo o controle da convencionalidade internacional na matéria de direitos humanos e incorporou o princípio *pro homine* (*pro personae*), para deixar claro que o direito deve interpretar-se e aplicar-se sempre de maneira que mais favoreça as pessoas, entendidas estas como todo ser humano titular de iguais direitos e deveres emanados de sua comum dignidade e, nos casos em que seja aplicável, também às pessoas jurídicas.²⁶⁵

A Suprema Corte mais uma vez evoluiu a sua jurisprudência, desta feita em razão da nova redação do artigo 1º, bem como para realizar uma nova leitura do artigo 113, quando reconheceu em 2012 que os juízes federais e os juízes locais, nada obstante não possam realizar controle concentrado de constitucionalidade, o sistema passou a permitir-lhes fazer o controle difuso de convencionalidade das leis em face das disposições internacionais de direitos humanos, inclusive em face das normas constitucionais que sejam menos protetivas dos direitos fundamentais.²⁶⁶

A partir da fixação da atual posição da Corte Constitucional mexicana, a doutrina passou a defender que todos os juízes nacionais passaram a ter o dever de aplicar os tratados de direitos humanos, a realizar o controle de convencionalidade do direito interno, optando pela norma mais favorável (*pro homine*), bem como a seguir os critérios vinculantes da Corte Interamericana de Direitos Humanos nas sentenças em que o Estado mexicano tenha sido parte e os critérios orientadores da sua jurisprudência e precedentes quando o Estado mexicano não tenha sido parte.

Oportuno assinalar a diferença de procedimento e competência em face da jurisdição constitucional brasileira, visto que no México apenas a Suprema Corte e os Tribunais de amparo podem realizar controle de constitucionalidade, mas com a nova visão da centralidade da dignidade humana, da recepção ampla dos tratados de direitos humanos, fim da hierarquia normativa

265 Kuri, *El principio pro homine*, p. 14/15.

266 Tesis 1ª/J.18/2012, aprovada pela Primeira Sala em 18.01.2012: “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). (...) Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, (...) podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.”

e adoção do critério de fomento à pessoa humana, o resto dos tribunais, em controle difuso e incidental, passaram a poder inaplicar as normas de menor proteção dos direitos humanos, para aplicar a mais favorável, “*independentemente de su jerarquia.*”²⁶⁷

Pelo que observado da evolução constitucional e jurisprudencial mexicana desde 1917 até a atualidade, houve três fases bem marcadas: a primeira em que se reconhecia que os tratados internacionais possuíam hierarquia igual a das leis; a segunda em que as normas internacionais foram alçadas à estatura supralegal; e a terceira fase, desde a reforma constitucional de 2011 e decisão da Suprema Corte de 2012, em que se considera que os tratados internacionais de direitos humanos estão na mesma hierarquia constitucional, integrando o bloco de constitucionalidade, mas, principalmente, autorizando aos juízes realizar o controle de convencionalidade e optar pela aplicação da norma mais favorável à pessoa humana, independente de integrar o ordenamento internacional doméstico ou internacional, e de hierarquia.

A jurisprudência brasileira também caminhou por essas mesmas etapas, até o reconhecimento no ano de 2009 de que os tratados internacionais de direitos humanos, que não passaram pelo procedimento especial de aprovação, deixaram de possuir hierarquia de lei ordinária e foram alçados ao *status* supralegal²⁶⁸. Porém, ainda estamos paralisados em relação ao último passo que é reconhecer o fim da hierarquia normativa e que a norma de direito material a ser aplicada é aquela que mais fomente a dignidade da pessoa humana, conforme estamos defendendo.

3.6.2. O princípio da proporcionalidade e o conflito de princípios jurídicos

Paulo Bonavides nos ensina que o princípio da proporcionalidade é a diretriz fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem do poder, na medida em que ele se caracteriza pelo fato de presumir a existência de uma relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. Disso segue que, até intuitivamente,

267 Jorge Nader Kouri, op. cit., p. 44.

268 RE 466.343 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJE 05.06.2009.

há violação da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre os meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta.

O princípio da proporcionalidade pretende, como consequência, instituir a relação entre meio e fim, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com efeitos desta para que se torne possível um controle de excesso. Em arremate, acrescenta Paulo Bonavides, com apoio em substancial doutrina germânica, que examinando as bases do princípio da proporcionalidade contidas na junção meio e fim, pode-se acrescentar um terceiro elemento que é a situação de fato, estabelecendo-se uma relação triangular entre fim, meio e situação, para corrigir insuficiências da dualidade antecedente.²⁶⁹

O princípio da proporcionalidade foi consagrado na experiência alemã do segundo pós-guerra, quando o Tribunal Constitucional desenvolveu uma doutrina, dentro do direito administrativo, para dizer que determinados atos estatais eram contrários aos direitos fundamentais. Utilizava-se a proporcionalidade como critério métrico da inconstitucionalidade material dos atos estatais restritivos dos direitos fundamentais, auxiliando no controle de constitucionalidade. Invocavam o princípio da proporcionalidade para dizer que, à luz da situação, os meios escolhidos pelo Poder Executivo não eram proporcionais para atingir os fins almejados.

A posição amadurecida no Tribunal tedesco e que foi recepcionada na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal²⁷⁰, decompõe a proporcionalidade em três regras distintas e sucessivas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida é adequada quando o meio eleito tem a capacidade de atingir ou pelo menos fomentar a realização do objetivo. Assim, o objetivo buscado pelo poder público pode ser fomentado por diversos meios. Todos esses são adequados, ficando excluídos aqueles outros que não o são. Apenas esses são desproporcionais. A regra primeira da proporcionalidade, a adequação, não indica uma única solução correta, mas apenas exclui

269 Bonavides, Curso de Direito Constitucional, p. 393.

270 A proporcionalidade encontra fundamento de existência, entre nós, na Constituição Federal, seja pelo regime e princípios adotados (§ 2º do artigo 5º), seja pelos diversos dispositivos que se referem à ideia de proporcionalidade, como a legalidade, o princípio republicano, o estado democrático de direito e o devido processual legal substancial, ou mesmo decorre da estrutura própria dos direitos fundamentais (princípios jurídicos).

aqueles meios que não são capazes de fomentar o objetivo. De todos os meios possíveis de serem empregados para a consecução do fim, a adequação rejeita apenas alguns deles.

Seguindo na ordem de precedência, tem-se a máxima da necessidade, que é utilizada para verificar se, naquele caso concreto, existiam outras medidas também eficazes para fomentar o objetivo mirado, mas que fossem menos restritivas de direitos fundamentais. Excluindo-se com o teste da adequação aquelas medidas estatais que não são adequadas a fomentar o objetivo buscado, a necessidade visa escaloná-las, indicando qual, ou quais, das medidas adequadas são, também, necessárias no sentido de fomentar em grande medida o objetivo, restringindo muito pouco os outros direitos em conflito, prestigiando tanto o fim almejado quanto os direitos restringidos (meios).

Atendidos os dois primeiros testes, a medida restritiva deve passar pelo seu último desafio, a proporcionalidade em sentido estrito, que é considerada “um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.²⁷¹ Essa terceira máxima visa analisar, nas circunstâncias concretas, se os princípios colidentes foram otimizados na maior medida possível. A restrição dos princípios é inevitável, fato que já é pressuposto da teoria dos princípios, mas a restrição dos princípios deve ser a menor possível, de modo que para tanto se utilizam as três máximas.

Virgílio Afonso da Silva cria um exemplo para demonstrar a aplicabilidade do teste. Seria o caso do Estado determinar que todos os cidadãos fizessem exame de HIV, entre os infectados determinasse o encarceramento, tudo na busca da defesa da saúde pública. Essa medida estatal é adequada, eis que fomenta o fim almejado, necessária, porque, embora restrinja direitos fundamentais, é a mais eficaz de todas para a defesa da saúde pública. Ao lado dela, podem existir outras que sejam também necessárias, um pouco menos restritivas, entretanto também menos eficazes. Somente com o socorro à proporcionalidade em sentido estrito o aplicador chegaria a conclusão que o fim buscado (defesa da saúde pública) não é importante ao ponto de aniquilar tantos direitos fundamentais, como a liberdade e a dignidade das pessoas, por corolário o ato legislativo imaginário de segregação seria desproporcional, excessivo, ou seja, inconstitucional.

Humberto Ávila sintetiza os três testes da proporcionalidade:

271 Virgílio Afonso da Silva, *O proporcional e o razoável*, p. 40.

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.²⁷²

Diferentemente da razoabilidade, que o Supremo Tribunal Federal ainda não aplicou de forma expressa e técnica, a proporcionalidade encontrou caudalosa acolhida nas decisões do Tribunal, sobretudo na última década, com a aplicação dos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como na experiência constitucional alemã.²⁷³

O princípio da proporcionalidade atua em duas direções. Funciona como um mecanismo de controle de constitucionalidade dos atos restritivos de direitos fundamentais e também como técnica de sopesamento entre princípios, indicando as soluções proporcionais que atendam, na medida das possibilidades fáticas e jurídicas, todos os princípios em colisão, bem como protege o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

E o princípio da proporcionalidade tem aplicação não só na verificação da constitucionalidade dos atos restritivos praticados pelo poder público, mas também dos atos praticados por particulares – a partir do momento em que se admite a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas –, como se dá no Direito do Trabalho, em que os contratantes, em regra, são particulares que praticam atos tendentes a restringir direitos fundamentais da outra parte.

Justamente nessa zona de acoplamento entre o direito e a política, entre a atividade judicial e a legislativa, que Niklas Luhmann defende que existe uma

272 Ávila, op. cit., p. 158.

273 Por todas: “Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.” (STF – Tribunal Pleno – IF n. 2.915/SP – Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes – DJU 28.11.2003).

clara regra de colisão: “no caso de um conflito vale a decisão do legislador e não a do Juiz”, contudo nos casos em que o juiz é obrigado a resolver a lide e não há uma solução preestabelecida pelo legislador que deva ser seguida, aí os Tribunais passam a atuar politicamente, favorecendo a “sua participação na transformação do Direito, sobretudo em áreas nas quais o legislador demonstra ser relativamente inativo”, como de resto ocorre nos casos difíceis em que há colisão de princípios e nenhuma solução (pré)ponderada foi dada pela legislação.²⁷⁴

Um dos exemplos mais comuns de recurso à proporcionalidade – enquanto critério de sopesamento de princípios colidentes – se dá nas revistas nos pertences dos empregados realizadas no ambiente de trabalho. Em abstrato a realização das revistas contrapõe os princípios da propriedade privada, da defesa do patrimônio da empresa, em face dos princípios de respeito à intimidade e integridade moral do trabalhador. Na linha do que defendemos como uma das teses centrais da tese, não há como responder de maneira abstrata e generalizada o questionamento, seja absolutizando os princípios que fomentam os interesses dos empregados ou dos empregadores. Não há hierarquia ou precedência *prima facie* entre os princípios jurídicos colidentes, todos com estatura de direitos fundamentais. Deve-se, sempre, investigar a colisão e a restrição a partir dos três testes da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, atentando-se à situação de fato a que nos ensinou Paulo Bonavides.²⁷⁵

Cumprida a sua tarefa primordial de ponderar os direitos fundamentais e de positivar regras de exceção, na condição de resultado da pré-ponderação, o legislador celetista vedou a realização de revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias, na linha do artigo 373-A, VI, da CLT.

O legislador não avançou ao ponto de ponderar as situações de revistas íntimas em homens, como não tratou das hipóteses de revistas em bolsas e pertences. O segundo momento para a realização da ponderação é por meio da norma

274 Luhmann, A posição dos tribunais no sistema jurídico, p. 152/157, *passim*.

275 Uma medida é adequada quando o meio eleito tem a capacidade de atingir ou pelo menos fomentar a realização do objetivo buscado. É necessária quando naquele caso concreto se verificar que existam outras medidas também adequadas para fomentar o objetivo mirado, mas que eram mais restritivas de direitos fundamentais. A proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida. Essa terceira máxima visa analisar, nas circunstâncias concretas, se os princípios colidentes foram otimizados na maior medida possível, respeitando-se o núcleo essencial de cada um deles, ainda que ambos sejam restringidos.

coletiva, quando as partes irão decidir, convenientemente, se admitem e em que condições as revistas íntimas em homens e as revistas em bolsas e pertences dos trabalhadores de ambos os sexos são admitidas. Somente em último caso é que o Judiciário poderá fazê-lo.

Os exemplos seguintes demonstrarão o itinerário procedimental que deve ser percorrido pelo juiz quando tiver de ponderar os princípios elencados alhures. Os testes serão de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Imagine-se o empregado que trabalha no setor de depósito de uma fábrica de geladeiras e que ao final do expediente é submetido à revista em seus pertences. O primeiro passo é investigar se, sob as condições concretas, a medida da empresa é adequada. O objeto da revista é a proteção do patrimônio e a vistoria nos pertences dos empregados não irá fomentar essa proteção; se geladeiras estão sendo furtadas, não é com revistas nas bolsas e sacolas dos empregados que o patrimônio vai ser protegido. Logo, a revista nesses casos concretos não é adequada, por isso não é proporcional e o direito fundamental do empregado foi violado abusivamente.

Já em uma fábrica de joias, em defesa do patrimônio da empresa, as revistas nas bolsas e sacolas dos empregados são adequadas para fomentar o direito que procura ser defendido. Em termos pragmáticos, o furto de joias pode ser diminuído com revistas nos pertences dos empregados que circulam pela área em que as joias são produzidas e armazenadas. O segundo passo é verificar se a medida é necessária. É questionar se existem outras medidas igualmente ou mais eficazes que causem menor restrição ao direito fundamental dos empregados. No caso específico, a instalação de um detector de metal na saída do setor seria igualmente adequado e mais necessário, pois evitaria os furtos e seria muito menos invasivo que a revista visual em bolsas e sacolas. Logo, a revista nos pertences dos empregados de fábricas de joias não é proporcional por violar de modo abusivo os direitos fundamentais obreiros.

Se a indústria fosse farmacêutica, na qual são fabricados remédios de alto custo e com venda restrita, a revista nas bolsas e sacolas é adequada, pois fomenta o objetivo que é a defesa do patrimônio, é necessária, na medida em que não há outro meio que seja igualmente eficaz. Não há aqui a possibilidade de instalação de detector de metal ou outro dispositivo que seja menos invasivo que as revistas, porém mais eficazes.

A questão de fundo é definir se a medida é proporcional em sentido estrito. As revistas nas bolsas e sacolas, no caso específico, se realizadas com modera-

ção, por pessoas do mesmo sexo, sem discriminação entre os empregados e sem a exposição pública dos pertences dos trabalhadores será, ainda assim, restritiva, em alguma medida, de direitos fundamentais dos empregados, mas não o será ao ponto de violar o núcleo essencial do princípio da intimidade e da integridade moral, ao mesmo tempo em que fomentará a defesa do patrimônio do empregador, no caso específico. Segundo a nossa fundamentação, nesse caso há proporcionalidade na restrição dos direitos fundamentais dos empregados, não havendo nenhum abuso, muito menos o dever de indenizar ou mesmo a ocorrência de falta empresarial suscetível de rescisão indireta.

Enquanto a maioria da doutrina e jurisprudência trabalhista defende que não se admite nenhuma forma de revista no trabalhador, aplicando de forma absoluta os princípios constitucionais da privacidade e da intimidade²⁷⁶, existem algumas posições isoladas que defendem a ponderação da privacidade com o princípio da propriedade do empregador, admitindo a revista em determinadas situações concretas. Sem se referir ao postulado da proporcionalidade, muito menos às suas três regras, Alice Monteiro de Barros leciona que:

A nosso ver, a revista se justifica, não quando traduza um comodismo do empregador para defender seu patrimônio, mas quando constitua o último recurso para satisfazer ao interesse empresarial, à falta de outras medidas preventivas; essa fiscalização visa à proteção do patrimônio do empregador e à salvaguarda da segurança das pessoas. Não basta a tutela genérica da propriedade, devendo existir circunstâncias concretas que justifiquem a revista; é mister que haja, na empresa, bens suscetíveis de subtração e ocultação, com valor material, ou que tenham relevância para o funcionamento da atividade empresarial. Ademais, a tecnologia também poderá ser utilizada pra evitar ou reduzir os efeitos da revista na intimidade dos empregados. A título de exemplo, a colocação de etiquetas magnéticas em livros e roupas torna desnecessária a inspeção em bolsas e sacolas, nos estabelecimentos comerciais.²⁷⁷

276 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho: "REVISTA DE EMPREGADO. I – REVISTA – ILICITUDE. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador. II – REVISTA ÍNTIMA – VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc. VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição da República." (Enunciado nº 15).

277 Barros, Proteção à Intimidade do Empregado, p. 74.

Instintivamente, ou pelo menos implicitamente, a autora aplicou as regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, remontando ao bom senso e à proibição de excesso, respectivamente, antecedentes remoto e próximo do princípio da proporcionalidade. Observou as circunstâncias do caso concreto, para dizer que sob determinadas condições fáticas a revista é admitida, mas em outras não. E é essa posição pós-positivista e flexível que defendemos seja a adotada no Direito do Trabalho quando haja conflito de direitos fundamentais de empregados e empregadores.

O mesmo mecanismo é aplicado para validar como proporcionais que os tesoueiros bancários, responsáveis pela conferência dos depósitos e abastecimento dos caixas eletrônicos, sejam filmados individualmente e integralmente enquanto as suas tarefas são realizadas. Embora haja restrição da intimidade dos tesoueiros, as circunstâncias concretas demonstram que essa medida é a única adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para a proteção do patrimônio dos bancos, enquanto na realização das atividades específicas.

Também as limitações impostas aos atletas profissionais, com a restrição de sua liberdade de expressão, no momento em que os dirigentes proíbem a concessão de entrevistas em algumas situações, quando restringe os horários e os locais em que os atletas podem frequentar nos dias de folgas, são exemplos da aplicação do mecanismo da proporcionalidade para validar, fundamentadamente, essas restrições episódicas.

Outra situação que ocorre amiúde nos foros e que a Justiça do Trabalho de forma absoluta, generalizada e unilateral responde sempre em favor dos interesses dos trabalhadores, sem ponderar as circunstâncias concretas, se dá quanto aos pedidos de indenização por danos morais em razão de informações profissionais desabonadoras prestadas pelo antigo empregador. Tencionou-se a formar uma jurisprudência uniforme em torno da conclusão de que o ex-empregador não pode jamais prestar nenhum tipo de informação, ainda que seja verdadeira, sobre a conduta profissional pregressa dos trabalhadores que a ele prestavam serviços.²⁷⁸ Criaram-se dois mundos sob o pálio dos mesmos direitos constitu-

278 “DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. Demonstrada nos autos a prática adotada pelo preposto da Reclamada, consistente no fornecimento de informações desabonatórias a respeito de ex-empregados a outras empresas, inclusive quanto ao Reclamante, atingindo a sua esfera subjetiva, a Reclamada deverá indenizá-lo de modo a compensá-lo pelo dano sofrido. Para o arbitramento do ‘quantum debeatur’ deve-se considerar além da extensão do dano, a capacidade econômica do ofensor, o não enriquecimento sem causa do Reclamante, o caráter pedagógico da medida e a razoabilidade do valor.

cionais conflitantes. Enquanto está inserido dentro do direito de informação e da liberdade de imprensa o jornal de maior circulação da cidade estampar o rosto do trabalhador condenado por furto na manchete policial, não pode seu ex-empregador informar os mesmos fatos verdadeiros para outra empresa.

Se a proporcionalidade fosse aplicada na resolução dos casos especiais, ao menos em alguns deles e sob certas condições, as respostas seriam diversas.

Nos casos em que ex-empregadores prestam informações depreciativas da vida profissional dos ex-empregados, há colisão entre os direitos fundamentais da honra e imagem dos trabalhadores e, de outro, as liberdades de informação e manifestação do pensamento pelos ex-empregadores. Imaginemos a situação em que um empregado que exercia a função de caixa bancário foi flagrado apropriando-se de dinheiro dos clientes, com posterior procedimento investigativo, dispensa por justa causa confirmada em ação trabalhista e paralela condenação criminal pela apropriação indébita.

Ao procurar emprego em nova instituição bancária e o antigo empregador tenha informado acerca dos fatos verdadeiros ocorridos ao pretendente de contratar, com responsabilidade penal e trabalhista chanceladas por decisões transitadas em julgado, provavelmente não seria contratado para a função de manusear dinheiro.

Entrementes, o exercício regular do direito fundamental de informação verdadeira e de manifestação do pensamento pelo ex-empregador, nada obstante tenha restringido os direitos fundamentais do caixa na obtenção de nova colocação, o fez de forma proporcional, sob aquelas circunstâncias fáticas e jurídicas. Em última razão, não foi a ex-empregadora quem obistou o acesso do empregado ao novo emprego de caixa bancário, nem foi quem violou-lhe os direitos da personalidade, mas foi o próprio trabalhador quando decidiu praticar a conduta ilícita, tanto na perspectiva trabalhista como na criminal.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado para uma mãe, ex-empregadora, que presta informações verídicas para uma pretendente de contratar a doméstica que lhe prestou serviços de babá dos filhos e foi flagrada, em gravação audiovisual, agredindo fisicamente as crianças que estavam sob seu cuidado. Não há como a empregada obter tutela indenizatória, sob as circunstâncias fáticas concretas e atendendo os testes de proporcionalidade, sob a alegação de que o

Recurso a que se nega provimento." (TRT 23ª Região – 2ª Tuma – RO 00239.2007.002.23.00-1 – Relª. Desª. Maria Berenice – DEJT 30.11.2007).

seu direito de inserção no mercado de trabalho ou mesmo de imagem foi violado pela conduta de sua ex-empregadora que realizou a captação das imagens do cometimento de um crime e prestou as informações verdadeiras para a pretendente de contratar.

Os exemplos seriam infinitos, porém o mais importante é ficar assentado que não há como dar uma resposta abstrata e uniforme de qual direito fundamental deve prevalecer, muito menos que os direitos dos empregados sejam precedentes ou não possam ser ponderados. Poderá sim, tanto o legislador, quanto as normas coletivas, realizarem a tarefa de ponderação e já fixarem, sob aquelas determinadas condições, qual é o resultado da colisão. Poderiam os sindicatos, das empresas e dos empregados das indústrias farmacêuticas, disporem em cláusula de norma coletiva que as revistas são admitidas quanto aos empregados que trabalham em setores de produção e guarda de remédios de alto custo, desde que as revistas sejam aleatórias, reservadas, realizadas por pessoas do mesmo sexo e sem exposição dos empregados ou seus pertences. Nessa situação estaria o juiz vinculado ao resultado da ponderação já realizada pelas próprias partes, sendo ilegítimo ao intérprete realizar novo sopesamento, substituindo-se às partes e, mais ainda, desconsiderando a cláusula normativa, como ainda ocorre amiúde no foro.

Se as hipóteses previstas em normas coletivas em que se admitem as revistas forem desproporcionais e, por isso, violadoras do núcleo essencial dos direitos fundamentais, reclamará a atuação do Ministério Público do Trabalho ou das partes coletivas convenientes, por intermédio da adequada ação de nulidade de cláusulas de normas coletivas, quando o julgador poderá adentrar no exame dos testes da proporcionalidade para dizer se a cláusula é válida ou nula, cuja decisão terá eficácia *erga omnes*.

3.6.3. *Conflito entre regras e princípios*

A Constituição abriga textos que podem ser interpretados e construídos (normas jurídicas) tanto com a estrutura de regras quanto a de princípios, pelo que nem toda norma construída a partir de um dispositivo constitucional é um princípio. Também nem todos os princípios construídos a partir da Constituição são direitos fundamentais. Esses últimos representam uma pequena parte do grande conjunto das normas constitucionais.

Para que se possa manter coerência sistêmica e racional na dogmática dos direitos fundamentais, a solução possível é entender que as regras jurídico-constitucionais que enunciam restrição a um princípio devem ser privilegiadas. Raciocinar em sentido inverso, entendendo que o princípio deva prevalecer, levaria à conclusão de que as regras constitucionais originárias seriam inconstitucionais, natimortas. É por essa razão que se tem entendido, com André Ramos Tavares, que as regras constitucionais que enunciam diretrizes contrárias aos princípios jurídicos são restrições a eles e, por isso, devem prevalecer nos casos concretos de colisão, por opção expressa do legislador constituinte.²⁷⁹

Humberto Ávila também diz que “num confronto horizontal entre regras e princípios, as regras devem prevalecer, ao contrário do que se faz supor a descrição dos princípios como sendo as normas mais importantes do ordenamento jurídico.”²⁸⁰

A fixação dessa primeira conclusão traz como consequência que quando o constituinte já fez uma ponderação entre princípios e positivou uma regra de restrição a um deles, não se admite que o Legislativo ou o Judiciário realize nova ponderação, corrompendo e subvertendo a opção constituinte. Ilustrativamente, o STF julgou um *habeas corpus* em que se discutia a possibilidade de ponderação, a luz do princípio da proporcionalidade, da regra que veda a admissão das provas ilícitas nos processos, para tanto invocou-se o princípio jurídico do interesse público repressivo. Pretendia-se admitir uma prova ilícita, mas que segundo os argumentos acusatórios justificava-se em razão do interesse público. No acórdão, verifica-se que a Excelsa Corte não atendeu ao pedido de ponderação ao argumento de que “foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário, da eficácia da persecução

279 “Contudo, há de se admitir que os princípios constitucionais possam ser excepcionados, pelo constituinte originário, o que ocorrerá, evidentemente, por meio da elaboração de determinada regra oposta ao princípio em apreço, sem que essa regra esteja necessariamente conectada a algum outro princípio constitucional que, por aplicação dessa regra, seja automaticamente invocado. Poder-se-ia concluir, pois, que a regra constitucional acaba sobrepondo-se ao princípio. Na realidade, por ser concreta (específica), dirigida a determinada situação, a regra abre seu espaço de aplicação, subtraindo-o do espaço genérico de aplicação do princípio. É uma retração do campo de incidência do princípio, por expressa vontade do constituinte originário. Como síntese, pode-se afirmar que os princípios aplicam-se amplamente, salvo restrição expressa em sentido contrário – restrição, essa, que estará consubstanciada em uma regra.” (Tavares, Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva Constitucional, p. 36/37).

280 Ávila, op. cit., p. 106.

criminal – por valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita.”²⁸¹

Quanto ao mesmo tema, mas tendo como objeto de estudo a Constituição portuguesa²⁸², Jorge Reis Novais defende que quando o constituinte prescreve a nulidade das provas obtidas mediante abusiva intromissão, a disposição reproduz uma ponderação que já foi realizada pelo legislador. O constituinte já considerou que em algumas situações e não havendo outras provas poderão crimes graves ficar impunes, mas por outro lado a valorização da dignidade humana, vedando abusos policiais e judiciais, justifica essa opção. Levando em conta todos esses fatores “o legislador constituinte optou por uma solução, seguramente discutível, contestável, mas que é inequivocamente a solução constitucional.”²⁸³ Por todos esses motivos não pode o juiz na sua atividade de aplicação das normas constitucionais “ignorar o sentido da proibição constitucional e, muito menos, inverter o seu sentido, substituindo os juízos de ponderação feitos pelo legislador constitucional pelos seus próprios juízos e por mais errôneos que aqueles se lhe afiguram.”²⁸⁴

Se o confronto constitucional entre regras e princípios é sempre resolvido em favor da regra, o eventual conflito transversal já reclama um maior refinamento, isso porque a restrição a direitos fundamentais não se dá apenas quando foi de forma expressa realizada pelo constituinte originário, mas também poderá ser feita a restrição pelo legislador ordinário, pelas próprias partes e, em último caso, pelo intérprete quando houver necessidade de solucionar colisão entre os princípios e as regras, sem nenhuma solução antecedente já dada pela Constituição ou pelas leis. Trata-se de autorização implícita de restrição em prol da harmonização dos valores constitucionais, cuja técnica de argumentação é tratada em vários tópicos da tese.

O constituinte originário pode enunciar um direito fundamental, mas já delegar ao legislador ordinário a possibilidade de sua conformação, autorizando

281 STF – Tribunal Pleno – HC n. 79.512/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 16.05.2003.

282 “Artigo 32, n. 8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.”

283 Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, p. 374/375.

284 Novais, *loc. cit.*

a sua restrição por meio de uma regra da legislação. Contudo, o legislador ordinário, sob pena de esvaziar o princípio constitucional, deve modular a restrição legislativa dentro dos parâmetros da proporcionalidade. Daí resulta que uma regra ordinária restritiva dos direitos fundamentais, caso não atenda os testes da proporcionalidade, será materialmente inconstitucional. Se todas as regras restritivas de direitos fundamentais previstas na redação originária constitucional devem ser aplicadas – e não admitem seu afastamento ao argumento da ponderação –, não são todas as regras restritivas ordinárias e os acordos entre as partes que o serão, posto que devem antes passar pelo crivo do controle de constitucionalidade material.

Avançando nas hipóteses de restrições dos princípios constitucionais, Jorge Reis Novais leciona que as restrições implícitas não só são admissíveis, como são inevitáveis. Eis o resumo da sua lição:

A necessidade, imposta pelo princípio da unidade da Constituição e pelo princípio da igualdade, de compatibilizar os valores em conflito no sentido da sua realização otimizada pode ser acompanhada da impossibilidade objectiva de satisfação integral de cada uma das normas constitucionais que garantem os bens em conflito. Nessa altura, há uma inevitabilidade objectiva de limitação, eventualmente recíproca, dos efeitos jurídicos que emanam das disposições constitucionais e, porventura, a eventual necessidade de afetação desvantajosa do conteúdo de proteção à parte contido na norma de direito fundamental, mesmo que em alguns casos para isso não se disponha – até porque tal seria objectivamente impossível para todas as situações – de autorização constitucional expressa. A não consideração da possibilidade de restringir os direitos fundamentais sem reservas quando em colisão com outros bens constitucionais teria como contrapartida necessária a não observância ilegítima de outras normas constitucionais por parte dos poderes constituídos que se vissem colocados perante a necessidade de resolver as situações de conflito.²⁸⁵

Importante frisar que a Constituição portuguesa prevê no artigo 18 que: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”, ainda assim Reis Novais encontrou grande eco com sua tese ao

²⁸⁵ Novais, op. cit., p. 548.

admitir a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais não expressamente autorizada pela Constituição, doutrina que também foi recepcionada pela Corte Constitucional portuguesa.

Os direitos fundamentais podem sofrer restrições por regras originárias do próprio texto constitucional, por regras da legislação expressamente autorizadas, por regras jurídicas implicitamente autorizadas e por disposição contratual, individual ou coletiva, das próprias partes. Em todos os casos deve-se entender que o legislador, constitucional ou ordinário, e as partes já realizaram uma pré-ponderação entre dois princípios colidentes em abstrato e deram a solução por meio de uma regra jurídica, a qual deve ser prestigiada, salvo nos casos de inconstitucionalidade – quando a restrição feita não atender a proporcionalidade, hipótese em que a regra declarada inconstitucional e o princípio será aplicado diretamente.

Nessa última situação, contudo, não houve prevalência do princípio no conflito com uma regra, mas apenas o reconhecimento de que a regra não era válida no sistema, logo o conflito era aparente, confirmando que sempre que uma regra, proporcional e constitucional, ou seja, válida, conflitar com um direito fundamental, a regra jurídica ou o negociado pelas partes irá sempre prevalecer, respeitando-se a vontade legislativa e das partes, democraticamente instituídas.

Nessa linha de ideias, Virgílio Afonso da Silva diz que os mecanismos utilizados para conflitos de regras (plano da validade) e de princípios (sopesamento) não se aplicam adequadamente nas hipóteses de conflitos entre regras e princípios. Entender que um princípio jurídico, quando não aplicado em favor de uma regra, fosse expelido do sistema, por invalidade, é incompatível com a teoria dos princípios, assim como realizar um sopesamento entre uma regra e um princípio, afastando a aplicação da regra em determinada situação, ainda que sua hipótese fática esteja preenchida, afasta a sua característica conceitual de garantidora de direitos definitivos (no modelo “tudo-ou-nada”). A solução então para o conflito entre as diversas hipóteses normativas é a seguinte:

Em regra, não se pode falar em uma colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, *feito pelo legislador*, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princí-

pios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por *subsunção*.²⁸⁶

Concluimos o tópico reconhecendo que os princípios constitucionais podem sofrer restrições pela legislação infraconstitucional, pelos tratados ou pela vontade das partes, na medida em que necessárias para conformação dos demais princípios antagônicos. Nesse caso, é o legislador que já realiza a ponderação *in abstracto* e expõe o resultado por meio de regras jurídicas, que, se constitucionais (proporcionais), devem ser aplicadas. No Direito do Trabalho, como consequência, admitimos a restrição proporcional dos direitos fundamentais dos trabalhadores e dos empregadores, restrição realizada, primordialmente, pelo legislador e por meio das regras. Não é por outra razão que as regras restritivas, editadas durante a fase política do neoliberalismo, retraíram direitos fundamentais previstos na Constituição e são tidas como legítimas²⁸⁷, assim como as negociações, coletivas ou individuais, atendidos todos os requisitos acima.

Um exemplo recente ocorreu com a inclusão do art. 235-B na CLT, pela Lei n. 13.103 de 2015, ao prever que é dever dos motoristas profissionais submeter-se a exames toxicológicos e a programa de uso de droga e bebida alcoólica, cuja recusa será considerada infração disciplinar, podendo ensejar até a dispensa por justa causa. O inovação legislativa representa, com clareza, uma ponderação que já foi realizada pelo legislador, de acordo com as circunstâncias fáticas concretas da profissão de motorista profissional, obrigando a realização de exames que atiram com o direito fundamental de privacidade e intimidade dos motoristas, restringindo-os dentro da proporcionalidade. Em diversas outras profissões, onde não estarão presentes as mesmas particularidades fáticas, a exigência de submissão aos testes citados será considerada como uma intromissão indevida, gerando indenização por danos morais e até a rescisão contratual por culpa patronal.

286 Silva, Direitos Fundamentais, p. 52.

287 O aumento das hipóteses de contratação temporária a título precário (Lei 9.601 de 1998) representa uma restrição ao princípio do pleno emprego e ao princípio específico trabalhista da continuidade da relação de emprego, em alguma medida, mas é tida como *proporcional* e, por isso, constitucional, por corolário prevalecendo quando em conflito com o princípio da busca do pleno emprego. Na verdade, o legislador já pré-ponderou os princípios em conflito e positivou a regra de que se admite a restrição ao princípio do pleno emprego nas hipóteses da Lei 9.601 de 1998, inclusive.

Dessa compreensão deriva que o juiz trabalhista não está autorizado a deixar de aplicar uma regra jurídica ordinária restritiva de direitos fundamentais ao argumento de que ela conflita com um princípio constitucional, pura e simplesmente. Somente poderá fazê-lo por intermédio do controle difuso material de constitucionalidade, declarando a invalidade da regra jurídica, quando a gravidade da sua decisão exige manifestação expressa, quórum qualificado nos Tribunais²⁸⁸ e admite a sindicância em recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.²⁸⁹

3.7. Inexistência de lacunas normativas no sistema jurídico pós-positivista

O reconhecimento da força normativa dos princípios e a pluralidade de fontes normativas, conduz-nos a enxergar a inexistência de lacunas no sistema jurídico, a partir de sua interpretação pelo modelo metodológico pós-positivista, reconhecendo a força normativa dos princípios jurídicos e a tendência expansionista, alcançando, necessariamente, todas as hipóteses fáticas que uma regra jurídica eventualmente não alcance.

No sistema juspositivista, formado apenas por regras jurídicas, pode ocorrer que nenhuma delas tenha a hipótese fática preenchida pelo caso concreto, quando haveria lacuna normativa. As lacunas seriam integradas pela analogia, costumes e princípios gerais do direito (LINDB, art. 4º c/c CPC/1973, art. 126). Diversamente, no sistema jurídico pós-positivista, não há lacunas. Em resumo, ao se reconhecer que os princípios são mandamentos de otimização e que tendem à expansão, somente sendo paralisados por regras restritivas e por outros princípios colidentes, chegamos a conclusão que não há na realidade nenhuma relação fática que não esteja alcançada ao menos por um princípio. Toda relação fática, quando não recolhida por uma regra jurídica, necessariamente o será por um princípio. No limiar, a dignidade humana servirá de pauta normativa para a solução das hipóteses fáticas em que não há regras ou princípios incidentes, quando haverá aplicação direta da dignidade humana e não aplicação integrativa – pressupondo a existência de lacunas normativas.

288 Cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da Constituição c/c Súmula Vinculante n. 10 do STF).

289 Artigo 102, III, b, da Constituição.

O mecanismo juspositivista que determina a integração das lacunas com os princípios gerais do direito reforça a nossa posição de que ao se reconhecer implicitamente que, mesmo em não havendo nenhuma regra que satisfaça a hipótese fática, sempre haverá um princípio jurídico que alcançará a situação em análise. Assim, partindo do pressuposto que os princípios têm a mesma força normativa que as regras, para os pós-positivistas, fica claro que sempre haverá uma regra ou um princípio incidente diretamente na hipótese fática, impossibilitando a existência das lacunas normativas no sistema científico pós-positivista.²⁹⁰

A adoção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, aplicando-os diretamente da Constituição às relações jurídicas, mesmo que não haja regra da legislação que assim determine, também representa o reconhecimento de que não há mais lacunas em nosso ordenamento jurídico.

Acreditamos que a opção também foi a escolhida pelo novel legislador processual civil, coerentemente, ao migrar as matrizes metodológicas do positivismo normativista do Código de 1973 para o pós-positivismo no CPC de 2015.

O artigo 126 do Código de 1973 prevê que o juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito. É a consagração do modelo juspositivista que apenas enxerga normatividade plena nas regras, de modo que, não as havendo – ocorrendo lacunas – deve o magistrado preenchê-las por meio do recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Com o Novo CPC o legislador reconhece a força normativa dos princípios jurídicos²⁹¹ e, decorrendo da opção, o texto aprovado pelo Senado (2010) determinava no artigo 108 que o juiz não se eximia de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide, aplicar os princípios constitucionais e as normas legais; não as havendo, recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito. Note-se a impropriedade metodológica. Ao mesmo tempo em que se reconhece que os princípios constitucionais têm força normativa e devem ser aplicados aos casos em julgamento, por outro

²⁹⁰ Molina, *op. cit.*, p. 37/38.

²⁹¹ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

lado e contraditoriamente, o legislador continuava reconhecendo a existência de lacunas, tanto é que determinava ao juiz a utilização dos critérios clássicos juspositivistas para sua colmatação, sem atentar à nossa advertência de que no modelo pós-positivista não há mais lacunas.

O equívoco foi corrigido pela emenda aprovada na Câmara (2014) e incorporada ao texto final levado à sanção, cujo dispositivo final prevê que o juiz não se eximirá de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, sem reconhecer a existência das lacunas – até porque elas não mais existem –, muito menos determinando ao juiz o preenchimento por meio da analogia, costumes e princípios gerais do direito.²⁹²

Ponto importante de ser observado é que o legislador, no modelo antigo, dizia que havendo lacuna na lei já deveria o juiz socorrer-se dos mecanismos de integração (LINDB, art. 4º c/c CPC, art. 126). Atualmente, expandindo o objeto de análise do juiz, diz que ele não pode eximir-se de sentenciar alegando lacuna no ordenamento jurídico, justamente por que o objeto de interpretação do magistrado deixou de ser a legislação estanque de determinado departamento jurídico, para ser o ordenamento jurídico completo, alcançando as normas constitucionais e os tratados internacionais. Nesse objeto ampliado de observação, até porque pródigo na previsão de textos que ostentam a forma de princípios jurídicos, não há mais lacunas, embora nas leis, individualmente consideradas, ainda há.

Do quanto exposto, parece-nos absolutamente ultrapassada a posição de grande parte da doutrina trabalhista que reconhecia a existência de lacunas, não só as normativas (reconhecidas pelo juspositivismo), mas também das ontológicas e axiológicas, próprias do tridimensionalismo, modelo metodológico que não é adotado nem pelo legislador processual de 1973 e nem pelo do novel código de 2015.

A partir das reformas do Código de Processo Civil realizadas nos anos de 2005 e 2006²⁹³ surgiu o questionamento da aplicabilidade ao processo do trabalho, na medida em que mais efetivas, foi quando ganhou fôlego entre os proces-

292 Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

293 Leis 11.232/2005 (Liquidação e execução de sentença), 11.276/2006 (Súmula impeditiva de recursos e saneamento das nulidades processuais em sede recursal), 11.277/2006 (Julgamento de processos repetitivos), 11.280/2006 (Reconhecimento de ofício da incompetência relativa e da prescrição), 11.382/2006 (Execução de título extrajudicial) e 11.419/2006 (Atos processuais por meios eletrônicos).

sualistas trabalhistas a tese de Maria Helena Diniz acerca das várias espécies de lacunas, normativas, ontológicas e axiológicas. Deriva a tese da professora homenageada da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, que desenvolveu-a enquanto uma posição integradora e superadora das perspectivas unilaterais do normativismo kelseniano, do jusnaturalismo e da sociologia jurídica. Para Miguel Reale, o direito é o resultado dialético dos fatos, valores e normas, por isso, para ele, uma norma para ser aplicada deveria ser socialmente eficaz, justa e ostentar normatividade.²⁹⁴

A partir da teoria tridimensional do direito, Maria Helena Diniz criou a tese das três espécies de lacunas²⁹⁵, reconhecendo que se uma norma fosse editada sob certo procedimento (normatividade), mas fosse injusta, não deveria ser aplicada e, por isso, haveria lacuna axiológica, de igual modo em relação às outras perspectivas do fenômeno jurídico, com as ontológicas (fatos) e normativas (positividade).

Luciano Athayde Chaves defendeu a importação da teoria tridimensional das lacunas de Maria Helena de Diniz como o método adequado para a aplicação do direito processual civil mesmo quando a CLT não apresentasse lacuna normativa.²⁹⁶

294 REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

295 DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

296 “Precisamos avançar na teoria das lacunas do direito (quer sejam estas de natureza normativa, axiológica ou ontológica), a fim de reconhecer como incompleto o microsistema processual trabalhista (ou qualquer outro) quando - ainda que disponha de regramento sobre determinado instituto - este não apresenta fôlego para o enfrentamento das demandas contemporâneas, carecendo da supletividade de outros sistemas que apresentem institutos mais modernos e eficientes.” (Chaves, A recente reforma no processo comum, p. 28/29).

No mesmo sentido caminharam Carlos Henrique Bezerra Leite²⁹⁷, Wolney Macedo Cordeiro²⁹⁸, Suzy Elizabeth Cavalcante Koury²⁹⁹ e diversos magistrados trabalhistas reunidos em memorável congresso.³⁰⁰

Os problemas metodológicos da recepção dessa teoria é que somente faz sentido a existência das lacunas normativas, ontológicas e axiológicas aos juristas tridimensionalistas que, também, interpretam todo o fenômeno jurídico pelo método da tridimensionalidade. Bem por isso, compreendemos que a importação episódica da teoria das lacunas de Maria Helena Diniz revela um sincretismo metodológico equivocado, mormente porque a opção metodológica do legislador processual civil de 1973 foi a juspositivista, refutando as influências sociológicas, jusnaturalistas e tridimensionalistas, decorrendo que não existem lacunas axiológicas ou ontológicas para o legislador processual brasileiro, nem o civil nem o trabalhista. E isto está muito claro nos textos da CPC de 1973 e na CLT.

Maria Helena Diniz desenvolveu sua teoria enquanto tese, professora de filosofia do direito que também é, lançando reflexões de *lege ferenda*, muito embora não fosse essa a posição prestigiada pelo legislador. Estivesse escrevendo como jurista dogmática, em atividade descritiva do direito positivo, fatalmente não admitiria a existência das lacunas ontológicas e axiológicas.

297 “Nesse passo, urge repensar o próprio conceito de lacuna, de maneira a possibilitar a heterointegração dos subsistemas do direito processual civil e do direito processual do trabalho, o que pode ser implementado mediante transplante de normas daquele, sempre que isso implicar maior efetividade deste. A heterointegração pressupõe, portanto, a existência não apenas das tradicionais lacunas normativas, mas também das lacunas ontológicas e axiológicas.” (Bezerra Leite, *As recentes reformas do CPC*, p. 101).

298 CORDEIRO, Wolney de Macedo. Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao processo do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). **Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007, p. 26-51.

299 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. As repercussões do novo Código de Processo Civil no Direito do Trabalho: avanço ou retrocesso? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 78, n. 03, jul/set 2012, p. 254-268.

300 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada pela ENAMAT, TST e ANAMATRA, de 21 a 23 de novembro de 2007: “APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os arts. 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. A aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social.” (Enunciado 66).

A partir da vigência do Novo CPC reforçar-se-á a inutilidade do recurso à teoria das lacunas de Maria Helena Diniz – até porque elas deixarão de existir – quando o foco de observação do processualista trabalhista deixará de ser a CLT e passará a ser todo o ordenamento jurídico, resultado do acoplamento do diploma trabalhista com o CPC de 2015, a Constituição Federal e os Tratados Internacionais, formando um único objeto de estudo, a partir do qual os intérpretes construirão as normas processuais e, organizando-as com a estrutura de sistema, resolverão as antinomias pelo critério da norma mais efetiva, aplicando-as aos casos concretos, independente da sua posição topográfica no ordenamento jurídico.



Capítulo IV

A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho³⁰¹

4.1. Evolução

A teoria contratualista que explica o surgimento do Estado reconhece que os homens viviam em estado de natureza, de forma livre, sendo o senhor absoluto de sua pessoa e de seus bens, mas a sua liberdade era passível de violação por outros, igualmente livres e soberanos. As incertezas, exposições e estado de tensão os fizeram deixar a liberdade para reunirem-se em sociedade, por meio do contrato social que criava uma instituição com o objetivo de conservar a vida, a liberdade e a propriedade. O contrato garantia aos homens a defesa da paz e da propriedade, assegurando os seus direitos naturais, mas os cidadãos abriam mão de parcela de sua liberdade em benefício do Estado, na passagem do estado de natureza para o civil. Segue-se que não eram os Estados que concediam aos cidadãos os direitos naturais, antes os conservava, eis que já existentes e anteriores à sua formação.

O limite de atuação estatal coincidia com o respeito aos direitos naturais, não se admitindo exorbitância, cuja moldura foi definida pelas antigas declarações de direitos, sendo a primeira a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Os direitos naturais que no início eram proclamados nas declarações foram incluídos nas constituições e, depois, em tratados internacionais. Quando previstos nas constituições são conceituados como direitos fundamentais e quando previstos nas normas internacionais, como direitos humanos. Canotilho diz que os “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente; (...)

301 Retomamos nesse capítulo a pesquisa sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, cujo tema já fora objeto de estudo em ocasião anterior (Molina, Teoria dos princípios trabalhistas, p. 78/142), que neste momento é aprofundada, ampliada e atualizada.

os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”³⁰²

Depois da sedimentação dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa dos cidadãos em face do Estado, surgiram questionamentos a respeito da incidência nas relações entre cidadãos. Virgílio Afonso da Silva resume o tema ao lecionar que os direitos fundamentais nasceram como direitos cujos efeitos se produzem na relação entre o Estado e os cidadãos. Essa visão limitada provou-se insuficiente, pois se percebeu que, principalmente em países democráticos, não é somente o Estado que viola os direitos dos cidadãos, mas inclusive os particulares, notadamente aqueles dotados de algum poder social e econômico. Por variados motivos, contudo, é impossível transportar a metodologia de aplicação dos direitos fundamentais da relação Estado-particulares para a relação particulares-particulares, especialmente porque, no primeiro caso, só os cidadãos são titulares de direitos fundamentais, enquanto que, na relação horizontal, ambas as partes o são.³⁰³

A Constituição Federal de 1988 adotou as lições acima, na medida em que reconheceu os direitos naturais previstos em tratados como sendo direitos humanos (art. 5º, § 3º), já os direitos fundamentais enquanto os direitos naturais positivados pelo constituinte, espaço-temporalmente situados (Título II).

O objetivo do capítulo é dar um passo além, questionando se há eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, na medida em que essa é tida como uma relação de direito privado em sentido lato. De que forma essa aplicação se daria? Se direta e imediatamente da Constituição ou indireta e mediadamente?

Para que se possa entender o atual momento de constitucionalização do direito privado e também de privatização do direito público que alcança quase todos os ordenamentos jurídicos da cultura ocidental é importante a verificação das bases políticas e legais sobre as quais esse fenômeno se sustenta. Mais precisamente deriva da divisão do ordenamento em direito público e direito privado, especialmente no enfraquecimento dessa divisão, com a constante interpenetração e ciclos de influência recíproca.

Na Grécia não havia uma divisão entre o público e o privado, na medida em que a política, os julgamentos, a elaboração das leis, eram todos realizados

302 Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 393.

303 Silva, *A Constitucionalização do Direito*, p. 18.

na ágora, com a ativa participação dos cidadãos, misturando seus interesses privados ao público.

Foi precisamente em Roma que a divisão foi demarcada. No *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, no *Digesto*, 1.1.1.2., estava previsto:

São dois os temas deste estudo: o público e o privado. Direito público é o que se volta ao estado da *res Romana*, privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais. Pois alguns são úteis publicamente, outros particularmente. O direito público se constitui nos *sacra*, sacerdotes e magistrados. O direito privado é tripartido: foi, pois, selecionado ou de preceitos naturais, ou civis, ou das gentes.³⁰⁴

Na mesma legislação havia outras passagens que previam, por exemplo, a supremacia do direito público sobre o privado (*Digesto*, 38, 2, 14) e, como consequência, que a livre manifestação das partes poderia modificar as normas de direito privado, mas não as de direito público (*Digesto*, 45, 50, 17), as até hoje invocadas normas cogentes ou de ordem pública.

Nas demais fases da história jurídica ocidental, a dicotomia entre os sistemas público e privado sempre se fez presente, ora com prestígio de um dos ramos, ora do outro, mas de forma desordenada e pendular.

A primeira fase foi a de maior prestígio do direito privado, logo após o direito romano e já no início da era medieval. Esta última foi marcada pela absorção do público pelo privado, eis que a propriedade privada era a maior instituição econômica, jurídica e política. Os senhores feudais exerciam inegável função pública sobre os vassalos e os servos que habitavam o feudo, impondo as regras de conduta, a instituição de tributos, julgavam os subalternos e executavam as próprias decisões.

Já no início da modernidade, a partir da ascensão da burguesia, houve uma maior interpenetração do público no privado, pois interessava aos burgueses a criação de um Estado nacional, com administração centralizada, e a consequente extinção das barreiras fiscais, alfandegárias e a unificação da moeda, tudo isso para desenvolver livremente as atividades mercantis. Também houve interpenetração do direito privado no público, visto que ao monarca interessava o fortalecimento da burguesia, de modo a cada vez mais cobrar impostos e obter a concessão de financiamentos às obras públicas e para as investidas militares.

304 *Digesto* de Justiniano, p. 16/17.

Consolidada a burguesia e o poder centralizado, já no final do século XVIII, aquelas interpenetrações se dissolveram. Houve realce da dicotomia público e privado mais uma vez. De um lado as relações políticas, o Estado e o interesse público, de outro as relações mercantis, a sociedade civil e os interesses privados. Aqui o campo da igualdade formal; lá o espaço da desigualdade, da supremacia do Estado em face do particular.

A divisão política refletiu na seara do Direito com a separação entre o Estado e a sociedade, a política e a economia, a intervenção e a liberdade dos indivíduos. O direito privado se torna estatal e burguês, na medida em que o legislador passa a se ocupar de temas de direito privado, com as codificações, deixando de lado o direito costumeiro, canônico ou romano. Burguês porque com a Revolução Francesa os ideais da burguesia, agora consolidada no poder, refletem em quase todas as leis da sociedade ocidental, calcados nos pilares do liberalismo econômico, individualismo, propriedade privada, igualdade formal e liberdade de contratar, com sua consequência imediata de *pacta sunt servanda*. Os juízes são a mera boca que reproduz as palavras da lei, todas as soluções jurídicas já estão previstas no ordenamento jurídico-privado (não existindo lacunas³⁰⁵), incumbindo aos juízes apenas a adequação do caso concreto ao catálogo legal (subsunção), praticamente não existindo princípios jurídicos, cláusulas abertas ou os conceitos indeterminados nos códigos.

A partir das primeiras décadas do século XX a ordem de primazia do direito privado leva sério golpe com o advento das constituições sociais. Com a Constituição mexicana de 1917 foram alçados à categoria de direitos fundamentais diversos direitos de índole social. Seguiram-se outras constituições sociais, como a alemã de 1919. O *Welfare State* empolgou a intervenção do Estado na economia e, com isso, no direito privado, nos contratos, no Direito do Trabalho, para se promover uma igualdade na sua perspectiva material.

Procurou-se limitar o Poder Executivo por meio do princípio da legalidade, o Legislativo com o controle de constitucionalidade e o Poder Judiciário com o

305 Aqui nasce o brocardo de que, em direito privado, tudo que não está proibido é permitido, mesmo que não haja expressa previsão legal. Precisamente deriva essa idéia do contratualismo de John Locke, para quem o Estado é um mal necessário (tem a função de proteção dos direitos privados), bem por isso somente está autorizado a atuar naquele limite que o legislador lhe autorizou e somente enquanto houver autorização. Fora desses limites delegados ao Estado, o homem vive no *estado de natureza*, livre para o exercício pleno de seus direitos.

signo da separação dos poderes e a existência de Cortes constitucionais formadas por indicados dos três Poderes e de setores da sociedade civil.

Importante ressaltar que o Código Civil francês, baluarte do liberalismo e do direito privado, não sofria qualquer influência pública, seja porque a Constituição tratava apenas de temas de direito público, seja porque não existia nesse país um sistema de controle de constitucionalidade do direito privado, pelo que o legislador estava livre para legislar sem qualquer apego às normas constitucionais.

No século XX há o fortalecimento do modelo socialista do leste europeu. As legislações passaram a refletir o novo modelo, os códigos civis foram agregados com cláusulas abertas, conceitos indeterminados, houve a suavização do axioma do *pacta sunt servanda*, houve a enunciação de princípios jurídicos, bem como o grande sistema do Código Civil passou a ser substituído por microssistemas especiais que tratam pormenorizadamente dos diversos temas do direito privado, como consumidor, estatuto da criança e do adolescente, locações, etc.

No segundo pós-guerra, quase todos os Estados ocidentais promulgaram novas constituições, todas elas com diversas garantias de proteção à dignidade da pessoa humana, com um catálogo de princípios de defesa oponíveis contra o Estado, mas também com garantias fundamentais sociais positivas e direitos da coletividade, como os coletivos e difusos. Percebe-se por estes últimos que houve interpenetração das anteriores esferas públicas e privadas.

A divisão dicotômica já não mais se justifica, na medida em que, segundo diretriz constitucional, pode-deve o Estado intervir, quando necessário, no domínio do direito privado. As novas constituições, como a nossa de 1988, contém diversas cláusulas de função social da propriedade, função social das famílias, defesa do consumidor, interveniência nas relações de trabalho, entre tantas outras autorizações que justificam a penetração dos vetores constitucionais no direito privado. Se durante a Idade Moderna os códigos civis eram as fontes mais importantes do direito privado, em tempos de pós-modernidade são as próprias constituições os eixos centrais em torno dos quais gravitam todos os ramos do direito.

O certo é que desde o Direito Romano já existia a divisão estanque entre o direito público e o direito privado, sem nenhuma zona de intersecção entre eles. A divisão desencadeou a ideia de que existiam dois sistemas diversos, autônomos e independentes, um de direito público e outro de direito privado, de modo que as normas que pertenciam a um sistema não poderiam estar inseridas em

outro. Em palavras outras, as regras de direito público – e as constituições que surgiram séculos depois – pertenciam a um sistema S1 que não tinha nenhum ponto de interseção com o sistema S2 de direito privado. Consequência lógica dessa divisão é que não havia hierarquia entre as regras que pertenciam a sistemas diversos. Mais especificamente, as antigas constituições não eram consideradas hierarquicamente superiores aos códigos civis, e mesmo a toda legislação privada, por pertencerem a sistemas diferentes, disso segue que as disposições constitucionais não balizavam a atuação dos particulares entre si.

Apenas no início do século XX, com Hans Kelsen, é que a teoria passou a reconhecer que toda a legislação estava inserida no mesmo e único sistema, havendo um encadeamento lógico entre as leis e a Constituição, razão pela qual essa última estava no topo do ordenamento (forma piramidal), influenciando toda a legislação, quer pública quer privada. Não é por outra razão que Hans Kelsen foi o elaborador da teoria do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

A teoria do controle de constitucionalidade, além de reconhecer que a lei deve respeitar o procedimento formal de elaboração para ostentar validade, avançou para reconhecer que os limites materiais impostos pela constituição também serviam de pauta informativa ao Legislativo, significando que o direito privado deve respeitar também os direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade material.

A par da contribuição que foi o controle de constitucionalidade, também as conclusões de Hans Kelsen proporcionaram o atual questionamento sobre os destinatários dos direitos fundamentais e, em que medida, incidiriam nas relações privadas.

A preocupação constitucional com os temas de direito privado recebeu o epíteto de *constitucionalização do direito privado*, querendo significar que esse ramo não mais fica à margem da regulação constitucional, devendo todas as regras de direito ser interpretadas a partir das garantias constitucionais, ou na feliz síntese de Paulo Ricardo Schier, passar pela filtragem constitucional, quando as normas ordinárias devem ser interpretadas a partir da Constituição.³⁰⁶ Decorre dessa premissa a técnica da interpretação conforme à constituição que foi recepcionada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal.

306 SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

Avançando a partir da premissa acima, passou a ser preocupação recente naqueles países ocidentais de tradição jurídica romano-germânica desvendar em que medida e de que forma os direitos fundamentais interpenetrariam no direito privado. Se os particulares poderiam invocar um direito fundamental para aplicação em suas relações com os outros particulares (eficácia horizontal)? E se a invocação poderia ser diretamente da Constituição ou dependeria de mediação legislativa?

Na década de 1950, juristas alemães passaram a defender a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, quando duas posições surgiram. A mais arrojada que defendia a aplicação direta e imediata, a partir da Constituição. A segunda posição, surgida concomitantemente, dizia que os direitos fundamentais eram aplicados mediata ou indiretamente, de forma que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados da legislação civil deveriam ser preenchidos e interpretados a partir dos princípios constitucionais.

Foi a partir da Lei Fundamental alemã de 1949, mais especificamente tendo em foco os artigos 1º e 19³⁰⁷, que surgiram as primeiras discussões acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ou, na nomenclatura da experiência desse país, eficácia perante terceiros (*Drittwirkung der Grundrechte*).

Se os direitos fundamentais vinculavam diretamente o Executivo, tanto o impedindo de agir contra as garantias constitucionais, mas principalmente impondo-o a busca de sua implementação, assim como o Legislativo que deveria se abster de editar leis inconstitucionais e legislar positivamente para regulamentar as cláusulas programáticas da constituição, o Poder Judiciário foi convocado a dar sua parcela de contribuição na reconstrução da democracia e primado dos direitos fundamentais. A ele incumbia interpretar o direito civil e aplicar as normas a partir dos ditames da Lei Fundamental.

307 “Artigo 1º. (...) 3. Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial. (...) Artigo 19. 1. Quando, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental for restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei será aplicada de maneira geral e não apenas para um caso particular. Além disso, a lei deverá especificar o direito fundamental afetado e o artigo que o prevê. 2. Em hipótese nenhuma um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência. 3. Os direitos fundamentais se aplicarão igualmente às pessoas jurídicas nacionais, na medida em que a natureza desses direitos o permitir. 4. Quem tiver seus direitos lesados pelo Poder Público poderá recorrer à via judicial. Não havendo foro especial, o recurso deverá ser encaminhado à Justiça comum. Este parágrafo não interferirá no disposto na segunda frase do § 2º do artigo 10º.”

As posições se dividiram entre aqueles que defendiam a eficácia direta e aplicabilidade imediata (posições monistas) e outros defendendo a eficácia indireta e aplicabilidade mediata (posições dualistas) dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ressalve-se que algumas posições mistas surgiram, colhendo conceitos em ambas as posições, mas, em relação aos efeitos práticos, nada diferenciava das teorias principais, em essência.

Günter Dürig, em publicação de 1956³⁰⁸, foi o autor da teoria dualista, defendendo que o princípio constitucional da liberdade e o seu consequente imediato, o livre desenvolvimento da personalidade, deveriam continuar sendo os vetores básicos na solução dos problemas de crise entre os particulares.

Diz ele que submeter a atividade dos particulares aos mesmos vínculos que limitam a ação do poder público significaria converter os direitos básicos privados em deveres, com a total inversão de seu sentido. Passaria o Estado a ser o fiscal universal das relações privadas, aniquilando a autonomia da vontade e, com isso, *fetichizando* os indivíduos à condição de exatamente iguais, sem qualquer distinção de formação, gostos, cultura, religião, etc. Não desconhecia Dürig que o poder público, enquanto sujeito passivo de direitos fundamentais, tem obrigação de evitar que esses direitos dos particulares sejam atacados por outros particulares, mas essa proteção é feita pelo próprio direito privado, por meio do Legislativo, que aplicava *mediatamente* os direitos fundamentais por meio da positivação na legislação ordinária. Quando muito os direitos fundamentais serviriam como vetores para a interpretação e a integração das lacunas, cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados da legislação privada.

De outra lado, foi Hans Carl Nipperdey, em obra de 1958³⁰⁹, quem desfraldou a bandeira da teoria da eficácia direta e aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para ele, os direitos de estatura constitucional são vinculantes do Estado, contudo alguns deles, pela própria natureza, podem ser invocados nas relações privadas, sendo exigidos *erga omnes* e sem a necessidade de mediação pelo legislador. Os ataques aos direitos dos cidadãos não são apenas desferidos pelo poder público, antes são alvo das investidas de outros particulares. A unidade da ordem jurídica, capitulada pela Lei Fundamental, não coloca o direito privado à margem da influência das normas constitucio-

308 DÜRIG, Günter. *Grundrechte und privatrechtsprechung*. München: Beck, 1956.

309 NIPPERDEY, Hans Carl. *Die grundrechte: handbuch der theorie und praxis der grundrechte*. Berlin: Dunker & Humblot, 1954.

nais. Como efeito direto da hierarquia normativa, encontra-se o direito privado vinculado à Carta – retomemos aqui a ideia do sistema jurídico uno, no qual estão todas as normas de direito público e de direito privado.

Nessa linha, o Tribunal Federal do Trabalho alemão, presidido por H. C. Nipperdey, julgou um interessante caso para reconhecer como inválida uma cláusula contratual de um hospital privado que previa a extinção do contrato de trabalho caso as enfermeiras contraíssem matrimônio. Por intermédio dessa decisão de 1957 (BAGE 2, 274) entendeu-se que os direitos fundamentais de constituir família e de matrimônio das enfermeiras foi restringindo desproporcionalmente por um particular, fazendo incidir direitos fundamentais da empregada, sem a necessidade de intermediação pela legislação, ou seja, de forma imediata e direta.

Recorreu-se à doutrina de que os direitos fundamentais contêm os princípios ordenadores da vida social, com caráter vinculante, e que tem significação imediata para o tráfico jurídico-privado. Nada obstante tenha inaugurado a discussão, quase todos os autores negaram a teoria de Nipperdey e passaram a defender posição mais atenuada. O único jurista que encampou as ideias de Nipperdey foi W. Leisner.³¹⁰ Este último constrói a espinha dorsal de sua tese a partir da constatação de que não podem os direitos fundamentais significar tudo no campo do direito público e nada no direito privado. Defende, pois, que nas duas esferas significam algo: a última proteção do núcleo essencial da liberdade. Em suma, direitos fundamentais não são nada mais que direitos subjetivos qualificados e reforçados, que se caracterizam por sua especial resistência frente aos poderes públicos, inclusive o legislador.

A despeito da divergência doutrinária, o Tribunal Constitucional Federal foi chamado a responder essa indagação, o que se deu no julgamento do célebre caso *Lüth* de 15 de janeiro de 1958 (BverfGE 7, 198).

Estava sendo realizado um festival de cinema, com a apresentação de várias películas, entre as quais uma intitulada *Unsterbliche Geliebte* (Amantes Imortais). Erich Lüth, Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, escreveu um manifesto público conclamando a sociedade a boicotar a obra cinematográfica, ao fundamento de que o seu autor teria participado ativamente do nazismo.

A produtora da obra boicotada ajuizou ação judicial para obstar que E. Lüth se comportasse daquela forma. A ação foi acolhida em duas instâncias

310 LEISNER, Walter. *Grundrechte und Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1960.

ordinárias, com a imposição de obrigação de não-fazer, utilizando como fundamento o § 826 do BGB. É dizer: Lüth estava se comportando contrário aos bons costumes.

Este último interpôs reclamação constitucional ao Tribunal Constitucional, alegando que as decisões das instâncias ordinárias tinham violado o seu direito fundamental de liberdade de expressão. No julgamento, a Corte Constitucional, pela primeira vez, disse que os cidadãos não só são titulares de direitos fundamentais, mas que citados direitos vinculam todos os poderes públicos, inclusive a atuação do Poder Judiciário, de modo que reformou as decisões ao argumento que deveriam os tribunais ordinários interpretar a regra do § 826 do BGB a partir dos direitos fundamentais de Erich Lüth. Em trecho elucidativo da decisão foi dito que:

De acordo com a jurisprudência permanente do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não só direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente o Estado, mas que representam, ao mesmo tempo, uma ordem valorativa objetiva que, enquanto decisão básica jurídico-constitucional, vale para todos os âmbitos do direito e proporcionam diretrizes e impulsos para a legislação, administração e jurisdição.

Houve acolhida da tese da eficácia mediata, na linha da posição de Dürig, tendo o Tribunal decidido que os magistrados devem interpretar as cláusulas gerais da legislação privada, integrando-as com os direitos fundamentais plasmados na Lei Fundamental. Estes últimos deixaram de ser apenas a limitação ao poder estatal para agregar a função de implementadores de direitos nas relações privadas, ao menos nos casos de omissão legal e na necessidade de complementação das cláusulas abertas e conceitos indeterminados. O que se decidiu, em linhas gerais, foi que haveria eficácia sim dos direitos fundamentais nas relações privadas (o que já era um avanço para a época), mas essa aplicabilidade não era direta, imediata, mas sim mediada pela legislação e pelo juiz, quando o último preenche o conteúdo das cláusulas abertas e dos conceitos jurídicos indeterminados.

Em termos práticos, a nosso sentir, a referida posição não distingue da já utilizada técnica da interpretação conforme, antes apresenta um inconveniente. Pela legislação alemã somente uma violação direta à Constituição é que desafiaria a intervenção da Corte Constitucional, como de resto é a posição atual

do Supremo Tribunal Federal no Brasil, motivo pelo qual ao se reconhecer a procedência da ação, estar-se-ia, por via reflexa, reconhecendo que houve uma violação frontal aos direitos fundamentais, contradizendo a tese da eficácia mediata, em cujo cerne está a violação direta das regras de direito privado e apenas indiretamente a Lei Fundamental alemã.

Acrescenta-se que o resultado do julgamento para essa teoria da eficácia mediata com intermediação judicial em nada difere da que prega a eficácia imediata, na medida em que em ambos os casos o resultado será a aplicação do direito fundamental para resolver a lide, seja de forma direta e imediata, seja por intermédio de longo itinerário de fundamentação que invoca diversas cláusulas gerais da legislação privada. Em ambas as teses o direito fundamental é aplicado. Em um caso abertamente e no outro fantasiado de norma geral da legislação ordinária.

A discussão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas só ganhou espaço na dogmática constitucional brasileira após a Constituição de 88, mais especificamente, salvo algumas manifestações isoladas, a partir da obra de Ingo Wolfgang Sarlet, fruto da tese de doutorado defendida perante a Universidade de Munique em 1996.³¹¹

Radica o debate na interpretação do § 1º do artigo 5º da CF/88, para quem: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.” Nada obstante haja expressa manifestação de que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, não cuidou o poder constituinte de dizer expressamente quem são os sujeitos a eles submetidos, em quais relações os direitos fundamentais aplicar-se-iam imediatamente e em que medida.

As linhas doutrinárias se dividem entre os que defendem a inexistência de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e no segundo grupo estão os que defendem a eficácia entre particulares. O segundo grupo é dividido entre três subgrupos (com algumas notas variantes entre cada tese): 1) aqueles que defendem a eficácia mediata ou indireta; 2) os que defendem a eficácia imediata, sem necessidade de nenhuma intermediação legislativa; e 3) os que defendem a posição intermediária, intitulada por nós de mista ou eclética, conforme a estrutura do princípio específico de direito fundamental, em cujo último subgrupo nos incluímos.

311 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Ainda existem autores que defendem a inexistência de eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas, nada obstante sejam cada vez menor o grupo de doutrinadores nessa direção, que é composto de liberais, bem como de civilistas radicais, que pensam na preservação da pureza dogmática da disciplina. Argumentam que as relações privadas são resolvidas ou pelo direito civil em sentido lato ou pelo direito penal, ficando a Constituição apenas como documento político que garante os limites de atuação do Estado frente aos particulares, acenando ao constitucionalismo embrionário. A aplicação da teoria, segundo eles, acabaria por degradar o princípio da autonomia de vontade que alicerça o direito privado e, na esteira, desnaturar toda a disciplina (“colonização” do direito civil).³¹²

Jane Reis Gonçalves Pereira percebeu que “as concepções que negam qualquer forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, encontram, no diálogo jurídico, cada vez menos ressonância, refletindo hoje uma abordagem mais ideológica do que descritiva do ordenamento.”³¹³

Não conhecemos na doutrina trabalhista quem defenda a inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho (*rectius*: relação privada), na medida em que tal defesa dogmática é impossível, pois grande parte dos direitos trabalhistas está nos artigos 6º, 7º e 8º da Constituição Federal e tem eficácia direta nas relações de trabalho. Ao que tudo indica, o problema no campo laboral está em definir se a eficácia é direta, indireta ou mista, partindo da premissa da existência de eficácia, com isso, descartando essa primeira posição doutrinária.

Entre os que defendem a eficácia indireta nas relações particulares estão Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, para quem o § 1º do artigo 5º da Constituição é claro em vincular apenas os poderes públicos e não diretamente os particulares. Nos casos de omissão legislativa é que estaria o Poder Judiciário – que está vinculado diretamente aos direitos fundamentais – obrigado a colher diretamente na Constituição a solução para os casos concretos, contudo, mediados pelas cláusulas gerais da legislação infraconstitucional.

Advertem, em argumento sucessivo, que mesmo para os que defendem a eficácia dos direitos fundamentais apenas nas relações especiais de sujeição, quando envolve a questão dos *poderes sociais* da experiência alemã ou a doutri-

312 Por todos: BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1990.

313 Pereira, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 486.

na ianque do *state action*, o traço decisivo deverá ser as circunstâncias dos casos concretos e não a verificação *in abstracto* dos considerados fortes. Existirão diversas situações em que o abstratamente mais fraco vai ser o causador da ofensa à algum direito fundamental, reclamando, na situação pontual, a atuação judicial em favor do considerado mais forte. E arrematam Dimoulis e Martins:

Mas isso não impede que a teoria seja aplicada em casos concretos nos quais uma das partes em conflito encontra-se em situação de inferioridade apesar de não pertencer aos grupos socialmente subalternos. Assim, por exemplo, nada impede que a teoria seja aplicada para fiscalizar a atuação do pequeno jornal de um sindicato caso publique artigos que difamem uma empresa multinacional. Ainda que, globalmente, a multinacional possua uma posição muito mais forte do que o sindicato, as circunstâncias podem fazer com que ela se encontre exposta a uma campanha que lese seus interesses lícitos, pois no caso concreto os efeitos da divulgação de um jornal podem superar as possibilidades de atuação defensiva da multinacional.³¹⁴

A despeito da posição citada, advertimos que dever-se-á tomar redobrado cuidado ao emprestar a doutrina alemã majoritária para a experiência nacional. E isso por variadas razões. A primeira é que no Brasil o § 1º do artigo 5º da CF/88 não limita a aplicabilidade dos direitos fundamentais apenas aos “poderes públicos”, como o artigo 1º, 3, da Lei Fundamental. Outro detalhe é que aqui há controle difuso de constitucionalidade, exercido por qualquer juiz, de modo que o magistrado brasileiro está autorizado a não aplicar uma norma civil por inconstitucionalidade, quando estará, por via reflexa, aplicando diretamente a Constituição ao caso concreto privado, hipótese vedada no regime alemão, em face da exclusividade do controle de constitucionalidade pela Corte Constitucional daquele país.

O outro ponto diferenciador é que a Lei Fundamental alemã apenas traz direitos de índole liberal (direitos de defesa em face do Estado) e não há nenhum dispositivo que consagre direitos de segunda ou terceira dimensões (direitos de matiz social). Não se deve confundir, com isso, que o Estado alemão não adote direitos de índole social. Ele adota, mas o faz por meio das constituições estaduais e da legislação, razão pela qual não há direitos sociais na Lei Fundamental

314 Dimoulis e Martins, Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, p. 110.

para serem aplicados diretamente e exclusivamente em relações privadas. Houvesse na Lei Fundamental um rol de direitos trabalhistas, como aqui, que se aplicam nas relações privadas, não haveria mais razão para sustentarem a teoria da eficácia mediata ou indireta, ao menos quanto aos direitos sociais destinados às relações entre particulares.

Os defensores da necessidade de mediação legislativa temem que o juiz realize essa tarefa, pois esse não possui legitimação popular para determinar o nível de vigência social de direitos, ainda mais quando atuam sem critérios e limites para essa aplicação, problemas que não existiriam com a necessidade de mediação legislativa.

Entretanto, de outro lado, impedir que o juiz aplique direitos fundamentais de forma direta, impedindo-o de implementar a diretriz constitucional, levará a um desprestígio dos direitos fundamentais. Nessa linha de ideias, a partir do momento em que se confere apenas ao legislador a tarefa de implementar os direitos fundamentais, transmudar-se-ão para direitos legais, comuns, passíveis de ineficácia em caso de mora legislativa, ficando os cidadãos em estado de inação aguardando os direitos fundamentais serem implementados pelos legisladores e sem recurso ao Poder Judiciário para a sua efetivação.

Em todo caso em que houver má interpretação ou abuso pelo magistrado na aplicação direta dos direitos fundamentais, haverá a possibilidade de recurso e também a possibilidade de o legislador regulamentar por lei ordinária, mediando a aplicação daquele direito fundamental, por conseguinte afastando o decisionismo e a insegurança jurídica, além do atual sistema de precedentes que balizam a atuação do magistrado brasileiro.

Outra crítica dos que advogam a tese da eficácia indireta é a necessidade de o julgador aplicar a legislação privada, secundariamente havendo lacunas aplicar as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, tais como bons costumes, boa-fé, ordem pública, etc., incutidas com as diretrizes dos direitos fundamentais. Logo, isso significa que o juiz não está autorizado a negar eficácia às disposições da legislação privada para aplicar diretamente direitos fundamentais, substituindo-se ao legislador, tese que não se amolda ao controle difuso de constitucionalidade adotado por nós.

Em outra posição interpretativa encontram-se os defensores da eficácia direta, destacando-se Ingo Wolfgang Sarlet, para quem os direitos fundamentais na Constituição de 1988 têm como destinatários os mais diversos sujeitos – Estado, particulares ou ambos –, contudo quando não houver uma vinculação

expressa em determinado dispositivo constitucional, a vinculação será para todos e deve atender o princípio da eficácia direta que decorre do artigo 5º, § 1º, da Constituição.³¹⁵

Também Daniel Sarmento defende a eficácia imediata na generalidade das relações privadas, pois a Constituição de 88 adotou um modelo intervencionista e social, bem por isso todos os direitos fundamentais devem ser imediatamente aplicados às relações privadas. Isso se dá pela opção do constituinte de busca da redução das desigualdades, da distribuição de renda, que para serem conseguidas necessitam de uma maior intervenção do Estado nas relações privadas e um maior ativismo judicial.

Defende o autor que as tristes características da sociedade brasileira justificam um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado, onde reinam a opressão e a violência. Tal situação desalentadora impõe ao interprete com consciência social a adoção de posições comprometidas com a mudança do *status quo*. Por isso, conclui o que “não hesitamos em afirmar que a eficácia dos direitos individuais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro. Esta, para nós, não é só uma questão de direito, mas também de ética e justiça.”³¹⁶

A partir da mesma premissa, Luiz Eduardo de Toledo Coelho ensina que:

Dentro desse quadro e como forma de acelerar a concretização da Constituição, em busca de uma sociedade livre, justa e solidária e com o intuito de realizar o disposto no art. 3º da CF/88, é que acreditamos que os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana devem ser aplicados direta e imediatamente a todas as relações, sejam elas públicas ou privadas.³¹⁷

Defendem os autores citados que enquanto em países desenvolvidos o nível de atendimento dos direitos sociais mais básicos é satisfatório, demonstrando que o legislador ordinário e o administrador estão atentos e diligentes quanto aos princípios fundamentais, nos países com baixo nível de desenvolvimento social, como é o nosso caso, em que o legislador e o

315 Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 394/400, *passim*.

316 Sarmento, A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, p. 247/248.

317 Coelho, Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas, p. 238.

executor não atendem as diretrizes constitucionais, violando-as por omissão, incumbe ao julgador fazê-las efetivas, aplicando-as de forma direta e imediata a partir do texto constitucional.

Defensor da tese da eficácia direta e imediata, embora firmando a partir de uma leitura da dignidade da pessoa humana, Carlos Roberto Siqueira Castro leciona que o modelo liberal agravou os antagonismos sociais, recomendando uma retomada da intervenção social do Estado em todas as relações, inclusive nas relações privadas, para isso a dignidade da pessoa humana deve ser o fundamento da eficácia horizontal direta e imediata, estendendo os direitos fundamentais para as relações privadas.³¹⁸

Jane Reis Gonçalves Pereira defende a eficácia direta e a aplicabilidade imediata como uma consequência natural do modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da Constituição, ressaltando que isso não quer dizer que os direitos fundamentais devam incidir de forma absoluta e incondicionada em todas as relações privadas. Eles são aplicados diretamente, mas cabe ao intérprete levar em consideração outros direitos incidentes, como a liberdade e a autonomia de vontade, como mecanismo de gradação, na solução dos conflitos.³¹⁹

Especificamente nos limites da doutrina trabalhista, as primeiras reflexões adotam a diferenciação de que nas relações privadas entre iguais deve haver prestígio da liberdade e da autonomia, incidindo os direitos fundamentais de forma mediata, mas nas relações de trabalho, enquanto palco de exercício de poder social e econômico, os direitos fundamentais devem ter eficácia direta e aplicabilidade imediata, conclusão que é abraçada por Joselita Nepomuceno Borba³²⁰ e Andréa Presas Rocha³²¹, ressaltando que a segunda autora reconhece a necessidade de ponderação, respeitando os direitos de que o empregador também é titular.

Em resumo das duas posições antagônicas originárias, inspiradas nas teorias alemãs, entendemos que quem defende a ineficácia está impregnado de ideologia liberal clássica, pouco afeito à intervenção estatal nas relações privadas, assim como os defensores da tese da eficácia direta e imediata apresentam uma

318 Castro, A constituição aberta e os direitos fundamentais do homem, p. 246/247.

319 Pereira, op. cit., p. 491/492.

320 Borba, Eficácia horizontal direta nas relações sociais entre capital e trabalho, p. 80.

321 Rocha, A efetividade dos direitos de cidadania nas relações de emprego, p. 40/41.

linha ideológica social – como de resto reconhece expressamente Daniel Sarmiento –, cujas posições não estão compatíveis com a fórmula política democrática de direito que foi adotada pela Constituição de 1988.

A nossa posição, que será exposta mais a frente, procurará descrever o sistema constitucional brasileiro, revelando as possibilidades dogmático-jurídicas, mas sem fazê-lo a partir de compromisso ideológico, quando muito nos valendo da ideologia intermediária adotada pelo próprio constituinte originário.

Há autores, com quem entendemos estar a razão, que adotam uma teoria intermediária, conforme o direito fundamental sob investigação e as circunstâncias dos casos concretos, pois a engenharia legislativa da Carta de 1988 é assimétrica. Foram positivados direitos fundamentais de todas as dimensões, decorrendo que alguns têm aplicação apenas em face do Estado, outros apenas em face dos particulares, bem como a maioria são aplicáveis tanto em face de um como de outro sujeito, por opção legislativa constituinte. Para esses últimos, em que a sua eficácia deve se dar vertical e horizontalmente, deve o intérprete também investigar se já há atividade legislativa.

A tarefa de mediar a aplicação de direitos fundamentais às relações privadas é precipuamente do legislador, mas também poderá ser exercida pela administração e pelo Poder Judiciário, quanto a este último principalmente na realização do controle de constitucionalidade difuso, quando o juiz deixa de aplicar uma norma infraconstitucional privada para aplicar, diretamente, algum direito fundamental da Constituição.

Virgílio Afonso da Silva argumenta que o modelo adequado à Constituição brasileira deve reconhecer os direitos fundamentais enquanto princípios, reveladores de que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fático-jurídicas, resultando que devem ter eficácia nas relações entre particulares. Essa eficácia pode ser mediada pelo legislador privado, quando os direitos fundamentais teriam efeitos indiretos, respeitando-se o sopesamento já realizado pelo legislador³²², salvo se o sopesamento for inconstitucional. Na ausência dessa mediação ou quando houver declaração de inconstitucionalidade, a sua aplicabilidade seria direta e imediata, ocasionando, por via reflexa, a necessidade de ponderação com os demais direitos fundamentais incidentes – sopesamento que não foi realizado pelo legislador. No momento da ponde-

322 “Diante da existência de mediação legislativa, não há mais que se falar em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares.” (Silva, *A Constitucionalização do direito*, p. 168).

ração um ponto a ser levado em consideração é a assimetria entre as partes envolvidas, significando que quanto menor a autonomia maior será a eficácia dos direitos fundamentais.³²³

Virgílio Afonso da Silva, diferenciando sua tese das demais exposições, diz que a autonomia a ser considerada é a autonomia real e não a aparente. Isso significa que o objeto de análise não deve ser a relação abstratamente considerada, estática e materialmente desigual, porém “uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica.”³²⁴ Como decorrência da verificação da autonomia real naquela relação em observação, poderá haver autonomia real em situações materialmente assimétricas, como na relação de emprego, da contratação dos participantes com a emissora de televisão para participação em *reality shows*, como pode não haver autonomia em relações abstratamente iguais, entre sujeitos equivalentes.

Na mesma linha de raciocínio, Wilson Steinmetz resume a sua doutrina com a afirmação de que a vinculação dos particulares a direitos fundamentais se materializa com uma eficácia matizada, modulada ou graduada por estruturas de ponderação. Avança para afirmar que na solução dos casos concretos, quando há regulação (concretização) legislativa específica adequada e conforme à Constituição e aos direitos fundamentais, o Judiciário, em virtude dos princípios democrático e da separação dos poderes, não deve, de plano e sem a apresentação de razões jurídico-constitucionais de peso, afastar-se da solução legislativa. O Poder Judiciário não deve sobrepor-se, de imediato e sem satisfazer um ônus de argumentação racional, às ponderações já realizadas pelo Poder Legislativo e concretizadas em regulações específicas de direito privado.³²⁵

Reconhece ele que quando há restrição de direito fundamental nas relações privadas, quase sempre isso se dá por contrato, ocorrendo que uma das partes pleiteia posteriormente a nulidade do contrato invocando o seu direito restringido, que segundo sua visão aplicar-se-ia imediatamente, de modo que o sujeito passivo da contenda se opõe valendo-se dos princípios da liberdade e da autonomia privada. Dito de outro modo, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privada acabaria sempre em uma colisão de direito fundamental específico contra a liberdade e autonomia privada.

323 Silva, *idem*, p. 145 e seg.

324 *Ibidem*, p. 157.

325 Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 295/296.

Para essas situações de colisão *in concreto* de direitos fundamentais, apenas as variantes do caso é que podem ser levadas em consideração para a ponderação do julgador, com amparo no princípio da proporcionalidade. Contudo, ainda que consciente da premissa acima, o autor desenvolve um esquema “fraco” de precedências *in abstracto* que podem funcionar como pauta informativa para o julgamento. Após inventariar as suas teses e diferenciar direitos fundamentais individuais de conteúdo pessoal dos de conteúdo patrimonial, Wilson Steinmetz desenvolve a seguinte ordem de precedências:

[1]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo pessoal;

[2]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada;

[3]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial;

[4]: em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada.³²⁶

Ao final diz que se tratam de precedências provisórias e não precedências definitivas, porém “o afastamento ou a inversão dessas precedências *prima facie* nos casos concretos de colisão exige uma satisfação de um ônus de argumentação.”³²⁷

Ambas as teses reconhecem a impossibilidade de uma formulação abstrata e generalizante quanto à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, com a nota específica de Virgílio Afonso da Silva de que sequer poderá

326 Steinmetz, op. cit., p. 224.

327 Ibidem, p. 225.

haver uma fixação de incidência conforme a relação seja materialmente igual ou desigual, mas é a relação jurídica em específico que vai definir a existência de mediação legislativa e, em caso negativo, se haverá maior atenção à autonomia real ou aos direitos fundamentais.

Como decorrência da posição intermediária, encontra-se superada a classificação estática de José Afonso da Silva que divisava normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada.³²⁸ Pela necessidade de ponderação conforme as circunstâncias concretas, um direito fundamental classificado estaticamente como de eficácia plena pode sofrer restrição, enquanto uma norma de eficácia limitada programática poderá ter plena eficácia em dada situação concreta.

Eduardo Ribeiro Moreira acrescenta que a classificação estática quanto à eficácia não mais prevalece, por que:

Nenhuma fica relegada à inefetividade, tampouco alguma pode ser considerada absoluta e plenamente exercitável. A aplicação de eficácia plena e imediata poderá não produzir efeito caso não seja a norma sobrevivente no caso concreto, após o exercício da proporcionalidade, isto é, caso seja preterida no contexto em face de outra norma violada no núcleo essencial. Essa revisão é decorrente do abandono da característica do direito fundamental como direito absoluto, pois a característica dos direitos fundamentais é de relativização, justamente pelo exercício da ponderação. Vamos mais longe ao afirmar que, com o uso recorrente da ponderação no direito e dos desdobramentos da teoria dos princípios, todas as classificações de normas constitucionais valem didaticamente, mas não mais expressam o mesmo valor prático, porque são estáticas (ou plenas ou limitadas).³²⁹

E a teoria intermediária é a mais adequada para a manipulação dos direitos fundamentais trabalhistas, devendo o intérprete, quer jurista quer julgador, prestigiar a mediação legislativa ou da norma coletiva e, apenas havendo omissão ou inconstitucionalidade, verificar a efetiva situação de autonomia real entre as partes da relação de emprego, sendo equivocado generalizar que sempre o empregado é fraco e o empregador forte.

328 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

329 Moreira, A teoria das restrições dos direitos fundamentais, p. 91.

Nos primeiros julgamentos do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema não houve preocupação de desenvolver uma doutrina mais aprofundada. Restringiu-se a Corte a analisar alguns casos concretos, bem esporádicos, nos quais adotou implicitamente a teoria da eficácia imediata, mas sem justificar analiticamente sua tomada de posição, a favor de uma e não de outra teoria.

Foi somente em outubro de 2005, com o julgamento do RE n. 201.819, que a Corte debruçou-se com mais cuidado sobre o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e posicionou-se, conforme as circunstâncias daquele dado caso concreto, expressamente pela recepção da tese da aplicação direta e imediata às relações privadas.

Nos casos anteriores, como no julgamento do RE n. 158.215³³⁰, o STF se viu diante do caso de alguns associados de uma cooperativa do Rio Grande do Sul que foram expulsos sem que as regras estatutárias de ampla defesa fossem observadas. Referidos membros disseram na imprensa local que os dirigentes da cooperativa jamais os expulsariam, lançando um desafio. Em resposta, os dirigentes expulsaram-nos sumariamente, sem observar as regras estatutárias que previam um necessário procedimento administrativo, com direito de defesa. O que parecia uma contenda de direito privado (desrespeito do estatuto), na visão do STF, converteu-se em um problema de aplicação dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa. A decisão determinou a reintegração dos excluídos e que qualquer expulsão devesse ser precedida do devido processo legal administrativo. A Excelsa Corte aplicou diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas, mas não o disse expressamente nem fundamentou analiticamente sua posição. Afinal, bem vistas as coisas, sequer se tratava de um problema de violação direta e frontal da Constituição Federal – escapando da competência do Supremo Tribunal Federal -, mas de um problema infraconstitucional, relacionado à obediência do estatuto.

Já no julgamento do RE 161.243³³¹, aqui especificamente quanto ao Direito do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o regulamento de empresa da companhia aérea *Air France* não poderia conter cláusula discriminatória em detrimento de trabalhadores não-franceses, no caso do recorrente que era um trabalhador brasileiro.

A ementa do acórdão ficou assim redigida:

330 STF – 2ª Turma – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 07.06.1996.

331 STF – 2ª Turma – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 19.12.1997.

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.

Muito embora a solução no segundo caso seja correta, a fundamentação foi criticada por Virgílio Afonso da Silva³³², para quem a tendência generalizante e absolutizante das decisões do Tribunal, vedando qualquer tratamento desigual, sem observar e fundamentar acerca das condições do caso concreto, nada acrescenta ao método pós-positivista de aplicação dos princípios às relações privadas.

Foi quando houve o julgamento no qual o Tribunal adotou expressamente a tese da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, tomando posição de forma racional³³³, quando foi levada à Suprema Corte a mesma situação fática que trouxe o tema ao Tribunal em 1996, qual seja a eficácia dos princípios do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa no procedimento de exclusão de associados dos quadros das pessoas jurídicas de direito privado.

A hipótese de fato era mais refinada que a do julgamento de 1996. Aqui, os procedimentos previstos no estatuto social foram atendidos, com a composição da comissão para apuração de irregularidades que pudessem gerar expulsão, muito embora não prevista a garantia de ampla defesa dos associados no estatuto.

O Ministro Gilmar Mendes fundamentou que a associação civil, embora com personalidade jurídica de direito privado, exerce atividade essencial de cobrança

332 Silva, op. cit., p. 94.

333 STF – RE 201.819 - 2ª Turma – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 27.10.2006.

e distribuição de direitos autorais, logo se afeiçoa a um serviço público por delegação legislativa. Tal particularidade do caso concreto autorizaria a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais na relação privada, por conseguinte os direitos fundamentais do devido processual legal, da ampla defesa e do contraditório devem ser observados, mesmo que não previstos no estatuto.

O acórdão não manifestou se a solução seria a mesma nas relações entre particulares sem a característica de um deles exercer serviço “quase” público.

O Ministro Joaquim Barbosa disse em seu voto que entende que a Carta de 1988 autoriza a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, com a ressalva de que a incidência deve verificar-se caso a caso, com parcimônia, para que não inviabilize a esfera de autonomia privada dos indivíduos.

Alinhando aos dois ministros citados para formar maioria no julgamento, o Ministro Celso de Mello advogou a tese de que a autonomia privada, além de encontrar limitações legislativas expressas (por exemplo, aquelas dos artigos 57 e 1.085 do Código Civil), não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito dos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados com estatura constitucional.

O precedente do Tribunal pode, ao menos, ser invocado para as relações entre sujeitos particulares em que um deles ocupa uma função de relevância “quase” pública, como nos casos das concessionárias de serviço público, por exemplo, em que se celebram contratos de trabalho.

Devido à vanguarda das posições da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no país, ainda diversas ações em que o tema está sendo debatido chegarão à Corte Maior, acenando para a possibilidade de uma doutrina sobre o tema, lançando luzes para a completa incidência nas relações de trabalho, vinculando empregado e empregador, de parte a parte, considerando na ponderação outros princípios e, por fim, atendendo as nuances dos casos concretos, no sentido de que onde houver maior liberdade fático-real haverá menor incidência eficaz dos direitos fundamentais, homenageando a autonomia da vontade.

4.2. A nossa posição

A unificação do sistema jurídico a partir da doutrina de Kelsen, tendo as modernas constituições em seu ápice, proporcionou o avanço da discussão quanto

ao modelo ideal de constituição a ser adotado pelas modernas nações. Segundo Robert Alexy, os modelos-limites são o 1) estritamente formal e 2) estritamente material.³³⁴ As constituições que adotam o primeiro apenas regulam a atividade política, a organização do Estado e fixam competência, procedimento e forma da atividade legislativa, dando uma liberdade ampla ao constituinte derivado e ao legislador ordinário. Nesse modelo, basta que sejam atendidos os requisitos formais constitucionais para que a legislação possa se imiscuir em qualquer matéria; não há limites materiais ao Poder Legislativo. Nesse modelo também não há direitos fundamentais no texto constitucional, não se falando em eficácia de disposições constitucionais nas relações entre particulares. Há, aqui, apenas possibilidade de inconstitucionalidade formal, jamais material.

No modelo estritamente material, no outro extremo, a constituição se imiscui em todos os setores da vida social, regulando condutas, por mandatos ou proibições, eliminando praticamente a liberdade conformativa do legislador ordinário. Os direitos fundamentais – fartamente enunciados nesse modelo – têm livre trânsito e aplicação direta em todos os setores da vida social. A sua eficácia nas relações privadas é ampla, direta e originária do próprio texto constitucional. Qualquer tentativa de conformação legislativa dos mandatos constitucionais esbarra na inconstitucionalidade material. Ao legislador ordinário restaria apenas a tarefa de esclarecer alguns direitos.

As constituições ocidentais modernas, democráticas e marcadas com a nota da separação dos poderes, adotaram o modelo intermediário entre os extremos acima inventariados. No modelo democrático – tal qual o da Constituição Federal de 1988 – o constituinte originário estabeleceu limites ao legislador, sem deixar de reservar-lhe uma grande parcela de liberdade. São os direitos fundamentais e as disposições formais de procedimento legislativo que criam limites, estabelecem molduras, ao Poder Legislativo.

As linguagens das constituições democráticas, presas que estão aos limites da lógica deôntico-jurídica, apenas regulam as condutas em três direções, conforme os modalizares adotados, obrigando, proibindo ou permitindo condutas.

O papel do jurista que interpreta as constituições, com o objetivo de construir a sua ciência dogmática, é colher nos textos os elementos para construção das normas jurídicas constitucionais – que para constitucionalistas pós-positivistas, são regras ou princípios. As normas jurídicas constitucionais prescrevem

³³⁴ Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 578/584.

condutas, necessariamente, entre dois sujeitos-de-direito. Dessa relação jurídica constitucional são retirados vários conceitos que se prestam ao esclarecimento dos conteúdos e eficácias nas relações. Os sujeitos-de-direito, ativo e passivo, serão pessoas físicas ou jurídicas, o atendimento da prescrição normativa é um ato lícito e a sua violação o ilícito, este último que gerará a aplicação da sanção ou consequência jurídica prevista na norma.³³⁵

As condutas obrigadas devem ser atendidas pelos destinatários da norma, caso em que a sua omissão importa em violação constitucional (ilícito). As ordenações podem ter como destinatários o cidadão ou o Estado, sujeitos-de-direito, instaurando uma relação jurídica entre eles. É o constituinte quem elege os sujeitos da relação, não havendo uniformidade quanto às prescrições. Como exemplos, há relação entre dois sujeitos-de-direito privados na norma que trata dos direitos e deveres da sociedade conjugal (artigo 226, § 5º), há relação entre Estado e particular quanto ao dever de prestar atendimento de saúde (artigo 196), há relação entre Estado e Estado quanto à repartição das receitas tributárias (artigo 157), bem como há, e aqui é importante notar, relações jurídicas que podem tanto alcançar sujeitos-de-direito públicos ou privados, como o dever de respeito à intimidade (artigo 5º, X).

O mesmo raciocínio se aplica à segunda modalidade deôntico-jurídica que é a proibição de condutas. Condutas proibidas podem ser violadas tanto por cidadãos como pelo Estado. O empregador que contrata como seu empregado um menor de 13 anos de idade viola uma proibição constitucional (artigo 7º, XXXIII), por exemplo.

A modalidade deôntica das condutas constitucionalmente permitidas dá ao cidadão e ao Estado margem muito ampla de conformação. E a autorização tanto pode ser expressa quanto tácita, autorizando os destinatários a atuar em tudo aquilo que a constituição não ordenou ou proibiu. A conformação das autorizações constitucionais é realizada pelos particulares pelos contratos e pelo Estado por meio da legislação.

A adoção do modelo de constituição democrática trás consigo a admissão de que o constituinte pode, exercitando a perspectiva material da constituição, ordenar ou proibir certas condutas, tendo como sujeitos dessa relação jurídica tanto os cidadãos quanto o Estado. E os direitos fundamentais funcionam como limites à atividade dos sujeitos relacionados. Os particulares não podem contra-

335 Para maiores aprofundamento v. Vilanova, *Causalidade e Relação no Direito*, p. 110/136.

tar diversamente daquilo que é obrigatório ou proibido, incidindo diretamente os direitos fundamentais nessa hipótese, assim como o legislador não poderá disciplinar diferente daquilo que já foi ordenado ou proibido. Disso resulta que é inexorável que nas constituições democráticas, como a brasileira atual, há mandatos e proibições que incidem diretamente nas relações entre particulares, sem a necessidade de intermediação. As mediações legislativas somente são exigidas nas condutas da terceira espécie deontica que são as constitucionalmente permitidas, atuando o legislador como intermediador, quando os direitos fundamentais incidirão nas relações privadas de forma indireta, mediada pela atividade legislativa.

A questão a ser compreendida é que não há uma única e definitiva resposta se as disposições constitucionais – e os direitos fundamentais enquanto espécies – têm ou não eficácia entre particulares, na medida em que dever-se-á investigar se, primeiro, o destinatário da norma jurídica é o Estado, o particular ou ambos. Depois, verificar se a conduta foi ordenada, proibida ou facultada, admitindo a eficácia direta e imediata nas duas primeiras modalidades deonticas e desde que o particular seja seu destinatário.

Não é por outra razão que diversas constituições atuais já trazem regras que permitem a eficácia direta e imediata, explicitamente e conforme a natureza jurídica dos direitos, como as Constituições da África do Sul de 1996 e da Suíça de 1999, respectivamente:

Artigo 8º. Uma disposição de direitos fundamentais vincula uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica se, e na medida em que, for aplicável, levando em consideração a natureza do direito e a natureza de qualquer dever imposto pelo direito.

Artigo 35. 5. As autoridades públicas devem cuidar para que os direitos fundamentais, na medida em que sejam aptos para tanto, tenham eficácia também nas relações entre privados.

O detalhe que impôs barreira ao completo entendimento dos destinatários dos direitos fundamentais foi a sua origem de direitos de defesa do cidadão em face do Estado. As constituições do século XVIII, na linha das declarações de direitos, traziam a enunciação apenas de alguns direitos de defesa do cidadão. Em linguagem precisa, o texto constitucional apenas permitia aos juristas construir normas que tinham o Estado como sujeito passivo da relação jurídica e o

modal era sempre a proibição de condutas. Ao analisar essas primeiras constituições, devido aos limites do texto, não havia como reconhecer que as proibições impostas pelos direitos fundamentais impusessem aos particulares algumas condutas, assim como não haviam condutas obrigadas ao Estado, direitos prescricionais, que vieram apenas no século XX com os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões. Destarte, com a plêiade de direitos fundamentais da Constituição de 1988 – direitos de todas as dimensões – não há como defender que os direitos fundamentais apenas impõem condutas ao Estado, assim como não há como formular uma tese uniforme quanto à eficácia para todos os direitos fundamentais.

Como primeira premissa, a Constituição de 1988, enquanto representante do modelo intermediário que é o democrático, ordenou e proibiu condutas, inclusive dos particulares, quando ela incide diretamente nessas relações. Nas condutas autorizadas, pode o legislador ordinário, conformando democraticamente a vontade do povo, criar obrigações, proibições e permissões mediante a legislação ordinária que é aplicada para regular as condutas, entre privados e entre o Estado e o cidadão, ocasião em que a incidência dos direitos fundamentais será mediata.

A eficácia horizontal não afasta a eficácia vertical, em face dos poderes públicos. O traço diferencial é a necessidade de acomodação às circunstâncias de cada caso concreto, na medida em que nas relações Estado-cidadão o primeiro não é detentor de direitos fundamentais, mas nas relações privadas ambos o são e a incidência sempre acabará em um problema de colisão.

O Legislativo, precedentemente, tem a função de concretizar e ponderar os direitos fundamentais nas relações horizontais. A lei oferece segurança jurídica, dando uma solução mais equilibrada e uniforme para a incidência dos direitos fundamentais. Esses direitos seriam aplicados na medida em que o legislador dispusesse. No entanto, o próprio legislador, como órgão de poder, deve respeitar os direitos fundamentais, sendo inconstitucionais as legislações que esvaziem o conteúdo daqueles direitos.

É por isso que no Direito do Trabalho admitem-se como constitucionais diversas leis editadas sob o pálio neoliberal, que, ao fim, flexibilizam direitos (banco de horas, jornada a tempo parcial, terceirizações), tudo na medida do respeito à função primordial do legislador de mediar a incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, já pré-ponderando com os princípios da liberdade empresarial, sistema capitalista de produção e da livre iniciativa.

Somente na inconstitucionalidade, porque desproporcional a restrição feita pelo legislador, é que o Judiciário poderá deixar de aplicar a regra de direito do trabalho e aplicará diretamente a Constituição.³³⁶ Outros direitos, que pela sua natureza jurídica, são diretamente aplicáveis às relações privadas, o serão sem mediação legislativa, como o direito à privacidade, intimidade, honra etc., tanto dos trabalhadores e do empregador.

Se o legislador não fizer a modulação, criando regra jurídica ordinária que será o resultado da ponderação legislativa, incumbirá aos sujeitos coletivos e ao Judiciário fazê-lo, consciente da tarefa de ajustar os direitos fundamentais de ambos os particulares, sem que haja uma precedência *prima facie* entre eles. No Direito do Trabalho significa reconhecer que tanto empregados quanto empregadores são detentores de direitos fundamentais e que a incidência não pode se dar na mesma medida em que ocorre nas relações entre o cidadão e o Estado, com pretensões absolutizantes.

Para Juan Maria Bilbao Ubillos:

A verdadeira solução, a que explica de uma forma mais coerente e honesta o que realmente ocorre todos os dias em nossos tribunais civis e trabalhistas, é o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Uma eficácia que, como logo veremos, pode ser direta, mas sempre matizada, condicionada, não indiscriminada, com um alcance que terá que ser modulado em cada caso atendendo ao peso relativo dos direitos e interesses com aqueles em que entram em colisão.³³⁷

Entre os critérios a serem invocados nas situações de colisão de direitos nas relações privadas está o princípio da proporcionalidade, com sua três subregras, e as condições fáticas da relação em específico. Verificar, contextualizadamente, qual o nível de autonomia real das partes, prestigiando mais a liberdade quanto mais tenham autonomia, por outro giro dando maior valor interventivo aos direitos fundamentais nas relações jurídicas de sujeição. Em todos os casos

336 Por essa razão, dissentimos de Dinaura Pimentel Gomes, quando ao dissertar acerca do papel da Justiça do Trabalho diz: “No entanto, o Judiciário Trabalhista deve deixar de aplicar toda e qualquer regra jurídica infraconstitucional que se afastar da idéia de justiça.”. Para ela, que demonstra compromisso com a vertente social, o “justo” seria sempre a proteção do trabalhador. (Gomes, A constitucionalização do Direito do Trabalho, p. 34).

337 Ubillos, *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales*, p. 322.

o limite da conformação é o respeito à dignidade da pessoa humana, tanto de empregados como de empregadores.

A liberdade, enquanto traço da dignidade humana, não se esgota apenas na liberdade ambulatorial de ir-e-vir, mas alcança as diversas perspectivas como a política, a religiosa, de opção sexual e a de autodeterminação. Decorre que quando o intérprete trabalhista não reconhece liberdade ao empregado para se autodeterminar, quando ele esteja em uma relação jurídica com autonomia real, ao revés de protegê-lo, acaba por violar o seu direito fundamental de liberdade, tal como ocorre quando o juiz do trabalho não admite rigidamente renúncias e transações sadias e justificadas, acreditando estar protegendo o hipossuficiente.

Daniel Sarmiento reconhece a necessidade de se realizar a modulação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, na medida em que o empregador também é destinatário de direitos fundamentais e os direitos dos empregados não podem incidir absolutamente, como os direitos fundamentais de defesa do cidadão em face do Estado:

De outra banda, é importante frisar que a influência da desigualdade fática na incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas não comporta simplificações equivocadas e não cabe dentro de fórmulas matemáticas. Há uma enorme variedade de situações heterogêneas, que não devem e não podem ser equiparadas pelo intérprete. Têm pouco em comum relações com as que existem, por exemplo, entre pais e filhos, empregador e empregado, ordem religiosa e seus membros, sindicato e seus filiados. As peculiaridades de cada um destes vínculos, assim como o liame existente, em cada caso, entre o tipo de poder exercido pela parte mais forte da relação e a natureza do direito fundamental em jogo, têm de ser levadas em consideração para solução correta do litígio em questão.³³⁸

Também Virgílio Afonso da Silva defende a impossibilidade de formulação abstrata e generalizada para a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares:

Na lógica do direito público, e especialmente dos direitos fundamentais, o fraco são todos os indivíduos e o forte é o Estado. “A situação jurídica é clara e estática”. Já na lógica do direito privado, o fraco é aquele que sofre de uma desigualdade fática, mas essa desigualdade fática pode ter

³³⁸ Sarmiento, A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, p. 277/278.

causas múltiplas e, mais importante, pode ocorrer com qualquer indivíduo. Tentar introduzir, no direito privado, uma distinção “clara e estática” entre fortes e fracos, nos moldes da distinção existente na ordem constitucional, ou seja: tratando sempre o empregador, o vendedor e o locador como fortes e o empregado, o comprador e o locatário como fracos, tem como consequência alterar gravemente a maleabilidade indispensável ao direito privado, distorce o conceito de boa-fé e politiza as relações privadas.³³⁹

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins aprofundam o tema:

O critério decisivo para a aplicação da teoria do efeito horizontal não é uma desigualdade geral e de cunho material (ricos vs pobres, empregados vs empregadores, empresas vs consumidores etc.), mas uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica que deve ser avaliada e comprovada concretamente em cada caso.³⁴⁰

Assim, dependerá das circunstâncias concretas de cada caso a solução para a colisão dos direitos fundamentais de empregados e empregadores, pois a incidência dos direitos fundamentais aproveitará tanto um quanto outro, não podendo ser aplicada a lógica da solução sempre em favor dos direitos dos trabalhadores, como se empregadores não fossem detentores de direitos de mesma hierarquia. No limiar, poderá ocorrer de o empregado violentar direitos fundamentais do empregador e este buscar proteção no Judiciário trabalhista.

Até para aqueles que reconhecem haver uma precedência abstrata, que poderá ser invertida de acordo com as circunstâncias fático-jurídicas concretas, em favor dos direitos fundamentais dos trabalhadores em cotejo com a autonomia, como defendeu João Caupers ainda na década de 1980, ressalva-se que:

Não se pode dizer que a relação individual de trabalho seja *sempre* uma relação desigual favorável à parte patronal; factores ocasionais podem mesmo inverter a situação, quer por circunstâncias decorrentes de especiais condições de certas zonas do mercado de trabalho – é o que se verifica no serviço doméstico, onde a falta de trabalhadores permite uma ampla escolha por parte destes, numa quase imposição unilateral

339 Silva, A Constitucionalização do Direito, p. 74.

340 Dimoulis e Martins, op. cit., p. 110.

das condições de trabalho – quer pela especialidade das exigências da função – o que acontece, por exemplo, com os grandes jogadores do futebol profissional.³⁴¹

Na doutrina trabalhista, Renato Rua de Almeida, também defensor da precedência abstrata dos direitos dos trabalhadores nos casos de colisão, diz, com vanguardismo, que a eficácia dos direitos fundamentais é exigência de uma nova dogmática trabalhista, no momento em que se presencia certa relativização do princípio protetor, num momento em que os pressupostos tradicionais do Direito do Trabalho modificaram-se com a mudança dos fatores socioeconômicos.

A eficácia dos direitos fundamentais dos empregados é direta, mas deve ser pensada “dentro de uma ponderação em razão do valor constitucional da atividade empresarial, na medida em que representa a livre iniciativa, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, como previsto pelo art. 1º, IV, e da Ordem Econômica, como previsto pelo art. 170 da CF/88.”³⁴²

Retomando a leitura lógico-deôntica para tratar das questões trabalhistas, extraímos o raciocínio de que os contratos de trabalho, enquanto modalidades de relações jurídicas, têm os seus sujeitos, condutas e sanções regradados diretamente pela Constituição, pelos tratados internacionais, pela legislação ordinária, assim como pelas normas coletivas e pelos contratos individuais. Isso quer significar que há cláusulas contratuais que são inferidas, como se fossem “pré-contratadas” por imposição legislativa, decorrentes da incidência imediata das obrigações ou das proibições constitucionais. Além desses limites estão as partes livres para contratar tudo o mais que assim desejarem.

O exemplo do conteúdo dos contratos trabalhistas por nós enunciado acima pode parecer em nada inovar aquilo que já se encontra no artigo 444 da CLT, contudo uma visão mais apurada demonstra que o resultado é avassalador. Por exemplo, faz parte das cláusulas contratuais rígidas o direito de acesso à informação (CF, 5º, XIV), obrigação constitucional que incide diretamente, gerando direito aos empregados em conhecer o faturamento da empresa, suas receitas e despesas, naquelas que adotam o modelo de participação nos lucros e resultados ou adotam pagamento por comissões, por vendas pessoais ou em

341 Caupers, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, p. 173.

342 Almeida, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho*, p. 148.

grupo. A violação dessa ordenação gera direito subjetivo ao empregado à pleitear judicialmente o acesso às informações sonegadas, por processos individuais ou coletivamente por meio dos entes sindicais. O tráfego jurídico-privado do direito à informação também incide quanto às condutas dos empregados, os quais têm a obrigação de informar ao empregador, por exemplo, danos materiais causados por clientes, ainda que a função do empregado não seja de fiscalização, cuja omissão pode gerar indenização por perdas e danos e até dispensa por justa causa.³⁴³

Também incide nas relações jurídicas trabalhistas a norma constitucional que permite a livre manifestação do pensamento (CF, 5º, IV), não podendo o empregador ou o empregado, ainda que inseridos em uma relação de emprego, impedir ou censurar a manifestação do pensamento da outra parte. A violação da permissão constitucional pode trazer consequências previstas na legislação ordinária, como a indenização por danos morais.³⁴⁴ Em situações excepcionais, o direito de livre manifestação pode ser restringido, proporcionalmente, pela legislação ou por contrato, por exemplo, no caso de empregados que tenham acesso aos segredos empresariais ou que devam guardar sigilo em razão de seu ofício ou profissão.

Também há uma obrigação de respeito ao contraditório e à ampla defesa nas dispensas por justa causa, ao menos, nas empresas concessionárias de serviço público, incidindo diretamente os direitos fundamentais, ainda que não previstos na CLT, no regulamento interno ou estatuto empresarial, na linha do que decidiu o STF em precedente já revisado acima.

As hipóteses seriam diversas, conforme cada direito fundamental que vincule os particulares e lhes imponham proibições ou obrigações.

A inserção do empregado e do empregador em uma relação de emprego não lhes retira a condição de sujeitos-de-direitos fundamentais. A relação jurídica trabalhista impõe às duas partes algumas obrigações e restrições especiais, conforme a legislação específica determinar, mas não afasta a regulação pelas nor-

343 Não se trata de uma nova modalidade de dispensa por justa causa, ampliando o rol taxativo do artigo 482 da CLT, mas apenas fundamentar que a hipótese fática da violação do dever de informação amolda-se no antecedente da norma jurídica que prevê a pena por mau procedimento (alínea “b”, *in fine*), desde que atendidos os outros requisitos como gravidade, imediatidade etc.

344 Por exemplo, no Código do Trabalho português de 2009, de matriz pós-positivista, já está garantido no artigo 14º que: “É reconhecida, no âmbito da empresa, a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa.”

mas jurídicas constitucionais que têm os sujeitos particulares como seus destinatários. Metaforicamente, ao contratar uma relação de emprego, o empregado não retira a sua roupa de cidadão ao colocar o uniforme de trabalho.³⁴⁵

Havendo legislação ordinária mediando e conformando a incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, deverá o magistrado atendê-la, salvo na situação em que as mediações descambem para restrições desproporcionais, mas em dadas situações pesa sobre o julgador um ônus de argumentação para que realize o controle difuso de constitucionalidade e declare a ineficácia da lei.

As preferências pessoais do juiz ou a relevância dos argumentos trazidos pela parte que pretende a inaplicação da legislação, não são suficientes para indicar pela solução de eficácia direta do direito fundamental quando a legislação aponta um resultado que seja lógico, coerente e democrático. Decisivo ter em conta que a mediação expressa pela legislação já passou por um processo democrático, no qual, inclusive os que lhe eram contrários, tiveram a chance de expor as suas razões e contribuir para o resultado legislativo. Acrescente-se que os direitos fundamentais deixam vários espaços de liberdade para que o legislador ordinário e os particulares também possam exercer a sua autonomia política e privada, respectivamente.

É por tudo isso que Dalton Santos Morais defende que os juízes devem, ao exercerem o controle substantivo da Constituição, moderarem-se e respeitarem as decisões políticas produzidas pelo legislador, visto que, no campo da constante colisão entre direitos fundamentais e a responsabilidade legislativa para a adequada conformação político-jurídica de tais direitos, é recomendável que seja adotada uma postura *judicial self-restraint*.³⁴⁶ Acrescentamos nós que, em relação ao Direito do Trabalho, também devem os magistrados trabalhistas respeitarem, além das opções expostas na legislação, legitimamente aprovada, as decisões negociadas pelas próprias partes por meio das convenções ou acordos coletivos de trabalho.

345 A doutrina portuguesa de José João Abrantes é no mesmo sentido: “O empregador somente poderá limitar a liberdade do trabalhador quando tal lhe seja especificamente permitido (legal, convencional ou contratualmente) e/ou se houver subjacentes à sua atuação interesses que, no caso concreto, se mostrem mercedores de uma tutela superior à daquela liberdade. O trabalhador deve lealdade ao contrato, mas só a este, exatamente nos mesmos termos em que também o empregador a deve. De resto, na empresa ele continua a ser cidadão de corpo inteiro, mantendo, em princípio, os direitos de que todos os outros cidadãos também são titulares.” (Contrato de trabalho e direitos fundamentais, p. 200/201).

346 Morais, Democracia e direitos fundamentais, p. 97.



Capítulo V

Danos à Pessoa Humana

Ao se reconhecer que os direitos fundamentais e os direitos humanos previstos na Constituição e nos tratados internacionais são incidentes nas relações jurídicas de trabalho, aplicados de forma mediada pela legislação ou diretamente a partir das citadas fontes normativas, necessariamente teremos que admitir que, além da sua imperatividade e observância pelos sujeitos da relação, existe a possibilidade fático-jurídica de sua violação. E, acorde com a centralidade da dignidade da pessoa humana em nosso sistema jurídico, a violação da dignidade humana e dos direitos fundamentais ocasionará os danos à pessoa humana, exigindo do mesmo sistema jurídico instrumentos adequados para a sua multifacetada e completa reparação.

5.1. Classificação dos danos a partir da centralidade da pessoa humana

A filosofia clássica distinguia dois tipos de entes: o ente que conhece – que é o ser humano – e os entes ou objetos que são conhecidos pelo homem, disso seguindo que durante muitos séculos a preocupação dos filósofos se restringiu ao conhecimento do mundo e dos objetos em si. O homem deveria subsistir e, por isso, seu principal esforço estava dirigido ao conhecimento e domesticação das plantas e dos animais para o seu proveito. A partir dessa primeira aproximação do mundo, o ser humano se interessou por questionar o “ser” das coisas, desenvolvendo como resultado da sua empreitada cognoscitiva o capítulo da filosofia que é a metafísica.

A preocupação com as coisas, que dominou o pensamento filosófico por muitos séculos, acabou influenciando o direito, de modo que os juristas, com uma visão individualista, patrimonialista e reducionista, esforçaram-se por compreender e proteger, principalmente, as coisas que integram o patrimônio de cada ser humano, descuidando do conhecimento e da tutela jurídica das pessoas em si mesmas.

O patrimônio adquire, dentro deste marco conceitual, lugar preferencial de atenção tanto do legislador como da ciência jurídica, cujo mais bem acabado projeto foi o Código Civil francês de 1804 e a doutrina civilista da época. Em referido Código Civil, e em todos os demais que nele buscaram inspiração, como o Código Civil brasileiro de 1916, se conceitua e normatiza, de forma extensa e minuciosamente, tudo que se relaciona com a propriedade privada e a tutela dos direitos patrimoniais, deixando de fora da preocupação legislativa a proteção da pessoa.

O auge do patrimonialismo jurídico trouxe como maior consequência a previsão legislativa de que a propriedade privada era um direito absoluto, inviolável e sagrado, como de resto fora acolhido pela Constituição brasileira de 1824 que, em seu art. 179, XXII, garantia a inviolabilidade absoluta dos direitos civis dos cidadãos brasileiros, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, esta última que era garantida em toda sua plenitude.

A inviolabilidade constitucional abstrata da propriedade privada migrou para o direito privado, no capítulo da responsabilidade civil, com a criação de um mecanismo de ressarcimento do direito de propriedade naqueles casos em que ela fosse ofendida ilicitamente. O aperfeiçoamento do instituto conduziu às diferentes especificações do ressarcimento dos danos ao patrimônio, posteriormente e muito mais recentemente, com a paulatina admissão da possibilidade de ressarcimento das consequências extrapatrimoniais da violação da propriedade privada.

A doutrina clássica nacional de Lafayette Rodrigues Pereira defendia que:

O mal causado pelo delito pode consistir simplesmente em um sofrimento físico ou moral, sem relação direta com o patrimônio do ofendido, como é o que resulta do ferimento leve que não impede de exercer a profissão, ou de ataque à honra. Nestes casos não há necessidade de satisfação pecuniária. Todavia, não tem faltado quem queira reduzir o simples sofrimento físico ou moral a valor: são extravagâncias do espírito humano.³⁴⁷

Referida visão patrimonial também migrou para a jurisprudência nacional, chegando ao ponto de o Supremo Tribunal Federal afirmar que nem sempre o dano moral é ressarcível, não somente por não se poder dar-lhe valor econômi-

347 Pereira, Direito das coisas, § 205, nota 8.

co, mas por não se poder apreciá-lo em dinheiro, bem como porque a admissão generalizada abriria a possibilidade para especulações desonestas sob o manto nobilíssimo dos sentimentos afetivos. E no julgamento concluiu que “no caso de morte de filho menor não se indeniza o dano moral se ele não contribuía em nada para o sustento da casa.”³⁴⁸

São por esses motivos que a linguagem da ciência jurídica divisou as consequências dos danos em patrimoniais e extrapatrimoniais, tendo a propriedade (coisas) como premissa para sua conceituação e como centro de imputação jurídica.

A racionalidade como nota definidora do ser humano foi questionada no início do século XX pelos filósofos existencialistas que, resgatando e desenvolvendo as premissas do cristianismo em torno do livre arbítrio, substituíram a racionalidade pela liberdade enquanto centro, nota distintiva, da existência do ser humano.

Considerando que a liberdade é o ser do homem, seu núcleo existencial, é a partir dela que decidimos aquilo que desejamos fazer, o que projetamos realizar em nossa vida, ainda subjetivamente. Na sequência, a liberdade externaliza-se com a capacidade de realizar nossos projetos, isto é, de converter os pensamentos em atos, em condutas humanas intersubjetivas, as quais apenas podem ser restringidas legitimamente pelo sistema jurídico, de acordo com os impedimentos da legislação.

A nova filosofia existencialista de Kierkegaard³⁴⁹, Heidegger³⁵⁰, Sartre³⁵¹ e Jaspers³⁵², entre outros filósofos, influenciou os juristas e conduziu à substituição da visão eminentemente individualista e patrimonialista do direito, que tinha como objeto de preocupação as coisas, por uma concepção humanista, apontando para a necessidade de revisão dos fundamentos da responsabilidade civil, com a alteração da ideia de que era a propriedade o centro do sistema jurídico (modernidade) para a noção de que a pessoa humana é que deve ocupar referida posição nuclear (pós-modernidade), do que decorre que o núcleo de preocupação do jurista deve ser o conhecimento e a proteção unitária, pre-

348 STF – 2ª Turma – julgado em 06.08.1948 e publicado em RT 244/629.

349 KIERKEGAARD, Sören. *O conceito da angústia*. Petrópolis: Vozes, 2010.

350 HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2006.

351 SARTRE, Jean Paul. *O ser e o nada*. Ensaio de ontologia fenomenológica. Petrópolis: Vozes, 2002.

352 JASPERS, Karl. *Filosofia da existência*. Rio de Janeiro: Imago, 1973.

ventiva e integral do ser humano, em suas múltiplas e diversas manifestações, relegando a uma posição secundária os objetos e as coisas.

Quanto ao tema leciona Carlos Fernandes Sessarego que a nova visão do ser humano que nos oferece a filosofia deste século é assumida por um setor de jusfilósofos sensíveis às novas correntes de pensamento. Como corolário desse processo, a tutela do ser humano vem desvalorizando e colocando em segundo plano a proteção do patrimônio. A virada operada no nível da filosofia permite que os jusfilósofos e os juristas dogmáticos percebam que o direito tem como centro e objeto o ser humano. A nova concepção personalista obriga os estudiosos do direito a repensar muitas das instituições jurídicas dentro das quais se encontra o direito de danos e a responsabilidade civil.³⁵³

A observação da história mostra nitidamente a migração da sociedade de pequenos proprietários e burgueses, típica da ideologia e do período do Código Civil francês de 1804, que era fundada prevalentemente na propriedade privada, com uma concepção estática da responsabilidade civil, para a sociedade pós-industrial, globalizada e flexível, com uma economia caracterizada pelo dinamismo das relações jurídicas e dos negócios, gerando múltiplos e graves danos às pessoas humanas, fato que também ajudou a impulsionar os juristas e os legisladores à revalorização de uma concepção humana da responsabilidade civil que estabeleça uma correta relação entre dano e pessoa, como de resto se deu com o Código Civil italiano de 1942 e, na realidade latino-americana, com o Código Civil peruano de 1984³⁵⁴ e com o Código Civil brasileiro de 2002³⁵⁵, em diversos de seus dispositivos.

A migração da atenção jurídica da propriedade privada para a pessoa humana também alterou um dos principais objetivos da responsabilidade civil que era a punição do agente ofensor, de acordo com o seu grau de culpabilidade, para preocupar-se com a proteção integral da vítima, autorizando a

353 Sessarego, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, p. 35.

354 “Art. 1985. La indemnización comprende las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.”

355 O Código Civil de 2002, revelando uma preocupação central com a pessoa, trouxe um rol exemplificativo de direitos da personalidade (artigos 11 ao 21), conectando mais à frente, no capítulo da responsabilidade civil, com os mecanismos de ressarcimento dos danos causados às pessoas (artigos 186, 187 e 927 ao XXX).

crescente evolução da responsabilização sem culpa, isto é, responsabilidade civil objetiva³⁵⁶, mudança que levou o sistema jurídico brasileiro a rejeitar o caráter punitivo, equivocadamente citado pela jurisprudência, como um dos objetivos da responsabilidade civil.³⁵⁷

A primeira Constituição pós-moderna que colocou a dignidade da pessoa humana em posição central foi a italiana de 1947, sendo por essa razão que os juristas italianos iniciaram uma revisão da responsabilidade civil, interpretando o seu Código Civil de 1942 a partir da necessidade de proteção integral do ser humano e revendo a abordagem patrimonialista que vigorava naquela época.³⁵⁸

Na realidade brasileira, somente com a Constituição Federal de 1988 é que se reconheceu, definitivamente, a ressarcibilidade dos danos pessoais, de forma independente e autônoma, na modalidade dos danos morais. Até então, o centro de preocupação da responsabilidade civil era exclusivamente o patrimônio, sequer se admitindo a possibilidade de reparação das repercussões extrapatrimoniais do ilícito, como visto linhas acima em passagem doutrinária e decisão antiga do STF.

356 Para maiores aprofundamentos v. MOLINA, André Araújo. Sistemas de responsabilidade civil objetiva e os acidentes de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 79, n. 2, p. 70/117, abr./jun. 2013.

357 Anderson Schreiber anota que: “Os *punitive damages* são uma indenização punitiva. Atribui-se à vítima uma quantia superior ao valor do dano sofrido, com a declarada finalidade de punir o ofensor e desestimular a repetição da conduta lesiva. (...) O instituto não encontra previsão expressa no direito brasileiro. Em nossa tradição, a punição sempre foi desempenhada pelo direito penal, reservando-se ao direito civil uma função exclusivamente reparatória. Entretanto, no campo do dano moral, o espírito punitivo tem feito estrada. No afã de assegurar indenizações mais elevadas às vítimas, a doutrina brasileira tem aludido ao ‘duplo caráter’ da indenização por dano moral, que combinaria (i) o caráter compensatório, voltado a reparar o dano moral sofrido, e (ii) o caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou. (...) O uso de critérios punitivos no cálculo da indenização por dano moral gera diversas inconsistências e equívocos. Em primeiro lugar, implica frontal violação à letra da lei, segundo a qual ‘a indenização mede-se pela extensão do dano’ (Código Civil, art. 944). Desvia-se, ainda, de diversos princípios fundamentais do ordenamento brasileiro, por atribuir ao juiz a possibilidade de estipular e aplicar uma pena sem prévia cominação legal. Pior: a pena é aplicada em um processo civil, sem as garantias próprias do processo penal. Além disso, não parece haver qualquer justificativa para atribuir à vítima esse valor adicional, cuja função é tão somente punir o causador do dano. (...) Por essas e outras razões, deve-se resistir à tentação de importar os *punitive damages* para a realidade brasileira. A assimilação acrítica do instituto, que, note-se, vem sofrendo continuadas restrições até mesmo no direito norte-americano, promete gerar mais problemas que soluções.” (Schreiber, *Direitos da personalidade*, p. 19/21).

358 A primeira referência doutrinária quanto aos danos à pessoa humana é de Guido Gentile, *Danno alla persona*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962, p. 634 e seg.

Jorge Nader Kouri também esclarece que no sistema jurídico mexicano, considerando o reconhecimento da centralidade da pessoa humana como condição base de todos os demais direitos fundamentais, ela é a origem, a essência e o fim de todos os direitos³⁵⁹, por isso o “*Estado investigará y sancionará las violaciones a los derechos humanos, y los Jueces y autoridades competentes dispondrán sobre la reparación del daño que proceda.*”³⁶⁰

Sendo os direitos à integridade psicofísica e a liberdade do ser humano direitos subjetivos fundamentais garantidos a todos, independentemente de classe social, idade e da capacidade de produzir riqueza pelo trabalho, passou-se a admitir, ainda que não haja prejuízos patrimoniais, a necessidade de proteção e reparação das violações dos direitos fundamentais por meio de uma indenização autônoma pelos danos à pessoa humana, objetivamente considerada e de forma independente das repercussões patrimoniais.

Essa visão também leva à conclusão que, quanto aos danos causados à pessoa humana dos trabalhadores, além do ressarcimento dos prejuízos materiais, na modalidade dos danos emergentes, lucros cessantes e pensionamento, também deverá ser recomposto o seu patrimônio jurídico fundamental com a fixação de uma indenização pela repercussão pessoal do dano injusto.

É por isso que atualmente, em atividade conceitual, o jurista pode definir dano como a repercussão da violação a um interesse juridicamente protegido, cuja violação repercute sobre a vítima podendo atingir seus interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais, independentemente do objeto violado.

Poderá haver violação direta do ser humano (danos à pessoa humana), com repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais, como pode haver agressão de uma coisa ou objeto, com ambas as repercussões. Objetivamente o juiz verificará a ocorrência de danos à pessoa humana quando houver violação da sua integridade psicossomática ou da sua liberdade, ou seja, quando violado quaisquer dos seus direitos humanos e fundamentais tutelados pelos tratados internacionais de direitos humanos e pela Constituição Federal.

Carlos Fernandez Sessarego adverte que os danos à pessoa são aqueles cujos efeitos recaem no ser humano, considerado em si mesmo, enquanto sujeito de

359 Tesis P. LXV/2009, aprovada pelo Pleno da Suprema Corte em 06.01.2009: “DIGNIDAD HUMANA, EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DÉMAS DERECHOS FUNDAMENTALES.”

360 Kouri, *El principio pro homine*, p. 58.

direito, desde a concepção até a morte. Dada a complexidade do ser humano, os danos podem afetar alguma ou várias de suas múltiplas manifestações. Como o ser humano é uma unidade psicossomática sustentada na liberdade, os danos que contra ela se cometam podem lesionar algum ou vários dos aspectos somáticos ou psíquicos do sujeito ou incidir em sua própria liberdade.³⁶¹

Desse núcleo conceitual da pessoa humana, a doutrina classificou várias espécies de danos à pessoa, como danos biológicos, os danos à saúde, os danos à liberdade, os danos sexuais, os danos ao projeto de vida, assédio moral, os danos relacionais, conforme um determinado aspecto da natureza humana seja atingido, cujas repercussões da violação são ressarcíveis, além dos aspectos patrimoniais, nas modalidades dos danos morais, os danos estéticos ou os danos existenciais, de acordo com o direito fundamental que tenha sido violado especificamente. As três modalidades de ressarcimento citadas na verdade são espécies de danos imateriais ou extrapatrimoniais, inicialmente confundidos e englobados como se todos fossem os danos morais, convertendo essa espécie em sinônimo do gênero.

Dessa premissa segue que não se define o gênero das modalidades de ressarcimento dos danos em função de quem é atingido pela violação – pessoa ou coisa –, mas as repercussões sobre a vítima, as quais podem alcançar ambos os gêneros a partir de um único ato ilícito. Um singelo exemplo do que estamos falando seria o caso de um casal em véspera de completar bodas de ouro e que deixa as alianças de casamento para polimento em uma joalheria. O extravio das alianças, que são objetos (coisas), repercute sobre às vítimas, simultaneamente, nas esferas patrimonial (perdas e danos) e extrapatrimonial (integridade psicológica – danos morais), assim como no exemplo dos acidente do trabalho (danos à pessoa), que acaba repercutindo nos campos patrimonial e extrapatrimonial, com as respectivas indenizações, cumulativamente.

A propósito do tema, Carlos Fernández Sessarego foi quem introduziu na América do Sul o estudo dos danos à pessoa humana, tendo partido da mesma premissa da divisão das repercussões dos danos para concluir que tanto os danos à pessoa (danos subjetivos), como os danos às coisas (danos objetivos), podem

361 Sessarego, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, p. 37.

ter, indistintamente, consequências jurídicas patrimoniais e extrapatrimoniais ou também apresentar, simultaneamente, ambos os tipos de consequências.³⁶²

Dessa referida classificação pode-se concluir que a indenização não deve limitar-se às consequências das violações incidentes apenas no aspecto de produzir riqueza por parte da vítima do dano (danos patrimoniais), devendo-se compreender, principalmente, os efeitos da lesão nos direitos fundamentais da pessoa humana, cujas repercussões são pessoais, autônomas e independentes do ressarcimento dos prejuízos financeiros. Disso segue que é irrelevante o ressarcimento patrimonial das consequências do ato ilícito, o qual não apaga as consequências pessoais, as quais, inclusive para o autor, têm preferência sobre as consequências materiais da lesão.

A correta compreensão da diferença entre o ente atingido (pessoas ou coisas) e as repercussões que a violação gera (patrimoniais ou extrapatrimoniais), põe às claras a visão míope de parcela da jurisprudência trabalhista que rejeita a reparação das consequências imateriais quando já satisfeita a parcela de natureza patrimonial. É o caso dos julgados que, mesmo reconhecendo violação de direitos fundamentais dos trabalhadores, quando houve imposição de jornada exaustiva pelo empregador, rejeitam os pedidos de danos morais ou existenciais ao argumento que as horas extras – repercussões meramente patrimoniais da lesão – já estão sendo concedidas na respectiva decisão.

O professor peruano avança para propor a revisão dos conceitos jurídicos da responsabilidade civil, uma vez que a antiga distinção entre dano patrimonial e dano extrapatrimonial põe em evidencia o predominante interesse da doutrina e da jurisprudência de privilegiar o dano às coisas exteriores ao ser humano, sendo um reflexo da visão patrimonialista predominante no direito da época. Para Sessarego, cuja lição acolhemos, desde uma perspectiva humanista que centra o direito na pessoa é que deveríamos melhor referir aos danos pessoais quando o ente ofendido é o ser humano e os danos extrapessoais quando os entes ofendidos são as coisas exteriores ao homem. O ponto de referência para a ciência jurídica não pode seguir sendo o patrimônio, vez que já é passada a hora

362 “Es de advertir, como es obvio, que tanto los daños subjetivos o daños a la persona como los daños objetivos o sobre las cosas, pueden tener indistintamente consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales o presentar simultáneamente ambos os tipos de consecuencias. Ello dependerá, como es obvio, de la posibilidad o no de valorizar em dinero tales consecuencias.” (Sessarego, op. cit., p. 31).

de mudar de mentalidade e centrar o direito, e sua correspondente linguagem técnica, em torno da pessoa humana.³⁶³

A compreensão da tutela jurídica tanto da pessoa humana como das coisas e a consequente multiplicidade das consequências do dano injusto causado revela que a jurisprudência clássica, preocupada com os aspectos patrimoniais da lesão, deixava de reparar os aspectos mais importantes do ser humano, que são os seus direitos fundamentais. Para tanto basta imaginar a situação da empregada de uma indústria farmacêutica que, por ato omissivo ilícito do seu empregador, vê-se contaminada e tem como consequência a perda da sua capacidade reprodutiva (esterilização involuntária), contudo mantém a sua plena capacidade de trabalho, não apresentando alterações morfológicas exteriores, sequer houve afastamento das atividades laborativas. Dentro do quadro fático, não há substrato jurídico para ressarcimento patrimonial, na medida em que não houve despesa com tratamento médico ou internações (danos emergentes), afastamento do labor para convalescer (lucros cessantes) ou mesmo perda da capacidade laborativa (pensionamento), bem como não há dano estético.

Contudo, um dos seus mais caros direitos fundamentais – o de livremente decidir sobre o planejamento familiar, de acordo com o art. 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988 – foi aniquilado, quando menos fortemente restringido de forma injusta, merecendo do julgador mais atento o arbitramento de indenização por danos à pessoa humana, na espécie dos danos existenciais.

Também referido dano injusto repercute diretamente sobre o esposo da trabalhadora acidentada, legitimando aquele, mesmo que não mantenha nenhuma relação de trabalho com a empresa, para a propositura de ação de responsabilidade civil em face da causadora do dano, que retirou, também dele, o direito fundamental de deliberar livremente sobre o direito de constituir família, com filhos biológicos com a sua esposa. A Corte de Cassação italiana, em um caso semelhante no qual um procedimento médico desastroso trouxe como consequência a retirada do útero de uma mulher, concedeu indenização ao esposo ao fundamento que a supressão do direito dele de desenvolvimento em família é por si só ressarcível, como um modo de reparação da lesão dos direitos fundamentais da pessoa humana.³⁶⁴

363 Sessarego, *Apuntes sobre el daño a la persona*, p. 17.

364 Sentença da Corte de Cassação italiana, de 11 de novembro de 1986, publicada em *Il Foro Italiano*, volume CX, I, Roma, 1987, p. 833 e seg.

E a violação dos direitos da pessoa humana ocorre de forma objetiva, com a simples agressão de seu arcabouço tutelado juridicamente, sendo, por essa razão, dispensável qualquer prova material das repercussões pessoais e específicas da violação dos direitos humanos e fundamentais. Para utilizar o exemplo de linhas acima, não há necessidade de prova, para a ressarcibilidade dos danos à pessoa humana, de que o casal planejava constituir família com filhos biológicos, bastando o ato injusto do terceiro ter-lhes, ilicitamente, retirado o direito de livre escolha.

Sérgio Cavalieri Filho ensina que não é preciso para a configuração dos danos imateriais que a agressão tenha repercussão externa, sendo indispensável apenas que ela atinja o sentimento pessoal de dignidade da vítima da ofensa. Disso segue que a eventual repercussão apenas ensejará o seu agravamento.³⁶⁵

Carlos Fernandez Sessarego concluiu sua lição com a confiança de que, com o normal e esperado desenvolvimento da cultura jurídica, se chegue num futuro próximo a compreender a importância e o valor da vida humana e da consequente e necessária reparação de todos os danos que se podem causar ao ser humano. Não se deve nunca perder de vista a pessoa como um fim em si mesma, ainda que as coisas sejam importantes instrumentos a seu serviço. Quando essa visão humanista estiver arraigada entre os juristas, alcançaremos o objetivo de reparar devidamente todos os múltiplos danos que se podem causar à pessoa, mas para isso é preciso continuarmos com o processo de sepultamento de uma concepção individualista-patrimonialista, segundo a qual se invertem os valores para dar como absurdo resultado que é mais valioso o instrumento que o fim a que ele serve.³⁶⁶

A partir da virada humanista, na filosofia e na teoria do direito, também observamos uma recente evolução na doutrina e parte da jurisprudência brasileira, reconhecendo-se a possibilidade ontológica de violação das pessoas e das coisas e, sucessivamente, que as repercussões da ofensa podem ser patrimoniais, também conhecidas como danos materiais, e extrapatrimoniais, aglomeradas, ainda entre nós, como danos morais.

365 Cavalieri Filho, Programa de responsabilidade civil, p. 106.

366 Sessarego, *Apuntes sobre el daño a la persona*, p. 33.

A experiência dogmática e jurisprudencial foi recolhida pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, V³⁶⁷ e X³⁶⁸, e, mais recentemente, no artigo 186 do Código Civil de 2002³⁶⁹, onde o legislador utiliza as expressões danos materiais e danos morais para apontar a dupla repercussão dos atos ilícitos. Especificamente no artigo 5º, V, da Constituição, o constituinte acrescenta os danos à imagem, o que levou a doutrina e a jurisprudência a reconhecer os danos estéticos como uma nova espécie autônoma de dano à pessoa humana (Súmula 387 do STJ).

Chegado a esse ponto do desenvolvimento da pesquisa, concluímos que a filosofia humanista e a atual tutela jurídica dos direitos fundamentais e dos direitos humanos colocam a pessoa como objeto central de preocupação do ordenamento jurídico, decorrendo que poderá haver violação tanto da pessoa humana quanto dos objetos, com consequências jurídicas patrimoniais e pessoais, ressarcíveis de modo autônomo, independente e cumulativo. As repercussões pessoais ainda podem ser subdivididas em três espécies: danos morais, danos estéticos e danos existenciais.

5.2. O conceito objetivo-constitucionalizado de dano moral

Inspirados pela visão patrimonialista do Código Civil francês de 1804, os juristas do século XIX não admitiam os danos extrapatrimoniais como uma categoria autônoma, sendo apenas com os estudiosos das décadas seguintes que se reconheceu a sua existência e ressarcibilidade, além dos prejuízos financeiros que eram gerados pelos atos ilícitos. Aos novos prejuízos extrapatrimoniais autônomos foi dado o nome de dano moral, em uma perspectiva negativista, como tudo aquilo que estava fora do patrimônio, como bem se observa da doutrina de René Savatier: “(...) dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”³⁷⁰. Para essa posição, diferentemente do que já

367 V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

368 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;

369 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

370 Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, n. 525.

refinamos no tópico anterior, a classificação do dano levava em consideração o ente atingido. Se violado um objeto intitulava-se de dano patrimonial, mas se a violação alcançava ente que não poderia ser apreciado monetariamente, como aspectos íntimos do ser humano, então estava-se diante dos danos morais, razão pela qual embutiu-se no conceito dos últimos as exteriorizações psíquicas da vítima da lesão.

Nessa perspectiva excludente e negativista dos danos morais, todo dano que não configurasse dano emergente ou lucro cessante poderia candidatar-se a ser identificado como dano moral, desde que estivesse acompanhado de dor, vexame, sofrimento etc.³⁷¹, cuja posição também recolheu elementos subjetivos relacionados às repercussões sentimentais do ato ilícito sobre a vítima (*pretium doloris*).

Expoente da posição subjetivista clássica entre nós, Yussef Said Cahali conceitua dano moral como tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo os valores fundamentais inerentes à personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que a vítima esteja integrada, sendo evidenciado na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido, no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade, no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos e nas demais situações de desgaste psicológico.³⁷²

A posição subjetivista dos danos morais propiciou um didático debate jurisprudencial em torno da configuração ou não dessa espécie de dano no caso de um passageiro de companhia aérea que teve a sua bagagem extraviada durante o transporte para uma viagem de férias ao exterior.

No julgamento de segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi mantida a sentença originária no sentido de rejeitar a indenização por danos morais, sob o fundamento de que “a simples sensação de desconforto ou aborrecimento, ocasionado pela perda ou extravio de bagagens, não constitui dano moral, suscetível de ser objeto de reparação civil.”

A decisão de rejeição foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, mas pelo argumento técnico de que a Convenção de Varsóvia veda o ressarcimento por danos morais no transporte aéreo, embora tenha o Ministro Relator, a partir de suas percepções subjetivas, discordado das conclusões do tribunal fluminense.

371 Facchini Neto e Wesendonck, Danos existenciais, p. 232.

372 Cahali, Dano moral, p. 22/23.

Para o Ministro Eduardo Ribeiro: “Considero, ao contrário do acórdão, que o aborrecimento, extremamente significativo, seria, em tese, suscetível de ser indenizado.”. O mesmo Ministro, conforme ainda as suas percepções pessoais, não considerou o extravio de bagagem, desta feita em viagem de retorno das férias, suscetível de danos morais, na medida em que na viagem de volta restou apenas o incômodo à passageira de diligenciar a reposição do que fora perdido, fazendo as compras necessárias.³⁷³

Até que a questão originária foi levada ao Supremo Tribunal Federal, ocasião em que a Corte admitiu o recurso extraordinário e reformou o acórdão, sob os seguintes fundamentos:

Ninguém coloca em dúvida as repercussões nefastas do extravio de bagagem em excursão, especialmente quando realizada fora do País. Os transtornos são imensos, ocasionando os mais diversos sentimentos para o viajante. No que concerne ao dano moral, há que se perquirir a humilhação e, conseqüentemente, o sentimento de desconforto provocado pelo ato, o que é irrefutável na espécie.³⁷⁴

O que se percebe claramente nas idas e vindas da jurisprudência quanto ao caso concreto em revisão, é que o conceito subjetivo de dano moral gera uma apreciação irracional, casuística e conforme as percepções subjetivas do juiz, afetando gravemente a igualdade, a segurança jurídica e a pacificação social.

Outro inconveniente do conceito subjetivo é a conseqüente exigência de prova material quanto ao dano moral, na medida em que se este é toda lesão que gera dor, vexame, sofrimento ou humilhação, deverá, por revelar-se fato constitutivo do seu direito, a vítima provar nos autos essas suas manifestações subjetivistas, o que levou ao extremo de se rejeitar indenização por danos morais em acidente de trabalho, no qual o operário perdeu dois dedos da mão, pois o autor não trouxe aos autos “um único elemento de convicção no sentido de que o acidente na mão direita tenha repercutido a ponto de abalar o psiquismo do recorrente em sua estrutura afetiva ou emocional.”³⁷⁵, bem como rejeitou-se a indenização por danos morais no caso de uma famosa atriz brasileira que

373 STJ – 3ª Turma – REsp 158.535 – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – DJ 09.10.2000.

374 STF – 2ª Turma – RE 172.720 – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 21.02.1997.

375 Acórdão do 2º TACívSP – Processo 00873031/1998. A decisão foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça ao argumento que a perda de dois dedos da mão gera sofrimento passível de caracterizar

teve as suas fotografias capturadas de uma revista masculina especializada e depois republicada, sem o seu consentimento, em jornal de grande circulação e distribuição gratuita. Nesse segundo caso, o Tribunal rejeitou a indenização por danos morais ao argumento de que:

Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas não. Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação da sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado.³⁷⁶

Nos limites do Direito do Trabalho destaca-se uma censurável decisão de Tribunal Regional do Trabalho, na qual rejeitou-se a indenização por danos morais no caso de um trabalhador que era transportado constantemente pelo empregador na carroceria de um veículo destinado ao transporte de animais, sem segurança e proteção à sua integridade física, além de ocorrer em meio a fezes de suínos e bovinos. Para o relator do acórdão:

Se o veículo é seguro para o transporte de gado também o é para o transporte do ser humano, não constando do relato bíblico que Noé tenha rebaixado a sua dignidade como pessoa humana e como emissário de

dano moral, independente de prova, na medida em que decorrente do senso comum, sendo, por isso, presumível. (STJ – 3ª – REsp 260.792 – Rel. Min. Ari Pargendler – DJ 23.10.2000).

376 TJRJ – II Grupo de Câmaras Cíveis – Emb. Inf. 250/1999 na Ap. Cível 10.139/1998 - Rel. Des. Wilson Marques – j. 29.09.1999 e publicado na RDTJRJ, n. 41, p. 184-187. Dessa decisão houve recurso ao Superior Tribunal de Justiça, o qual, por apertada maioria e contra o voto do Ministro Relator, reformou a decisão fluminense para conceder a indenização por danos morais. O fundamento da Ministra Nancy Andrighi, redatora do acórdão, ainda presa à posição subjetivista, resume-se na seguinte passagem: “É possível a concretização do dano moral independentemente da conotação média de moral, posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de auto-estima, de avaliação própria que possuem valoração individual, não se podendo negar esta dor de acordo com sentimentos alheios. (...) A publicação de imagem sem a exclusividade necessária ou em produto jornalístico que não é próprio para o contexto, acarreta a depreciação da imagem e, em razão de tal depreciação, a proprietária da imagem experimenta dor e sofrimento.” (STJ – 3ª Turma – REsp 270.730/RJ – Relª. p/ ac. Minª Nancy Andrighi – DJ 07.05.2001).

Deus para salvar as espécies animais, com elas coabitando a sua Arca em meio semelhante ou pior do que o descrito na petição inicial (em meio a fezes de suínos e bovinos).³⁷⁷

Como decorrência da posição subjetivista clássica, relacionada aos aspectos sentimentais da vítima, desenvolveu-se no Brasil, à moda da jurisprudência francesa e italiana de séculos passados³⁷⁸, a tese de que a indenização por danos morais cumpre uma dupla função: compensatória, enquanto lenitivo para aplacar os sentimentos de desgosto da vítima, e a punitiva, enquanto mecanismo de desestímulo e pedagogia para que o causador do dano não reincida na conduta, além de se considerar, sem autorização legislativa doméstica e, inclusive, de forma inconstitucional, na fixação do valor, a condição socioeconômica das partes, a reiteração da conduta e o grau de sofrimento do lesado, cujos aspectos estão sendo, paulatinamente, combatidos e colocados em situação de constrangimento pela doutrina mais atual.

A imprecisão conceitual, a exigência de prova material e os censuráveis resultados jurisprudenciais que a posição negativista proporcionam, de acordo com os aspectos subjetivos de cada julgador, bem como a utilização de critérios genéricos e ilegais para o arbitramento das indenizações, incentivaram a doutrina jurídica a migrar para uma posição objetiva dos danos morais, procurando definir o seu conceito a partir da posição de centralidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico, mormente após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Maria Celina Bodin de Moraes, uma das principais defensoras da posição objetivista-constitucional dos danos morais, aponta que o erro mais comum na nossa jurisprudência é identificado na própria conceituação do dano moral (considerando-o do ponto de vista da subjetividade, das sensações pessoais), erro sobre o qual todos os demais aspectos da reparação do dano moral foram sendo construídos – também eles distorcidos, tal e qual o seu fundamento. Para

377 TRT 3ª Região – 7ª Turma – RO 01023.2002.081.03.00-0 – Rel. Juiz Milton V. Thibau de Almeida – DJ 25.03.2003.

378 Judith Martins-Costa aponta para os diversos equívocos cometidos pela jurisprudência brasileira quanto ao dano moral, destacando “o entendimento retrógrado consistente na identificação do dano moral com sentimentos de tristeza, dor, vexame ou humilhação, ideia essa importada da doutrina estrangeira (francesa e italiana) dos finais do séc. XIX e inícios do séc. XX.” (Martins-Costa, *Dano moral à brasileira*, p. 7098).

a autora, o equívoco conceitual originário, com frequência impressionante, gera arbitrariedades, imprevisibilidades e incertezas; em uma palavra: injustiça.³⁷⁹

A construção do conceito objetivo-constitucional dos danos morais teve como antecedente a observação de que ao final da Segunda Guerra, barbarizados pelas atrocidades cometidas pelo nazismo, a comunidade internacional engajou-se em um pacto pela prevalência dos direitos humanos, cujo traço mais evidente foi a migração da dignidade humana do discurso filosófico para o jurídico, com a sua incorporação na Carta das Nações Unidas de 1945, na Constituição italiana de 1947, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na Lei Fundamental alemã de 1949, na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição brasileira de 1988, ocupando a centralidade dos sistemas jurídicos dos países democráticos.³⁸⁰

Funcionando como fundamento jurídico dos Estados Democráticos, deriva da dignidade da pessoa humana que os direitos fundamentais positivados pelas constituições representam suas especificações nos diversos ramos do Direito. Cada direito fundamental enunciado representa a incidência da dignidade humana, um reflexo em determinada situação específica, ou seja, o resultado da intermediação legislativa constitucional ao mediar as suas eficácias prestacionais e protetivas aos casos especiais. Peter Häberle nos ensina que no sistema constitucional alemão, os direitos fundamentais subsequentes ao artigo 1º da Lei Fundamental, que garante a proteção da dignidade humana, assim como os objetivos estatais, têm a dignidade como premissa e encontram-se a seu serviço.³⁸¹

O próximo passo foi reconhecer a força normativa da dignidade humana e a sua aplicação direta nas relações jurídicas, sem a necessidade de intermediação legislativa ordinária, seja na relação entre os cidadãos e o Estado (eficácia vertical), como também nas relações entre os particulares (eficácia horizontal). A admissão das eficácias da dignidade humana nas relações privadas, incluindo as relações de trabalho, proporcionou constatar-se a possibilidade

379 Bodin de Moraes, Danos à pessoa humana, p. 55.

380 “A dignidade da pessoa humana é o princípio central do sistema jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.” (STF – HC 85988-PA (MC) - Rel. Min. Celso de Mello – decisão monocrática – DJU 10.06.2005).

381 Häberle, A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, p. 81.

fático-jurídica da sua violação direta, cuja principal repercussão são os danos morais indenizáveis.

A admissão de que a dignidade humana irradia seus efeitos para todas as relações jurídicas, tanto em face do Estado quanto entre os particulares, instigou os autores de cada um dos ramos do direito a conceituar as aplicações parcelares da dignidade. Fabio De Mattia, ainda no final da década de 1970, considerava que os direitos humanos são os mesmos direitos que os da personalidade, porém deve-se entender que quando se fala dos direitos humanos ou fundamentais, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, para protegê-lo contra as investidas do Estado. Já quando analisamos os direitos da personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, isto é, nas relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados cometidos por outras pessoas.³⁸²

Gustavo Tepedino também defende que a dignidade humana ocupa o centro do ordenamento jurídico, irradiando suas eficácias tanto para o direito público quanto para o privado, razão pela qual diz que atualmente precisamos superar a dicotomia entre os dois ramos em busca de posicionar a pessoa humana como valor unitário e carente de proteção integral. Para o autor, os direitos da personalidade do direito privado nada mais são que os direitos fundamentais do direito público, vistos por diferentes perspectivas descritivas. “Tem-se a personalidade como o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico.”³⁸³

Anderson Schreiber, perfilhando a mesma posição, igualmente anota que os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma evolução de conquistas históricas, de sorte que o mesmo tema foi tratado sob diferentes enfoques e nomenclaturas. No plano do direito internacional, os atributos da personalidade humana merecedores de tutela são denominados de direitos humanos, no plano constitucional de direitos fundamentais e no plano do direito privado de direitos da personalidade, entretanto “trata-se, como se vê, do mesmíssimo fenômeno encarado por facetas variadas. O valor tutelado é idêntico e unitário: a dignidade humana”.³⁸⁴

382 De Mattia, *Direitos da Personalidade II*, p. 150.

383 Tepedino, *Temas de Direito Civil*, p. 27.

384 Schreiber, *Direitos da personalidade*, p. 13.

A partir da premissa da existência da tutela jurídica da dignidade humana, avança o autor para conceituar o dano moral como “a lesão a qualquer dos direitos de personalidade, sejam expressamente reconhecidos ou não pelo Código Civil.”³⁸⁵

A violação direta da dignidade humana, seja na perspectiva dos direitos humanos e fundamentais dos tratados e da Constituição, ou na vertente civil dos direitos da personalidade, é, também para nossa compreensão, o atual critério para verificação objetiva da ocorrência dos danos morais nas situações concretas.

Judith Martins-Costa combate a posição subjetivista clássica, apontando todos os equívocos desde a sua importação descontextualizada do direito comparado, bem como as consequências judiciais equivocadas, para posicionar o seu conceito dentro da vertente objetivista. Para ela, dano moral é o dano produzido em virtude de ato antijurídico na esfera jurídica extrapatrimonial de outrem, seja principalmente como agravo a direito da personalidade, seja como reflexo extrapatrimonial de lesão à esfera patrimonial³⁸⁶, normalmente afetando os seguintes direitos da personalidade: direito à vida e à saúde, integridade moral, intimidade, vida privada, identidade e a expressão singular pessoal, a imagem, a autonomia pessoal, a boa reputação, a etnia, a opção sexual, a religião, a educação etc.³⁸⁷

Já Maria Celina Bodin de Moraes aprofunda o conceito objetivo dos danos morais, para condensar a sua lição na seguinte passagem:

Uma vez que está constitucionalmente determinado que a proteção da dignidade humana é objetivo primordial do ordenamento, pode-se concluir que, na realidade, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, e que negue sua qualidade de pessoa, de fim em si mesmo, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser indenizado. Dano moral será, em consequência, a lesão a algum dos substratos que compõem, ou conformam, a dignidade humana, isto é, a violação a um desses princípios: I. liberdade; II. igualdade; III. solida-

385 *Ibidem*, p. 16.

386 Martins-Costa, *Dano moral à brasileira*, p. 7091.

387 *Ibidem*, p. 7085/7087.

riedade; e IV. integridade psicofísica de uma pessoa. (...) A reparação do dano moral corresponde, no ambiente de constitucionalização em que vivemos, à contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha. Quando a dignidade é lesada, há que se reparar o dano injustamente sofrido.³⁸⁸

Anderson Schreiber também contribui com a observação de que a conceitualização de dano moral como lesão à personalidade humana opõe-se ao antigo entendimento segundo o qual o dano moral configurava-se nas demonstrações de dor, vexame, sofrimento ou humilhação. Tal entendimento subjetivo, ainda frequente nos nossos tribunais, tem a flagrante desvantagem de deixar a configuração do dano moral ao sabor das emoções subjetivas da vítima e, pior ainda, do próprio juiz.

E arremata o nosso autor:

A toda evidência, a definição do dano moral não pode depender do sofrimento, dor ou qualquer outra repercussão sentimental do fato sobre a vítima, cuja efetiva aferição, além de moralmente questionável, é faticamente impossível. A definição do dano moral como lesão a atributo da personalidade tem a extrema vantagem de se concentrar sobre o objeto atingido (o interesse lesado), e não sobre as consequências emocionais, subjetivas e eventuais da lesão. A reportagem que ataca, por exemplo, a reputação de paciente em coma não causa, pelo particular estado da vítima, qualquer dor, sofrimento, humilhação. Apesar disso, a violação à sua honra configura dano moral e exige reparação.³⁸⁹

Sérgio Cavalieri Filho também está entre aqueles defensores da posição objetivista dos danos morais, cuja tese é construída a partir da observação de que a Constituição de 1988 colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico, fazendo dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos em fio condutor de todos os ramos jurídicos. Segue que à luz da Constituição, conceitua-se o dano moral como a violação do direito à dignidade humana. E é justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do *direito à dignidade* que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a reparação do dano moral.

388 Bodin de Moraes, Dano moral: conceito, função, valoração, p. 361/378.

389 Ibidem, p. 17.

Nessa perspectiva objetiva – prossegue Sérgio Cavalieri Filho – o dano moral não está necessariamente ligado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana, configurando-se dano moral, sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame, sofrimento, sem violação da dignidade. As reações orgânicas e psíquicas podem ser até consequências e não causas de dano moral.

E finaliza o autor com a tese de que com essa ideia abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como ocorre com doentes mentais, pessoas em estado vegetativo, crianças de tenra idade. Por mais pobre que seja a pessoa, ainda que totalmente destituída de formação cultural, emprego ou bens materiais, ainda que destituída de consciência, mas pela simples condição de ser humano, será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, que é a sua dignidade humana, cuja agressão convencionou-se chamar de dano moral.³⁹⁰

Transportando o conceito objetivo-constitucional do dano moral para as relações de trabalho, estaria ele configurado quando a dignidade humana de um dos sujeitos da relação jurídica especial fosse violada de forma antijurídica pela conduta do outro, afrontando diretamente os substratos constitucionais e internacionais que compõe a dignidade da pessoa humana, como a liberdade, igualdade, solidariedade e a integridade psicofísica, além dos mesmos direitos decorrentes da dignidade e vistos pela perspectiva do direito civil, como direitos da personalidade garantidos pelo sistema³⁹¹, como a honra, intimidade, identi-

390 Cavalieri Filho, Programa de responsabilidade civil, p. 101.

391 Adriano de Cupis, um dos autores clássicos quanto ao tema dos direitos da personalidade, indica que integram esse rol o direito à vida e à integridade física, o direito sobre as partes destacadas do corpo e o direito sobre o cadáver, o direito à liberdade, o direito ao resguardo (honra e segredo), o direito à identidade pessoal (nome, título e sinal pessoal) e o direito moral do autor. (De Cupis, Os direitos da personalidade, *passim*). Contudo, para falar com Gustavo Tepedino, não podemos esquecer que o rol catalográfico dos direitos da personalidade, indicado pelos autores ou dispostos em determinado direito positivo – como nos artigos 11 a 21 do Código Civil brasileiro – não encerram rol taxativo. Para Tepedino: “Os preceitos ganham contudo algum significado se interpretados como especificação analítica da cláusula geral de tutela da personalidade prevista no Texto Constitucional no art. 1º, III (a dignidade humana como valor fundamental da República). A partir daí, deve-se o interprete afastar-se da ótica tipificadora seguida pelo Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana não apenas no sentido de contemplar novas hipóteses de ressarcimento mas, em perspectiva inteiramente diversa, no intuito de promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previstos pelo legislador codificado.” (Tepedino, Temas de Direito Civil, p. 37).

dade pessoal, nome etc., independentemente de prova material das repercussões internas da violação sobre a vítima.

Anderson Schreiber, estudando a violação dos direitos da personalidade nas relações de trabalho, diz que a violação à honra no ambiente laboral é apenas uma das variadíssimas maneiras de se atingir a dignidade humana. O uso indevido de imagem, a discriminação genética, a invasão de privacidade, o furto de dados pessoais, a agressão física ou psicológica são exemplos de outros perigos que cercam a condição humana e são suscetíveis de violação, gerando danos morais no bojo dos contratos de trabalho.³⁹²

Um interessante precedente do Tribunal Superior do Trabalho enfrentou a situação fática de uma empresa que implantou um “programa gestacional” para as suas empregadas, consistente na elaboração de uma planilha pela gerência, na qual estabeleceu-se uma fila de preferência para a atividade reprodutiva das empregadas de determinado setor, de modo a conciliar as gravidezes das trabalhadoras com o atendimento das demandas do trabalho. A autora da ação trabalhista, cujo recurso estava em julgamento, a despeito de ciente da lista de preferência, não submeteu-se a ela e engravidou fora do período planejado pela gerência.

O acórdão aplicou diretamente o princípio da dignidade humana, inclusive referindo-se ao seu conceito filosófico originário de que as pessoas tem dignidade e os objetos tem valor, de sorte que viola a dignidade tratar o ser humano como mero instrumento de outrem, coisificando-o. Referiu-se, também, ao tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, razão pela qual a dignidade humana teria incidência direta e imediata. E a decisão concluiu com a adoção do conceito objetivo-constitucional de dano moral, enquanto violação da dignidade humana e dos direitos da personalidade. E por adotar a posição objetiva, andou muito bem o Tribunal Superior do Trabalho ao reformar a decisão de segundo grau, a partir dos seguintes argumentos jurídicos:

A comprovação, por si só, da existência de um plano gestacional no âmbito da empresa, acarreta a conclusão de que todas as mulheres em idade reprodutiva envolvidas naquela planta empresarial foram ofendidas em sua dignidade (destacadamente na possibilidade de decidirem com autonomia a respeito de seus projetos de vida, de felicidade e do seu

392 Schreiber, op. cit., p. 9.

corpo) e em suas intimidades, resultando discriminadas em razão de sua condição feminina.

Saliente-se que a pretensão abstrata de estender seu poder empregatício para além das prescrições sobre a organização do trabalho, alcançando a vida, a autonomia e o corpo das trabalhadoras, revela desrespeito grave à dignidade da pessoa humana, que não se despe de sua condição de sujeito, nem da titularidade das decisões fundamentais a respeito da sua própria vida, ao contratar sua força de trabalho em favor de outrem. Está caracterizada, satisfatoriamente, a conduta ilícita e antijurídica do empregador, capaz de ofender a dignidade obreira, de forma culposa. Ao se preocupar exclusivamente com o atendimento de suas necessidades produtivas, constringendo as decisões reprodutivas das trabalhadoras, a reclamada instrumentaliza a vida das suas empregadas, concebendo-as como meio para a obtenção do lucro, e não como fim em si mesmas. Constatada violação dos arts. 5º, V e X, da Constituição Federal; 373-A e 391, parágrafo único, da CLT; e 186 do Código Civil. Indenização por danos morais que se arbitra no valor de R\$ 50.000,00.³⁹³

O acórdão do Tribunal Regional, embora tivesse reconhecido o fato da implantação do programa gestacional, rejeitou o pedido da trabalhadora porque ela não teria demonstrado prejuízo pessoal quanto ao fato, na medida em que, inclusive, teria engravidado e não teria sofrido nenhuma punição ou represália empresarial.

Ao adotar a posição objetiva-constitucional dos danos morais, o Tribunal Superior do Trabalho reformou a decisão justamente porque é dispensável a prova de qualquer repercussão sentimental da conduta ilícita que viola direitos fundamentais sobre a vítima, antes configurando-se a ofensa objetivamente com o desrespeito à dignidade humana de todas as trabalhadoras em idade reprodutiva da empresa.

Se nesse caso, a despeito de nenhuma investigação quanto às manifestações psíquicas da vítima tenha sido feita para concluir pela violação direta da sua dignidade humana, em outro caso recente a situação inverteu-se, na medida em que mesmo em se admitindo que tenha ocorrido abalos subjetivos com o psicológico da trabalhadora, a Corte rejeitou a indenização justamente por não verificar a violação da sua dignidade ou os direitos da personalidade.

393 TST – 7ª Turma – RR 755-28.2010.5.03.0143 – Rel. Min. Vieira de Mello Filho – DEJT 19.09.2014.

O segundo acórdão também é elucidativo para demonstrar a diferença no resultado do julgamento, conforme a questão seja abordada pelo conceito subjetivo ou objetivo dos danos morais. Trata do caso que ocorreu com uma telefonista que pleiteou indenização por dano moral ao argumento de que havia baratas em seu ambiente de trabalho, mesmo que a empregadora tenha tomado providências posteriores com a dedetização e eliminação dos insetos. Tanto a decisão de primeiro grau, quanto o acórdão regional abordaram a questão pela vertente subjetiva, quando concluíram que “não é difícil imaginar a sensação de nojo e repulsa da reclamante ao ter de trabalhar em ambiente em que há presença de insetos potencialmente transmissores de doenças como é o caso das baratas”, do que derivou a condenação por danos morais. De sua parte, o Tribunal Superior do Trabalho, reposicionando a questão em sua devida abordagem epistemológica, a partir do conceito objetivo-constitucional, reformou a decisão local sob os seguintes argumentos:

Não há razoabilidade em se entender que a presença de baratas nas dependências da empresa, ainda que feita diariamente a limpeza das salas e dedetização regular até a eliminação efetiva dos insetos - retirada do painel de madeira que era a causa do problema - gere direito à indenização. O ato ilícito inorre quando se verifica que os insetos foram atacados da forma padrão, pela dedetização e, ao final, reduzido o número de baratas no local.

Se as providências cabíveis e possíveis foram tomadas pela reclamada - limpeza diária e a dedetização do local de trabalho -, que ao perceber insuficientes tais medidas, identificou a causa e providenciou a retirada do painel que era o foco da proliferação de baratas, sequer há se falar em ato ilícito.

Não há descumprimento de medidas de limpeza e higiene do local, tampouco descaso da reclamada, que procurou solução para o problema. Necessária, ainda, prova contundente do prejuízo sofrido a ensejar a indenização. É preciso que o prejuízo seja demonstrado, e que haja dano à integridade física ou psíquica dos empregados. E no caso, há delimitação tão-somente dos insetos, do nojo, e não de alguma síndrome de pânico em relação a bichos, o que se constata, inclusive pela leitura da petição inicial.³⁹⁴

394 TST – 6ª Turma – ARR 002206-39.2014.5.03.0017 – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – DEJT 10.03.2017.

E nas decisões mais recentes, o Tribunal Superior do Trabalho continua a adotar a posição objetiva dos danos morais para reconhecer, por exemplo, que há violação da dignidade humana e danos morais, tanto no caso da empregada que foi coagida a pedir demissão, sem ter cometido qualquer ilegalidade³⁹⁵, bem como no caso do empregado que foi colocado em ociosidade forçada³⁹⁶, enquanto mecanismo de assédio, em ambas as hipóteses os acórdãos referiram expressamente à posição objetiva-constitucional dos danos morais, sem qualquer investigação quanto aos aspectos subjetivos e repercussões psíquicas dos atos lesivos sobre as vítimas.

A objetivação do dano moral, enquanto violação da dignidade humana e dos direitos da personalidade, dispensando-se prova da repercussão sentimental do ato lesivo sobre a vítima, proporcionou que a doutrina jurídica revisasse diversas das suas inconsistências anteriores, desde os requisitos de configuração, as funções e os critérios utilizados para o arbitramento da indenização.

O primeiro deles é o reconhecimento do dano moral às crianças de tenra idade, aos enfermos, às pessoas com percepção sensorial reduzida e à pessoa jurídica³⁹⁷, todos, a despeito de não serem completamente suscetíveis aos sentimentos e às manifestações psíquicas, são destinatários da dignidade humana e dos direitos da personalidade, inclusive as pessoas jurídicas em relação a alguns direitos fundamentais que lhes são aplicados.

O legislador ordinário (art. 52 do CC), por opção político-legislativa, andou muito bem em estender alguns direitos da personalidade para a proteção das pessoas jurídicas, mas essa extensão não confere à pessoa jurídica os direitos informados por valores inerentes à pessoa humana, logicamente. Gustavo Te-

395 “DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. O dano moral prescinde, para sua configuração, de prova, bastando, para que surja o dever de indenizar, a demonstração do fato objetivo que revele a violação do direito de personalidade.” (TST – 3ª Turma – AIRR 000117-38.2014.5.07.0015 – Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani – DEJT 13.05.2016).

396 “O direito à indenização por dano moral encontra amparo no art. 5º, V e X, da Constituição da República e no art. 186 do CCB/2002, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana, da inviolabilidade (física e psíquica) do direito à vida, do bem-estar individual (e social), da segurança física e psíquica do indivíduo, além da valorização do trabalho humano. O patrimônio moral da pessoa humana envolve todos esses bens imateriais, consubstanciados em princípios fundamentais pela Constituição. Afrontado esse patrimônio moral, em seu conjunto ou em parte relevante, cabe a indenização por dano moral, deflagrada pela Constituição de 1988.” (TST – 3ª Turma – AIRR 1000104-81.2015.5.02.0611 – Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado – DEJT 10.03.2017).

397 “Súmula n. 227 do STJ. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

pedino anota que o dispositivo civilista limitou-se a permitir a aplicação, por empréstimo, da técnica da tutela da personalidade, e apenas no que couber³⁹⁸, a qual será muito útil no bojo das relações de trabalho, nas quais, normalmente, são as pessoas jurídicas que ocupam um dos polos da relação e serão, inclusive, destinatárias da proteção legal e por empréstimo dos direitos da personalidade, podendo sofrer danos morais, como nos casos, exemplificados por José Geraldo da Fonseca³⁹⁹, de abalo de crédito, da sua reputação, da credibilidade, do nome comercial e da imagem corporativa.

Nessa mesma linha de entendimento, acrescenta Thiago Carvalho Borges que a pessoa jurídica possui uma finalidade e que esta determina a sua condição existencial. Logo, a violação de um direito da personalidade de uma pessoa jurídica, que dificulte ou comprometa o atingimento da finalidade institucional prevista no seu ato constitutivo, representa um dano moral⁴⁰⁰. Aplicamos o conceito do autor para reconhecer, por exemplo, que causa dano moral à uma instituição de ensino com fins religiosos, as manifestações públicas de um professor que ofende os dogmas defendidos pela religião, ridicularizando a matéria de ensino religioso que é adotada em sua grade curricular, cujas manifestações atacam os fins existenciais da própria instituição ideológica, pessoa jurídica suscetível de ter direitos da personalidade violados e, com isso, sofrer danos morais indenizáveis.

A Lei Fundamental alemã de 1949 serviu de inspiração aos legisladores dos países ocidentais, inclusive ao nosso civilista do art. 52 do Código Civil de 2002, ao prever naquele documento político que os direitos fundamentais podem ser restringidos, debaixo de alguns critérios, do que deriva que “em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.”, bem como que “os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas.”⁴⁰¹

A objetivação do conceito também propiciou a admissão do dano moral sofrido pela vítima nos casos de morte fulminante, como na hipótese de óbito do trabalhador em acidente do trabalho, derivando para o reconhecimento de que os danos morais próprios da vítima transmitem-se aos seus herdeiros,

398 *Ibidem*, p. 55/56.

399 Fonseca, *Dano moral da pessoa jurídica*, p. 63.

400 Borges, *Sobre o dano moral à pessoa jurídica*, p. 132.

401 Art. 19 da Lei Fundamental alemã de 1949 (tradução livre do original em alemão).

independente do dano moral sofrido, indiretamente e propriamente, pelos próprios herdeiros.

Durante anos, raciocinando a partir do conceito subjetivo, a jurisprudência entendia que aqueles que morreram em eventos trágicos instantâneos, não tiveram tempo de sofrer, de sentir dor, de sorte que não havia danos morais da vítima, cuja solução judicial foi defender a sua não-configuração e, ainda que se entendessem configurado, haveria a intransmissibilidade dos danos morais da vítima.⁴⁰²

A posição antiga, caudatária da doutrina da época⁴⁰³ e tendo em vista o Código Civil de 1916, era no sentido de que o dano moral configurava-se a partir das manifestações psíquicas do lesado, de modo que não se efetivava nas hipóteses de morte instantânea. E defendia a corrente clássica que, mesmo nos casos em que o ato lesivo não gerasse a morte instantânea, ocasionando o sofrimento da vítima, em caso de morte posterior desta, não estavam os herdeiros autorizados a sucederem no direito de ajuizar a ação para cobrança da indenização moral, na medida em que intransmissível o dano moral anteriormente configurado com o sofrimento da vítima.

Na década de 1990, Wilson Melo da Silva defendia que os danos morais dizem respeito ao foro íntimo, eis que o patrimônio ideal da vítima é marcadamente individual e seu campo de incidência o mundo interior de cada um de nós. Logo, os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos, desaparecendo com o próprio indivíduo. Podem os terceiros compartilhar da minha dor, sentindo, eles próprios, por eles mesmos, as mesmas angústias que eu. O que se não concebe, porém, é que as minhas dores, as minhas angústias, possam ser transferidas para terceiros⁴⁰⁴.

402 “A presente ação não foi proposta *iure proprio*, tendo em vista que a indenização que se pretende não se refere aos danos morais indiretos sofridos pelas autoras, ora recorrentes, em razão da morte de seu genitor, mas diz respeito aos danos sofridos por este último em decorrência de prática de calúnia pelo ora recorrido, tendo sido a presente ação proposta *iure hereditatis*. Não se justifica que aquele que não sofreu qualquer dano, seja direto ou indireto, venha pleitear indenização, pois não se atingiu qualquer bem jurídico, patrimonial ou moral a ele pertencente. Reconhece-se, assim, que carecem as recorrentes de legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a indenização dos danos morais sofridos por seu genitor.” (STJ – 3ª Turma – REsp n. 302.029/RJ – Relª. Minª. Nancy Andrighi – DJ 01.10.2001).

403 Nesse sentido, exemplificativamente: SILVA, Luís Renato Ferreira da. Da legitimidade para postular indenização por danos morais. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, ano XXIV, vol. 70, p. 185-205, jul. 1997 e BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3 ed. São Paulo: RT, 1997.

404 Silva, O dano moral e sua reparação, p. 648/649.

Apenas em um segundo momento é que evoluiu a jurisprudência para a transmissibilidade dos danos morais, condicionada ao prévio ajuizamento da ação. Isto é, continuava entendendo-se pela não-ocorrência nas mortes instantâneas, mas nos casos em que a vítima morreu posteriormente, raciocinava-se que ela sofreu o dano, ajuizou a ação (a demonstrar que sentiu dor, humilhação, sofrimento), vindo a falecer durante o curso do processo, ocasião em que admitia-se a transmissibilidade do direito aos herdeiros e somente nesses casos da condicionante⁴⁰⁵.

Um terceiro estágio da evolução jurisprudencial, embora ainda abordando o dano moral na vertente subjetiva, foi retirar a condicionante do ajuizamento prévio da ação, para entender que mesmo nos casos em que a vítima sobreviveu ao ato lesivo, mas não ajuizou a ação imediatamente, a sua morte posterior não impedia que os créditos (dano moral já configurado) fossem transmitidos com a herança, autorizando que o espólio perseguisse a condenação em juízo, cuja nova posição foi consagrada na doutrina⁴⁰⁶ e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴⁰⁷.

Mais recentemente, uma nova evolução, já abordando o tema a partir do conceito objetivo-constitucional do dano moral, foi migrar a interpretação da doutrina e dos tribunais para admitir que a morte fulminante agride a dignidade humana da vítima, em seus aspectos mais relevantes que são a própria vida e a integridade física, independente de dor, vexame ou manifestações psíquicas, de sorte que há dano moral próprio, doutrinariamente conceituado como “dano

405 “Dano moral. Ressarcimento. Se a indenização se faz mediante pagamento em dinheiro, aquele que suportou os danos tinha direito de recebê-la e isso constituiu crédito que integrava seu patrimônio, transmitindo-se a seus sucessores. Possibilidade de os herdeiros prosseguirem com a ação já intentada por aquele que sofreu os danos.” (STJ – 3ª Turma - REsp n. 219.619/RJ – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – DJ 03.04.2000).

406 Enunciado n. 454 da V Jornada de Direito Civil de 2012, do Conselho da Justiça Federal: “O direito de exigir reparação a que se refere o art. 943 do Código Civil abrange inclusive os danos morais, ainda que a ação não tenha sido iniciada pela vítima.”

407 Por todos, STJ – 3ª Turma – REsp n. 343.654/SP – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJ 01.07.2002, STJ – 1ª Turma – REsp 978.651/SP – Rel.ª Min.ª Denise Arruda – DJE 26.03.2009 e STJ – Corte Especial – EREsp n. 978.651/SP – Rel. Min. Felix Fischer – DJE 10.02.2011. Do acórdão desse último julgado, extrai-se o seguinte trecho elucidativo da sua ementa: “A posição atual e dominante que vigora nesta c. Corte é no sentido de embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio ou os herdeiros legitimidade ativa ad causam para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo de cujus.”

morte⁴⁰⁸, cobrado em juízo pelos herdeiros necessários ou o espólio⁴⁰⁹, sem prejuízo do dano moral destes, que tiveram as suas próprias dignidades ofendidas com o falecimento do ente próximo (dano por ricochete⁴¹⁰), posição construída a partir da interpretação dos artigos 12, parágrafo único, e 943 do Código Civil, a qual já foi inclusive sufragada pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgado recente da SBDI-1⁴¹¹.

Um boa referência de direito comparado é o Código Civil português, que prescreve expressamente a independência das indenizações, da própria vítima e as indiretas sofridas pelos herdeiros⁴¹², autorizando que, inclusive na mesma

408 PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. O dano morte. A existência jurídica do *pretium mortis*. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, vol. 27, n. 318, p. 72/88, dezembro 2015 e WESSENDONCK, Tula; ETTORI, Daniella Guimarães. *Pretium Mortis*: questões controvertidas acerca da responsabilidade civil em decorrência do dano morte – um estudo comparado entre o direito brasileiro e o português. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3 (2017), n. 1, p. 729/761.

409 Especificamente em relação aos créditos derivados do contrato de trabalho, inclusive os decorrentes de acidente do trabalho, a Lei n. 6.858/1980, regulamentada pelo Decreto n. 85.845/1980, dispensa a abertura de inventário ou arrolamento para o ajuizamento da ação, na qual se buscam créditos do *de cuius*, bastando que os autores/sucessores, em nome próprio, e não qualificados como representantes do espólio, comprovem a condição de dependentes habilitados perante a Previdência Social. Nada obstante a lei específica trabalhista dispense a ação de inventário, o TST tem entendido pela legitimidade concorrente do espólio, quando a parte já tenha aberto ação de inventário ou arrolamento, notadamente nos casos em que a vítima-trabalhador tenha deixados bens de natureza civil a inventariar (vide nota abaixo).

410 Em publicação doutrinária específica quanto ao tema dos danos morais reflexos no contrato de trabalho, Rubia Zanotelli de Alvarenga ensina que “o dano reflexo se apresenta configurado quando o prejuízo atinge, por via oblíqua, pessoa próxima da vítima direta do ato ilícito. Compreende, assim, a situação de pessoa que sofre reflexos de um dano causado a outra pessoa. Tal entendimento se justifica porque o dano causado a uma determinada pessoa pode ter reflexos patrimoniais e morais para a própria vítima ou para terceira pessoa que dela dependa afetiva e economicamente.” (Alvarenga, Responsabilidade do empregador por dano moral reflexo, p. 45).

411 “O espólio tem legitimidade ativa para pleitear pagamento de indenização por danos morais quando o prejuízo a ser reparado foi experimentado pelo próprio empregado, em razão de acidente de trabalho. Hipótese que não se confunde com aquela em que o pleito de indenização é oriundo do dano sofrido pelos herdeiros.” (TST – SBDI1 - E-RR-1187-80.2010.5.03.0035 - Rel. Min. Brito Pereira, Red. p/ acórdão Min. Márcio Eurico Vitral Amaro – DEJT 04.11.2016).

412 “Código Civil de 1966, art. 496 (Danos não patrimoniais): 1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. 2. Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último aos irmãos ou sobrinhos que os representem. 3. O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não

ação, se possa perseguir ambas, o “dano morte” da vítima e as indenizações autônomas dos danos morais sofridos pelos herdeiros, como se observa de decisão bastante didática do Supremo Tribunal de Justiça português⁴¹³.

A propósito da adoção explícita da posição objetiva do dano moral, três decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça merecem referência, devido aos seus conteúdos extremamente didáticos. Na primeira delas⁴¹⁴, um doente grave, já tendo sido judicialmente interditado, sujeito absolutamente incapaz, teve um saque indevido em sua conta-corrente, por falha do serviço bancário, tendo-lhe causado ofensa aos direitos da personalidade, de sorte que pleiteou dano moral, em ação civil ajuizada com auxílio da curadora. A decisão local havia rejeitado a indenização por dano moral, diante do argumento de que a vítima não sofreu psicologicamente, já que devido à sua condição de saúde, efetivamente não passou por qualquer constrangimento, aborrecimento ou teve a sua honra ou privacidade afetadas. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão, para condenar em dano moral o réu, adotando expressamente o conceito objetivo em sua ementa:

A atual Constituição Federal deu ao homem lugar de destaque entre suas previsões. Realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo, essência de todos os direitos personalíssimos e o ataque àquele direito é o que se convencionou chamar dano moral. Portanto, dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social. O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua consequência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma

patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos número anterior.”

413 “Acidente de viação – Dano morte – Danos não patrimoniais. I – É adequada a atribuição efectuada pelas instâncias a título de danos não patrimoniais, de 50.000 Euros pela perda do direito à vida, 7.500 Euros pelo dano não patrimonial sofrido pela própria vítima antes de falecer, 15.000 Euros pelo dano não patrimonial da viúva e 10.000 Euros pelo dano não patrimonial próprio de cada um dos cinco filhos.” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Secção, Revista n. 728/05, Relator Faria Antunes, julgado em 27 abril de 2005).

414 STJ – 4ª Turma – REsp n. 1.245.550/MG – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJE 16.04.2015.

reação psíquica da vítima. Em situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como ocorre com doentes mentais, a configuração do dano moral é absoluta e perfeitamente possível, tendo em vista que, como ser humano, aquelas pessoas são igualmente detentoras de um conjunto de bens integrantes da personalidade.

O segundo caso⁴¹⁵ cuidava da inclusão de dívida inexistente, em fatura de cartão de crédito enviada para a residência do autor da ação, mas sem prova de que sequer tenha realizado o pagamento, muito menos que ocorrera cobrança abusiva, inscrição em cadastro de inadimplentes etc., a configurar violação direta dos direitos da personalidade. O acordão do STJ iniciou diferenciando os conceitos subjetivo e objetivo dos danos morais, para adotar o último e, como corolário, afastar o direito à indenização por danos morais, independente de aborrecimento do consumidor.

Já no terceiro caso⁴¹⁶, a hipótese era a ação ajuizada pela consumidora em face de uma loja de materiais de construção, em razão de manchas apresentadas em pisos cerâmicos comercializadas por ela. As decisões de primeiro e segundo graus condenaram a ré nas indenizações por danos materiais e morais. De sua parte, o acordão do STJ iniciou definindo o conceito de dano moral, a partir de dispositivos da Constituição – principalmente a dignidade da pessoa humana –, para adotar a linha objetiva, como corolário tendo afirmado que “não é toda e qualquer situação geradora de incômodo ou dissabor que é capaz de afetar o âmago da dignidade da pessoa humana”, de modo que “o simples inadimplemento contratual não configura dano moral, pois incapaz de agredir a dignidade humana.”

O último acordão põe em evidência uma conclusão atual deveras importante para a resolução dos casos concretos, que é a compreensão de que a violação a bens ou interesses exclusivamente patrimoniais não gera danos morais automaticamente, ainda que a violação esteja acompanhada de algum incômodo, angústia ou dissabor por parte da vítima, conforme amiúde ocorre nas demandas que envolvem direito de consumidor e as reclamações trabalhistas, com pedidos de indenização por danos morais por razões as mais esdrúxulas – que nem remotamente ofendem a dignidade humana ou os direitos da personalidade –,

415 STJ – 4ª Turma – REsp n. 1.550.509/RJ – Relª. Minª. Maria Isabel Gallotti – DJE 14.03.2016.

416 STJ – 3ª Turma – REsp n. 1.426.710/RS – Relª. Minª. Nancy Andrichi – DJE 09.11.2016.

como a consumidora que recorreu até o Supremo Tribunal Federal, insistindo na indenização motivada pela compra de um pacote de pão de queijo de R\$ 5,69, que embora estivesse no prazo de validade, continha alguns pães mofados, ainda que ressarcida prontamente pelo supermercado pelo valor pago⁴¹⁷; ou como nos diversos casos em que trabalhadores demandam indenizações na jurisdição trabalhista pela mora do empregador no cumprimento de algumas obrigações acessórias dos contratos⁴¹⁸.

Outra conquista dogmática a partir da objetivação do conceito é o atual reconhecimento dos danos morais coletivos. Estes últimos, muito caros às ações civis públicas e ações civis coletivas na jurisdição trabalhista, somente puderam ser indenizados a partir da premissa de que ocorre dano moral com a violação objetiva dos direitos fundamentais. Decorre que, havendo direitos fundamentais de várias dimensões, entre os quais os difusos e coletivos, cuja titularidade pertence aos grupos ou à sociedade, a violação destes últimos geram os danos morais coletivos.

O clássico Arion Sayão Romita escreveu que entre os direitos, há alguns cujo titular é o indivíduo considerado isoladamente; outros, cujo titular é o indivíduo considerado como membro do grupo; finalmente, há ainda alguns direitos cujo titular é o grupo. Daí a classificação dos direitos em individuais e coletivos. A partir dessa premissa classificatória, concluiu o autor que:

Dizia eu que uma coletividade, como tal considerada (abstraindo-se a pessoa dos indivíduos que a integram), pode ser atingida pelos efeitos de um ato ilícito, causador de dano moral. Daí a noção de dano moral coletivo. Não só os indivíduos têm direitos: os grupos também os têm. A violação do direito do grupo (ou coletividade) pode gerar dano moral coletivo.⁴¹⁹

Já Xisto Tiago de Medeiros Neto defende que os danos morais coletivos correspondem à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados

417 STF – ARE n. 729.870/RJ – Rel. Min. Teori Zavascki – DJE 14.10.2013.

418 O TRT de Mato Grosso, repelindo essas demandas frívolas, tem súmula atual dizendo que “A retenção da CTPS, entendida como a manutenção desse documento pelo empregador por prazo superior a 48 horas não enseja, por si só, direito à reparação por dano moral.” (TRT da 23ª Região. Súmula n. 14. DEJT 17.12.2014).

419 Romita, Dano moral coletivo, p. 80.

pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões – grupo, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade, não sendo suficiente a mera infringência da lei vigente para a sua configuração.⁴²⁰ É por isso que para o citado autor, a caracterização do dano moral coletivo não se vincula ou condiciona à demonstração efetiva dos efeitos negativos, como o abalo psíquico, a consternação social ou a repulsa coletiva, sendo que os sentimentos coletivos, se perceptíveis, são mera consequência do dano moral coletivo produzido e não pressuposto para a sua caracterização.⁴²¹

A indenização civil, tanto em relação aos danos patrimoniais quanto os pessoais, entre os quais incluem-se os danos morais, observam entre nós os critérios dos artigos 944 e 945 do Código Civil: gravidade da culpa e a concorrência da vítima para o evento.

De outro lado, não há justificativa no ordenamento brasileiro para se adotar uma função punitiva dos danos morais, aumentando-se o valor das indenizações⁴²². Trata-se, na verdade, da importação equivocada da teoria dos *punitive damages* da experiência norte-americana. Nessa realidade, há expressa diferença entre o dano moral (*compensatory damages*), destinado à compensação da vítima, e a indenização punitiva (*punitive damages*), nos estritos limites constitucionalmente admitidos, fixada pelo júri, devido ao alto grau de reprovabilidade da conduta do ofensor, cujos valores não são destinados à vítima, sendo por essas razões que Judith Martins-Costa adverte que nem na realidade norte-americana “há caráter punitivo ínsito às indenizações por dano extrapatrimonial, as quais devem ser fixadas tendo em vista exclusivamente a extensão do dano sofrido pela vítima.”⁴²³, razão pela qual defende que as decisões brasileiras

420 Medeiros Neto, Dano moral coletivo, p. 137.

421 Medeiros Neto, O dano moral coletivo e o valor da sua reparação, p. 288.

422 Nesse sentido: SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no Código Civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 20, p. 16/38, jan./jul. 2002. JUNKES, Sérgio Luiz. A culpa e a punição não podem servir de critério para a fixação da indenização por dano moral. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 11, n. 02, p. 291/299, jul./dez. 2006. MORAES, Maria Celina Bodin de. Dano moral: conceito, função, valoração. **Revista Forense**, vol. 413, p. 361/378 jan./jun. 2011. MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, n. 9, p. 7073/7122, 2014. HIGA, Flávio da Costa. **Reponsabilidade civil punitiva**. Os “punitive damages” no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

423 *Ibidem*, p. 7093.

que fazem referência à função punitiva são, inclusive, inconstitucionais, por violência ao art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal de 1988.

Flávio da Costa Higa, partidário da posição objetivista dos danos morais e crítico da “teoria sentimentalista” que ainda graça em nossa experiência, em sua notável monografia sobre o tema, enfrenta e desmascara todos os critérios enunciados pela jurisprudência brasileira, inclusive a trabalhista, quando da (pseudo)fundamentação do valor arbitrado a título de danos morais. Ao rechaçar a função punitiva da indenização por danos morais, argumenta o nosso autor que:

É translúcida a opção da jurisprudência brasileira por castigar o ofensor em sede de reparação dos prejuízos imateriais, inclusive majorando o *quantum* em caso de reincidência, numa providência tipicamente penal. (...) Todavia, ao contrário de garantir clareza, essa técnica de decidir cria uma figura completamente excêntrica, pela qual não se permite ao réu saber até que ponto está meramente compensando a lesão extrapatrimonial e a partir de que ponto está sendo penalizado. Do mesmo modo, é incognoscível ao autor se a reparação atinge aquilo que ele pretende e se o castigo ao réu lhe parece suficiente. (...) Ao que nos parece, contudo, a repetição universal de parâmetros tão diversificados de quantificação dos prejuízos imateriais oculta, na maior parte das vezes, uma decisão irrefletida, que busca, com a reiteração de critérios ubíquos, ocultar a deficiência ou até mesmo a ausência de fundamentação. Não se podem tolerar julgamentos que impliquem somente na transcrição das mesmas fórmulas e autotextos, com a atribuição de uma quantia aleatória ao final, sem desnudar as minúcias do caso concreto que, supostamente, permitiram inferir a justiça e correção daquele valor.⁴²⁴

Se é certo que não há em nosso sistema jurídico a função punitiva dos danos morais, segue que também é imprópria a invocação das funções pedagógica e preventiva da indenização, bem como a consideração da reincidência da conduta do ofensor⁴²⁵ e a capacidade econômica das partes como crité-

424 Higa, Responsabilidade civil punitiva, p. 233/235.

425 A reiteração da conduta ilícita pode reclamar a reação do sistema em outras latitudes, como a ação própria do Ministério Público do Trabalho para pleitear danos morais coletivos por condutas patronais reiteradas que violam direitos coletivos dos trabalhadores e, por arrastamento, todo o mercado (*dumping social*), bem como a atuação fiscalizadora (poder de polícia) das Agências Reguladoras

rios de arbitramento, cujos argumentos ainda são amiúde enunciados pela jurisprudência trabalhista⁴²⁶, mas sem nenhuma justificação analítica da sua admissibilidade entre nós.

Os critérios efetivamente acolhidos pelo nosso ordenamento são a observância dos precedentes em casos similares (igualdade em sentido material – art. 5º da CF), a gravidade da culpa do ofensor em relação ao dano (art. 944 do CC) e a concorrência da vítima para o evento danoso (art. 945 do CC).

Uma última observação pertinente é que não há confundir conceito objetivo de dano moral com a irrelevância do contexto fático do caso concreto, esterilizando as nuances das situações empíricas. Em palavras outras, nada obstante configure dano moral a violação objetiva da dignidade humana e dos direitos da personalidade, há que se investigar se na hipótese concreta houve violação do patrimônio jurídico (se há dano). Clareia a diferenciação imaginar que as mesmas palavras ríspidas emitidas pelo superior hierárquico podem importar em violação dos direitos da personalidade em uma situação e em outra não, como nos exemplos de uma palavra de baixo calão emitida pelo técnico de uma equipe de futebol, durante o intervalo da partida da final do campeonato, como forma de motivar a sua equipe, da mesma palavra emitida pelo diretor de uma multinacional em uma reunião formal com a equipe de executivos, na presença de mulheres.

Nesse particular esclarece Judith Martins-Costa que “deve ser considerado, para tal apreciação, se o ato se insere, ou não, em padrões sociais de normalidade e, como tal, está ou não ajustado ao contexto social em que praticado”⁴²⁷, como nos exemplos do mesmo vocativo expressado no calor das emoções de uma partida de futebol ou em uma reunião formal da diretoria da multinacional. E tal constatação está longe de resgatar elementos subjetivos para carac-

do Poder Executivo, como PROCON, ANATEL, ANEEL, ANAC, que têm a atribuição de aplicar multas progressivas nos casos de condutas reiteradas que lesem o mercado consumidor.

426 Entre as centenas de decisões do Tribunal Superior do Trabalho que repetem formalmente os mesmos critérios genéricos, destaca-se exemplificativamente: “DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 3.1 - Ante os fatos soberanamente analisados pela Corte de origem, não se mostra desproporcional a fixação de indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação, mormente considerando-se a gravidade do dano, bem como as condições da vítima e do ofensor, de modo a atingir sua dupla função: reparatória e punitivo-pedagógica, motivo pelo qual não se justifica a excepcional intervenção desta Corte no feito.” (TST – 7ª Turma – ARR 183700-59.2005.5.09.0670 – Relª. Minª. Delaíde Miranda Arantes – DEJT 07.06.2013).

427 *Ibidem*, p. 7107.

terização dos danos morais, na medida em que, contextualmente adequada, a emissão do vocativo não ensejará violação dos direitos da personalidade (e, por isso, dano moral) para nenhum dos atletas profissionais presentes na palestra do técnico, independentemente se algum deles exteriorizou abalo psíquico ou se sentiu subjetivamente ofendido.

De tudo quanto exposto, como decomposição prática do conceito de dano moral nas relações de trabalho, tem-se que, quando o juiz trabalhista verificar que ocorreu violação da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos previstos nos tratados internacionais ou dos direitos da personalidade, do trabalhador ou do empregador, inclusive em relação às pessoas jurídicas, no que couber, no bojo de uma relação de trabalho, estar-se-á atendido o requisito do dano para a condenação na indenização por danos morais, individuais ou coletivos, independentemente de qualquer manifestação psíquica, subjetiva e exterior da vítima da ofensa, bem como dispensando-se qualquer prova material das consequências da violação, devendo-se atentar para a contextualização social em que o ato lesivo foi praticado.

E por se configurar objetivamente, decorre que há dano moral nos casos de morte instantânea do trabalhador, cuja indenização pode ser cobrada em ação posterior dos sucessores, sem prejuízo das indenizações próprias destes últimos, autônomas e independentes, inclusive cumuláveis na mesma ação judicial.

Ao se configurar os danos morais, já na fase de quantificação do dano (arbitramento da indenização), o magistrado deverá ater-se aos precedentes próprios e dos tribunais a que esteja vinculado em situações idênticas, bem como a gravidade da culpa do ofensor em relação ao dano e a concorrência da vítima para o evento.

5.3. Os danos existenciais nas relações de trabalho

Como já visto anteriormente, nas relações de trabalho, os trabalhadores são sujeitos-ativos da proteção da dignidade humana, bem como são detentores de direitos fundamentais, inclusive os próprios empregadores, em alguma medida e no que lhes couber em relação às pessoas jurídicas, também são destinatários da tutela jurídica dos direitos fundamentais, tornando, com isso, as relações especiais de trabalho solo fértil onde frutifica a eficácia dos direitos fundamentais, com a premente possibilidade de violações, de parte a parte.

Segue que, pelo conceito constitucionalizado e objetivo de dano moral enquanto violação da dignidade, as demais violações de direitos fundamentais que não a dignidade humana diretamente, configuram os novos danos imateriais que não se confundem com os danos morais, entre os quais se encontra o existencial. Dito de outro modo, as violações dos direitos humanos e dos direitos fundamentais nas relações de trabalho instauram variadas relações jurídicas de responsabilidade pelos danos patrimoniais e pessoais, inserindo-se nesse último gênero a espécie dos danos existenciais.

Essa última premissa propicia a conclusão de que poderá haver violações de uma infinidade de direitos fundamentais, além da dignidade da pessoa humana especificamente, causando frustração aos projetos de vida ou à vida de relações dos sujeitos, quando estaremos diante dos danos existenciais. O raciocínio também leva à conclusão da cumulatividade dos danos morais e existenciais, nos casos em que houver violação simultânea da dignidade humana e de outros direitos fundamentais ligados aos projetos de vida e a vida de relações do trabalhador.

Imagine-se o caso de um acidente de trabalho que, além das limitações físicas impostas para o exercício do trabalho, também gera ofensa à integridade física e deformidade que também o impede de realizar as suas atividades privadas, como viajar com a família, praticar esportes ou realizar sua higiene pessoal. Nesse caso, além do ressarcimento dos prejuízos patrimoniais com a perda da capacidade de trabalho, deve haver ressarcimento cumulativo das espécies dos danos pessoais; danos morais por violação da integridade psicofísica (núcleo da dignidade humana), danos estéticos (alterações morfológicas exteriores) e danos existenciais (frustração dos projetos de vida e da vida de relações familiares, sociais e afetivas).

Essa percepção somente ocorreu recentemente por parte da doutrina civil brasileira, inspirada na experiência dogmática e jurisprudencial italiana – pioneira no trato jurídico da dignidade humana e sua incidência nas relações privadas.

O Código Civil italiano de 1942 previa originalmente no artigo 2.043 que deveria haver ressarcimento do dano injusto por parte daqueles que cometessem um fato doloso ou culposo. E mais a frente, no artigo 2.059, havia previsão de que os danos não patrimoniais (*danni non patrimoniali*) deveriam ser ressarcidos somente nos casos determinados em lei.⁴²⁸ Da previsão legal seguiu-se o pri-

428 Art. 2059 *Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge* (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598).

meiro entendimento de que quanto aos danos extrapatrimoniais havia um rol taxativo, somente admitindo o ressarcimento civil quando a violação amoldava-se também a uma previsão expressa do Código Penal. Dito de outro modo, constituindo também crime o ato lesivo, estava autorizado o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais, além das repercussões patrimoniais, nas ações de responsabilidade civil.

A partir de uma leitura do artigo 2º da Constituição italiana de 1947⁴²⁹ – isto é, interpretando o Código Civil de 1942 à luz dos direitos fundamentais da nova Constituição –, houve uma reação doutrinária à limitação legislativa para reconhecer que, embora os danos não patrimoniais ou danos morais, genericamente falando, precisassem de fato típico criminal, haveria, ao seu lado, diversas outras violações de direitos constitucionais, como o direito a saúde (artigo 32 da Constituição), que geravam também outros danos, então batizados de danos biológicos.

A interpretação evolutiva foi acolhida pela Corte Constitucional.⁴³⁰

Em um segundo momento, a doutrina avançou para concluir que dentro do novo conceito de danos biológicos estavam inseridas situações bastante diversificadas, que não guardavam mais direta relação com o direito constitucional à saúde. Foi quando os professores Paolo Cendon e Patrizia Ziviz divisaram os danos biológicos dos existenciais (*danno esistenziale*).⁴³¹ Os últimos são caracterizados a partir da violação da existência do sujeito, em certos aspectos de sua vida social e familiar; seriam detectáveis nos impedimentos sofridos pela vítima em relação às atividades que contribuem para o seu desenvolvimento pessoal. Enquanto o dano moral era verificável por um sofrimento da vítima, já os danos existenciais por um “não fazer”, pela frustração dos projetos de vida (*perturbamento dell’agenda*).

429 Art. 2º. *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

430 “Il danno - biologico (o fisiologico) é danno specifico, é un tipo di danno, identificandosi con un tipo di evento. Il danno morale subiettivo é, invece, un genere di danno - conseguenza, che può derivare da una serie numerosa di tipi di evento; così come genere di danno - conseguenza, condizione obbiettiva di risarcibilità, é il danno patrimoniale, che, a sua volta, può derivare da diversi eventi tipici.” (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza nº 184, del 14 luglio 1986).

431 CENDON, P., ZIVIZ, P., *Il danno esistenziale*. Milano: Giuffrè, 2000. CENDON, P., ZIVIZ, P. *Il risarcimento del danno esistenziale*. Milano: Giuffrè, 2003.

Mais uma vez a Corte de Cassação italiana avançou para reconhecer a divisão entre os danos biológicos e os danos existenciais.⁴³² A partir das citadas decisões da Corte de Cassação estabeleceu-se na Itália o princípio jurídico pelo qual os prejuízos existenciais são reparáveis quando se originam inclusive fora dos casos expressamente previstos em lei, desde que sejam originários de uma violação de um direito fundamental constitucionalmente garantido ao ser humano.

Também em outros países a frustração aos projetos de vida e à vida de relações desencadeia repercussões extrapatrimoniais autônomas, como o *préjudice d'agrément* na França, a *loss of amenities of life* do direito inglês e estadunidense, a *perdre de jouissance de vie* na Província do Quebec-Canadá, a frustração do projeto de vida da pessoa no Peru e os danos existenciais em Portugal, culminando com a adoção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Se no sistema jurídico italiano reconhecem-se os danos patrimoniais, morais, biológicos e existenciais, em nosso sistema jurídico brasileiro – porque decorrente da vontade constituinte do artigo 5º, V e X, além de todo o rol de direitos e garantias fundamentais que incidem nas relações entre particulares – também há a recepção das três espécies de danos pessoais ou imateriais: morais, biológicos (estéticos, aqui em nós, ainda que os danos biológicos italianos conformem um conceito muito mais amplo que os danos estéticos, englobando-os) e existenciais. O próprio artigo 186 do Código Civil brasileiro reconhece que aquele que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ou seja, o nosso sistema de responsabilidade civil é aberto, não taxativo, bastando ao lesado comprovar violação de direito, nexa causal e um dano em sentido amplo para obter o ressarcimento ou a reparação.

Eugenio Facchini Neto e Tula Wesendonck também compreendem que o dano existencial é espécie de danos extrapatrimoniais, inclusive que, no Brasil, esse grande gênero é confundido com os danos morais. A partir da distinção ensinam que “os danos existenciais podem ser entendidos como uma espécie do gênero mais amplo dos danos imateriais ou extrapatrimoniais, que entre nós costumam ser chamados de danos morais.”⁴³³

Amaro Alves de Almeida Neto conclui o seu estudo sobre o tema dizendo que o ser humano tem um direito fundamental constitucionalmente assegura-

432 Corte de Cassação (Decisões n. 6572 de 24.03.2006 e n. 26972 de 11.11.2008).

433 Facchini Neto e Wesendonck, Danos existenciais, *passim*.

do de fazer ou deixar de fazer o que bem entender, desde que, evidentemente respeitado o direito do próximo e os limites legais, não podendo ser molestado por quem quer que seja, em qualquer aspecto de sua vida, seja físico, psíquico ou social. O ser humano tem o direito de programar o transcorrer da sua vida da melhor forma que lhe pareça, sem a interferência nociva de ninguém. Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem o direito a uma infância feliz, a constituir uma família, estudar e adquirir capacitação técnica, obter o seu sustento e o seu lazer, ter saúde física e mental, ler, praticar esporte, divertir-se, conviver com os seus amigos, praticar a sua crença e o seu culto, descansar na velhice, enfim, gozar a vida com dignidade, essa é a agenda do ser humano: caminhar com tranquilidade no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida.⁴³⁴

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que um cidadão colombiano, injustamente torturado e preso, com posterior absolvição no processo judicial, teria tido os seus projetos de vida violados, na medida em que foi obrigado a deixar o país, sua família foi coagida, teve de mudar de trabalho, assim como outras condutas que impactaram seriamente seu patrimônio familiar. A Corte manifestou no sentido de que os atos ilícitos violaram os direitos humanos, mudaram radicalmente sua vida e causaram ruptura de sua personalidade e seus laços familiares. Ao final, para fixar a condenação em danos imateriais, esclareceu que *“todos han padecido una grave alteración en sus condiciones de existencia, en sus relaciones familiares y sociales, así como en sus posibilidades de desarrollar sus propios proyectos de vida.”*⁴³⁵

Há numerosas situações na execução do contrato de trabalho em que, inobstante não seja violada diretamente a dignidade do trabalhador – requisito para os danos morais em sua perspectiva constitucional-objetiva –, há violação de outros direitos fundamentais, que têm a dignidade como seu antecedente remoto, como o direito ao lazer (artigo 6º), a limitação de jornada (artigo 7º, XIII), ao repouso semanal remunerado (artigo 7º, XV), gozo de férias anuais (artigo 7º, XVII), acesso à educação fora do horário de trabalho (artigo 205), acesso à cultura em seus momentos de lazer (artigo 215), realização de ativida-

434 Almeida Neto, Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana, p. 33.

435 CIDH. Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentença de 12 de setembro de 2005, série C, n. 132, Relator Juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

des desportivas (artigo 217) e convivência familiar (artigos 227 e 229), além de que atenta contra o direito de que toda “pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas.” (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948).

A violação desses direitos fundamentais por ato ilícito do empregador, de modo a afetar a vida de relações e os projetos de vida dos trabalhadores, causariam os danos existenciais indenizáveis nas relações de trabalho.

Recepcionando o dano existencial nas relações de trabalho, Júlio César Bebbber o compreende como toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Fala-se existencial porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital. Por projeto de vida compreenda-se o destino escolhido pela pessoa, o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência a realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.⁴³⁶

Sônia Mascaro Nascimento igualmente reconhece que a frustração ao projeto de vida e à vida de relações pela conduta patronal ilegal geram os danos existenciais no trabalhador. “Isto porque, este deixa de conviver com sua família, não tem mais tempo para o lazer e para o estudo, está mais suscetível de ser acometido de doenças ocupacionais, dentre outros incontáveis prejuízos.”⁴³⁷ Diante dessa situação, em que o trabalhador não mais consegue autodeterminar-se e planejar sua vida, será configurado o dano existencial. Para a autora, os casos mais comuns nas relações de trabalho são a exigência de jornada excessiva, reiterada e além dos limites legais, e a violação dos períodos de descanso.

O decisivo é verificar, no caso concreto, se está diante de uma violação direta da dignidade humana, quando se configuraria o dano moral objetivo; se está diante de violação da integridade física, em seus aspectos morfológicos exteriores, quando há danos estéticos; ou se se está diante de uma frustração dos projetos de vida do trabalhador, um prejuízo à sua vida de relações pessoais e familiares, pela privação de sua autonomia pessoal, causada pelo desrespeito

436 Bebbber, Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial), p. 28.

437 Nascimento, Dano existencial nas relações de trabalho, p. 965.

aos seus direitos fundamentais ao lazer, limitação de jornada, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais, acesso à educação e cultura fora do horário de trabalho, realização de atividades desportivas, reflexão e a convivência familiar, quando configurados os danos existenciais.

Muito embora possa ocorrer os danos existenciais todas as vezes que os direitos fundamentais sejam violados em uma relação de trabalho, retirando do ofendido o direito de realizar seus projetos de vida e o exercício de suas relações, sociais, afetivas e familiares, o mais comum é a configuração fática nos casos de imposição empresarial de jornada de trabalho excessiva.

5.3.1. *Dano existencial por jornada de trabalho excessiva*

A Constituição Federal fixa a duração normal do trabalho em oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultando a compensação de horários e a redução de jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (artigo 7º, XIII). Densificando a norma constitucional, os artigos 58 e 59 da CLT confirmam os limites da jornada ordinária de trabalho e resguardam o direito de os empregados contratarem com os empregadores o acréscimo de horas suplementares, mediante alguns requisitos e observando limites.

A partir do texto do artigo 59 da CLT, o interprete constrói duas normas jurídicas distintas. A primeira acerca do acordo para prorrogação de jornada de trabalho (*caput*), cujos requisitos são o acordo individual escrito ou norma coletiva, o limite de 2 horas extras diárias e o interstício semanal para compensação. Por ser de pactuação mais flexível, mediante simples acordo individual escrito, caso os limites do interstício semanal sejam violados, considera-se como descaracterizado o acordo de prorrogação. Segue que, respeitados os limites de ordem formal e material, é lícito ao empregador exigir o trabalho suplementar em até duas horas e pagar o equivalente com o adicional ou conceder folgas compensatórias semanais, na forma da interpretação jurisprudencial dominante (Súmula 85 do TST).

O Tribunal Superior do Trabalho entende que a prestação habitual de horas extras descaracteriza o acordo de compensação (Súmula 85, IV). Significa que, contratadas as partes a realização de horas extraordinárias e a compensação semanal, em caso de o total de horas suplementares não ser compensado na mesma semana, violando o outrora pactuado, fica esse des-

caracterizado. Se o labor se dá em uma hora extra de segunda a quinta-feira, com folga compensatória aos sábados, respeitando o limite semanal de 44 horas, o acordo é legítimo. Agora se o labor se deu em duas horas extras por dia de segunda a sexta-feira, havendo compensação parcial aos sábados e quitação das excedentes como extras, violando o limite semanal de 44 horas, e tal sistemática ocorrer com habitualidade, fica o acordo de prorrogação descaracterizado, sendo devido o adicional de 50% (quando não houver norma coletiva mais benéfica) em relação às horas suplementares trabalhadas e compensadas. Dito de outro modo, as compensadas aos sábados não serão pagas, mas apenas o adicional é devido. Já aquelas que extrapolarem o limite semanal serão quitadas, acrescidas do adicional.

Já o § 2º do artigo 59 da CLT permite a construção da segunda norma jurídica sobre o tema de prorrogação de jornada. Introduzido pela Medida Provisória 2.164-41 de 2001, o sistema de compensação anual, conhecido como “banco de horas”, tem como requisitos a instituição por norma coletiva – vedando-se a contratação mediante acordo individual, verbal ou escrito –, o limite de duas horas extras diárias e o regime de compensação anual. Em relação ao banco de horas, caso os requisitos formais e materiais estejam atendidos, é direito subjetivo do empregador exigir a realização de atividade extra e compensar anualmente. A prestação habitual de horas extras, nessa hipótese, não descaracteriza o acordo de compensação.

Nas atividades insalubres, a implantação do regime de compensação de jornada demanda – em ambos os sistemas (semanal e anual) – além do acordo individual escrito, do acordo coletivo de trabalho ou da convenção coletiva, também licença das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho (CLT, art. 60), respeitando-se como requisito para a licença a realização de exame nos locais de trabalho, de modo a verificar os métodos e processos de trabalho (Portaria 702, de 28.05.2015, do Ministério do Trabalho e Emprego). Desrespeitado o requisito especial, também fica descaracterizado o sistema de compensação, sendo devido o adicional das horas extras já trabalhadas e já compensadas.⁴³⁸ Ressalve-se que, durante a vigência da Súmula 349 do TST,

438 “HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. ATIVIDADE INSALUBRE. O art. 60 da CLT estabelece que, nas atividades insalubres, quaisquer prorrogações só podem ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de Medicina do Trabalho. 2. Trata-se de norma de caráter tutelar, que constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, cuja observância é obrigatória. 3. Nessa esteira, inexistindo autorização da autoridade competente, diversamente do

cancelada em 31.05.2011, era admitida a compensação em atividade insalubre quando previsto em norma coletiva, independente de autorização do órgão administrativo, razão pela qual, em respeito ao princípio da proteção da confiança, as horas extras trabalhadas e compensadas até a data de 31.05.2011, consideram-se quitadas, não sendo devido sequer o adicional, por corolário não houve violação alguma à limitação da jornada legal nesses casos e durante o período de vigência da súmula.

A questão para fins de configuração dos danos existenciais por jornada excessiva é constatar a situação de, mesmo com a implantação do sistema de prorrogação e compensação de jornada, ainda assim o empregador exige jornada além desses limites, no exercício de 11, 12, 13 horas diárias ou mais, cuja incidência verifica-se em algumas atividades especiais.

O julgador também deve verificar a limitação de jornada das profissões especiais, como a dos motoristas profissionais, em que poderá haver prorrogação de jornada em até 4 horas diárias, mediante convenção ou acordo coletivo, na forma da Lei 13.103 de 2015, quando não haveria violação do direito material.

Importante reconhecer também que a jornada de trabalho é integrada não somente pelo trabalho efetivo, mas sobretudo pelo tempo à disposição (artigo 4º da CLT). O sistema jurídico trabalhista brasileiro adotou quatro modalidades de contagem de tempo para a composição da jornada de trabalho. Considerou o tempo de efetivo trabalho (CF, art. 7º, XIII e CLT, art. 58), o tempo à disposição (CLT, art. 4º e 58, § 1º c/c Súmulas 118 e 429 do TST), o tempo de sobreaviso (CLT, art. 244, § 2º c/c Súmula 428 do TST) e o tempo de deslocamento ou horas *in itinere* (CLT, art. 58, §§ 2º e 3º c/c Súmulas 90 e 320 do TST).

Definido, com efeito, o aspecto vertical do que é a extrapolação do limite constitucional, legal ou convencional da jornada, precisamos também definir um critério horizontal, de modo a concluir qual a reiteração necessária de extrapolação da jornada apta a converter-se em danos existenciais. Em outras palavras, é dizer com alguma precisão se a extrapolação da jornada em alguns dias, nada obstante tenha gerado repercussões patrimoniais (horas extras), teve ou não o condão de impedir a realização de projeto de vida do empregado fora do ambiente de trabalho?

que admitia a Súmula 349 desta Corte, atualmente cancelada, não há que se cogitar de validade do acordo de compensação de jornada. Recurso de revista não conhecido.” (TST – 3ª Turma - RR-1359-19.2010.5.04.0512 – Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira - DEJT 26.03.2013).

A questão é definir qual a frequência da reiteração da violação.

Um critério objetivo que pode ser utilizado como referencial argumentativo *prima facie* é o do artigo 61 da CLT que trata das hipóteses de prorrogação do trabalho por motivo de necessidade imperiosa. Nos casos do artigo, poderá o empregador exigir que o empregado continue prestando serviços além da sua jornada ordinária para atender motivos de força maior, realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja execução possa acarretar prejuízo manifesto ao empregador. De outro lado, há situações em que as atividades são interrompidas, por motivos acidentais ou de força maior, quando o empregador também poderá exigir, quando da retomada das atividades, a realização de horas extras pelo tempo máximo de duas horas diárias, “desde que não exceda de 10 (dez) horas diárias, em período não superior a 45 (quarenta e cinco) dias por ano.”

O legislador já ponderou os interesses em conflito e deu como resultado que o limite de exigência de trabalho dos empregados, mesmo no caso de força maior (eventos inevitáveis e imprevisíveis fora do controle empresarial), não poderá extrapolar de 45 dias por ano, quando os interesses empresariais e até sociais cedem em favor da proteção dos interesses pessoais dos trabalhadores, como proteção da saúde, descanso, lazer, convivência familiar etc. Se nem por motivos alheios à sua vontade, pode o empregador exigir jornada excessiva além de 45 dias por ano, com muito mais razão não poderá fazê-lo como forma de atender aos seus interesses empresariais, como aumento da produção, carência de mão-de-obra etc. Nesse último caso, em se verificando a extrapolação da jornada constitucional, legal ou convencional por mais de 45 dias por ano, entendemos haver uma indicação forte para configuração da repercussão extrapatrimonial que são os danos existenciais indenizáveis, independentemente da quitação das horas extras (mera recomposição dos danos patrimoniais).

A nossa sugestão de um critério horizontal objetivável serve como uma pauta argumentativa em favor da configuração, contudo ressaltamos que em tema de direitos fundamentais, acenando à dignidade da pessoa humana, que é plástica e flexível por essência, incumbirá ao julgador identificar as demais particularidades do caso concreto para, argumentando de forma analítica, caracterizar os danos em pontuais situações em que a jornada excessiva se deu abaixo de 45 dias no ano⁴³⁹, bem como podendo rejeitar a configuração nos casos em que

439 “Não se pode, contudo, descuidar da hipótese de o dano à vida da relação poder ser causado por um único ato.” (Alvarenga e Bouchinhas Filho, *O Dano Existencial e o Direito do Trabalho*, p. 246).

extrapolou o critério sugerido, mas em ambos os casos pesará sobre ele a necessidade de distinguir a situação concreta das hipóteses-padrão de configuração.

O sistema jurídico brasileiro é tão refratário à prática de jornada exaustiva que a considera como crime de redução a condição análoga à de escravo, conforme o artigo 149 do Código Penal, afrontando, aqui nesse extremo, a dignidade humana do trabalhador e gerando danos morais. São os danos existenciais, simbolicamente, a estação intermediária entre a jornada permitida de trabalho e a redução à condição análoga à de escravo, nos dois extremos.

A nossa contribuição ao debate sobre os danos existenciais por jornada de trabalho excessiva, somando com todos os demais autores que já trataram da questão, mas que não sugeriram critérios objetivos, é exatamente a demonstração métrica das violações verticais e horizontais da limitação constitucional, legal ou convencional da jornada de trabalho.

Há situações limítrofes – normalmente vinculadas à altos executivos e empregados que não estão sujeitos ao controle de jornada (CLT, art. 62) – em que verificar-se-á longa jornada de trabalho, por que o trabalhador ficava à disposição do empregador por muitas horas além dos limites ordinários, entretanto em muitos dos casos com participação intencional do trabalhador, que auferia benefícios diretos e indiretos com a maior disponibilidade.

Nesses casos, deve-se identificar a imposição pelo empregador de uma jornada excessiva, ainda que o empregado não se submeta a controle escrito, como nos casos de alguns gerentes que, mesmo recebendo remuneração em patamares medianos, são obrigados a abrir e fechar o estabelecimento, trabalhar aos finais de semana, além de ficar à disposição permanente no telefone celular para atender convocações, privando-o da vida de relações fora do ambiente de trabalho. Aqui, também os direitos fundamentais ao lazer, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais, acesso à educação fora do horário de trabalho, acesso à cultura em seus momentos de descanso, atividades desportivas e a convivência familiar, afetiva e social, incidiriam para configurar os danos existenciais, independentemente de o gerente em específico não ter direito às horas extras. Uma coisa é o trabalhador, ocupante de cargos de gestão ou mesmo os empregados externos incompatíveis com controle de jornada, estarem afastados do capítulo celetista de controle de jornada (quando não teriam direito às repercussões patrimoniais da extrapolação da jornada), outra bem diversa seria a argumentação – improcedente – de que estariam também a salvo da eficácia dos direitos fundamentais.

Também há situação em que o próprio empregado, consciente, de forma livre e com intenção sadia, renuncia à sua vida de relações sociais e familiares, abandonando outros projetos de vida para dedicar-se integralmente ao trabalho e ao sucesso pessoal/profissional (*workaholic*). Normalmente tal se dá em cargos de extrema confiança e elevada envergadura empresarial, quando o empregado, inclusive e intencionalmente, obtém maiores rendimentos, participação em ações, benefícios indiretos, recebe parte dos resultados sociais ao final dos balanços financeiros, quando o magistrado deverá ter em conta que o princípio trabalhista da irrenunciabilidade deve ser ponderado com a liberdade de escolha do empregado. Há aqueles cujo projeto de vida é justamente o sucesso financeiro e profissional, de modo que desde que optem de forma sadia, consciente e sem imposição externa, não se configura ato ilícito algum.

Já tivemos ocasião de defender em capítulos anteriores que sempre que se falar em renúncia de direitos estar-se-á necessariamente em jogo o exercício da liberdade do renunciante. Dizer que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis – ou que o são absolutamente – importará em dizer que a liberdade dos sujeitos-de-direito trabalhistas sempre cederá e ficará esvaziada, pouco importando as razões de fato e situações concretas. Um exercício amplo e absoluto da liberdade também importará em sacrifício absoluto à irrenunciabilidade. Uma e outra situação não se amoldam à linha intermediária que o pós-positivismo busca implementar. A linha intermediária, acorde com o respeito da dignidade da pessoa humana, está na necessidade de ponderação e atenção às circunstâncias concretas dos casos em que as renúncias forem externadas.

A solução é prestigiar a liberdade do empregado quanto mais ela seja exercida em condições jurídicas e materiais de igualdade, de forma espontânea, livre e saudável. Nas situações concretas em que as partes não estão em condições de igualdade – e a igualdade vista dentro da relação jurídica em específico e não genericamente como se todo trabalhador não tivesse condições de externar sua vontade em face do poder do empregador – o princípio da irrenunciabilidade terá maior eficácia. Porém, num e noutro caso, a precedência deve ser apenas abstrata, indicando uma pauta de decisão para o agente que realizará a ponderação, mas os resultados não são uniformes ou absolutos.

Para ajudar a colorir a situação concreta de renúncia aos projetos de vida e à vida de relações por parte do empregado, a boa-fé objetiva também é uma boa pauta. Viola a boa-fé objetiva, em sua perspectiva do *venire contra factum proprium*, um alto executivo inscrever-se nos processos internos de recrutamento,

livremente assumir maiores compromissos no trabalho, auferir todos os benefícios, diretos e indiretos durante anos, sem que nunca houvesse imposição de jornada excessiva pelo empregador, já que gozava de ampla liberdade de conformar sua rotina diária, mas logo após a sua dispensa ajuíza ação trabalhista alegando ter sofrido danos existenciais nos vinte anos em que trabalhou como alto executivo.

O decisivo é o interprete verificar se o direito de autodeterminação, se a liberdade do trabalhador, foram violados pela imposição ilícita do seu empregador. Somente nos casos de frustração da liberdade do indivíduo é que se configuram-se os danos existenciais, mas nas de renúncia consciente e sadia da liberdade, não.

5.3.2. O requisito do dano (configuração, prova material e extensão)

Potencializando todas as situações-tipo de danos existenciais, o ponto comum é a verificação de que, no limite, o direito fundamental violado é a liberdade fenomênica do ser humano, é a frustração do seu direito de autodeterminar-se, de poder escolher livremente o que fazer de sua vida pessoal, familiar e social fora do ambiente e horário normal de trabalho.

Luís Roberto Barroso diz que as ideias de liberdade e autonomia estão vinculadas à dignidade humana. Para ele, a autonomia dos indivíduos é o elemento ético da dignidade. “É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida.”⁴⁴⁰

Continua o professor a ensinar que a autonomia do indivíduo pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (existência real de alternativas), por isso que a “autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém

440 Barroso, A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo, p. 81.

tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas.⁴⁴¹

A compreensão do problema da autonomia do indivíduo e a sua violação por atos do empregador que frustrem os seus projetos de vida, por esta perspectiva epistemológica, ajuda a aclarar a desnecessidade de prova de quais projetos de vida ou relações familiares, sociais ou afetivas foram atingidos, na medida em que já constituiu dano a simples impossibilidade de autodefinir-se devido às influências externas ilícitas. A prova da gravidade da violação apenas contribui com a extensão da indenização, mas não com a sua configuração, que ocorre antes.

Carlos Fernandez Sessarego defende que os danos ao projeto de vida da pessoa não implicam certeza⁴⁴² e podem manifestar consequências, ao menos, em três modalidades, segundo a intensidade e magnitude do evento danoso. Na primeira delas, as consequências do dano se concentram na frustração parcial ao cumprimento do projeto, é dizer, se produz um evidente menoscabo na vítima. Na segunda hipótese, as consequências se manifestam com um retardo na realização do projeto. E, por último, a magnitude e intensidade do dano origina uma frustração total do projeto de vida.⁴⁴³

Utilizando a classificação do professor peruano, ao menos em relação ao primeiro nível das consequências dos danos ao projeto de vida da vítima, enquanto uma restrição de sua liberdade fenomênica que produz um evidente menoscabo, é possível admitir (fatos notórios – artigo 334 do CPC/1973) que a imposição de jornada excessiva ilícita (fora dos limites temporais, vertical e horizontal) frustra, ainda que parcialmente, sua vida de relações e a realização de seus projetos de vida. Para os outros níveis das consequências dos danos, já haveria necessidade de prova, mas cuja prova poderia agravar a indenização e não a sua configuração em si, já ocorrida *in re ipsa* desde a violação dos seus direitos fundamentais.

441 Barroso, loc. cit.

442 “El daño al proyecto de vida no implica certeza, en sentido estricto. Pero, no cabe duda que por su importancia existencial, es previsible que, una vez producido, sus consecuencias se prolonguen en el tiempo según las circunstancias del caso y la experiencia de vida. Es obvio que la vida de un ser humano afectado en su libertad, en su núcleo existencial, no será la misma en el futuro. Corresponderá al juez, con fina sensibilidad, con una recreación valiosa del caso, percibir la existencia y magnitud del daño al proyecto de vida.” (Sessarego, *El daño al proyecto de vida*, *passim*).

443 Sessarego, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, passim*.

Além das consequências danosas ordinárias da jornada excessiva na vida dos trabalhadores constituírem fatos notórios, dispensando a prova, por outro lado a exigência de prova material também converteria a situação processual da vítima em tarefa impossível de ser atendida, revelando aquilo que a doutrina processual chama de “prova diabólica” ou prova de situação negativa. Se é direito do ser humano ter os seus momentos de reflexão e descanso, imagine-se hipoteticamente – apenas para ilustrar, embora centenas de situações similares possam ser imaginadas –, que um trabalhador tem como projeto de vida dedicar-se à leitura, a prática de esportes, pescarias, cozinhar com a família, namorar, dormir até mais tarde aos finais de semana, brincar com os filhos, degustar vinhos etc., a questão é saber de que forma é possível realizar a prova em uma audiência trabalhista de que a jornada excessiva lhe impediu de realizar tais atividades?

Hidemberg Alves da Frota e Fernanda Leite Bião, na mesma linha do que defendemos, enxergam os danos existenciais por uma perspectiva de violação da liberdade do indivíduo, derivando que “o dano existencial constitui espécie do gênero dano não patrimonial ou dano extrapatrimonial a impor à pessoa humana a renúncia compulsória e indesejada de atividades cotidianas e lícitas cuja abstinência forçada prejudica, de forma significativa, a liberdade de escolha da vítima.”⁴⁴⁴

A violação do direito fundamental do trabalhador ocorre no momento em que haja imposição pelo empregador de realização de jornada excessiva e reiterada (influência externa indevida), tolhendo a independência de autodeterminar-se. Disso segue que ocorrem danos existenciais tanto no caso de o empregado reprovar em seu curso superior noturno, diante das reiteradas faltas causadas pela jornada de trabalho excessiva, como no caso do colega que, em face das mesmas jornadas impostas, sequer teve autonomia pessoal de resolver fazer ou não o mesmo curso superior. A indenização (extensão dos danos) no primeiro caso é maior, mas no segundo também há danos existenciais, ainda que a indenização seja módica.

A dificuldade de o magistrado avaliar em que medida a jornada excessiva frustrou os projetos de vida do trabalhador, não pode ser motivo para a rejeição do pedido de indenização. Também nesse ponto diz Carlos Fernandez Sessarego:

⁴⁴⁴ Frota e Bião, *A dimensão existencial da pessoa humana*, p. 73.

Somos conscientes de las dificultades por las que podría atravesar el juez para determinar la magnitud de un “daño al proyecto de vida” de la persona, de cada persona en particular, así como aquellas que se presentan en el momento de fijar una adecuada reparación. Esta situación constituye un problema imposible de resolver con exactitud matemática, la misma que se agrava dadas tanto las características propias de cada ser humano como la trascendencia que para él comporta su proyecto de vida. Sin embargo, la indudable existencia de estas evidentes dificultades no pueden conducir a soslayar o a ignorar la importancia y las graves repercusiones que genera el “daño al proyecto de vida” y a negar, por consiguiente, su reparación.⁴⁴⁵

Em nosso sentir, o problema da exigência da prova do dano existencial deriva da compreensão, já ultrapassada, de que os danos morais seriam subjetivos (dor, vexame, sofrimento, humilhação etc.), por isso insuscetíveis de comprovação e, por corolário, *in re ipsa*, mas os danos existenciais, vinculados à uma frustração, seriam suscetíveis de verificação, demandando prova objetiva do prejuízo. Contudo, na perspectiva objetiva dos danos morais, em que não se investiga os aspectos interiores da vítima, apenas verifica-se se houve violação objetiva da dignidade humana, quando há configuração dos danos morais.

Quanto aos danos existenciais – porque também espécie dos danos extrapatrimoniais – basta a prova da violação objetiva do direito do trabalhador ao lazer, limitação de jornada, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais, acesso à educação e à cultura fora do horário de labor, realização de atividades desportivas, reflexão e convivência familiar. Apenas no caso de alegação especial quanto à vítima é que deveria ela fazer prova da maior extensão dos danos, como no caso de alegar que a jornada de trabalho excessiva, além de violar os direitos fundamentais já listados alhures (atingindo o primeiro nível de consequências a que nos aludiu Fernandez Sessarego), teria agravado a sua situação pessoal ao lhe impedir de apresentar-se em um memorável recital, já que a trabalhadora é integrante da Orquestra do Estado de Mato Grosso. A prova do fato especial apenas agravaria a indenização.⁴⁴⁶

445 Sessarego, loc. cit.

446 Decisivo observar, em uma perspectiva processual, que a autora da ação do exemplo citado poderia tanto trazer como causa de pedir a jornada excessiva e reiterada, a jornada excessiva episódica como causadora da perda da apresentação musical, como também a jornada excessiva e reiterada como causadora de danos existenciais, os quais seriam agravados com a perda da apresentação musical. No primeiro exemplo, dispensável a prova objetiva de prejuízo, na segunda modalidade de causa de pedir

Para as hipóteses ordinárias, seria até tautológico exigir da vítima prova objetiva de que a sonegação dos períodos de férias por longos anos de trabalho teria violado seu direito ao lazer, descanso e convivência familiar, como defende parcela da doutrina⁴⁴⁷, inclusive as vezes baralhando as consequências patrimoniais com as extrapatrimoniais.⁴⁴⁸ Levando ao extremo o raciocínio da necessidade de prova material dos prejuízos para configuração dos danos existenciais, chegaríamos ao caso de um trabalhador submetido à condição análoga a de escravo (artigo 149, *caput*, do Código Penal – jornada exaustiva) ter rejeitada a indenização, na medida em que não há prova alguma de que a sua restrição de liberdade, diante da jornada imposta, ter-lhe-ia causado prejuízo à vida de relações e aos projetos de vida, ainda que na esfera criminal houvesse condenação pelo fato típico citado.

Mesmo partindo da premissa – com a qual discordamos – que a diferença entre os danos morais e os danos existenciais são as esferas subjetiva e objetiva, respectivamente, de violação da integridade da vítima, Flaviana Rampazzo Soares avança para defender posição mais flexível quanto à necessidade de prova e os ônus de cada litigante. Defende que a parte lesada, autora da ação, permanece, a princípio, sob a égide das normas gerais que tratam do ônus da prova nas ações de responsabilidade civil. Deverá o autor comprovar o dano, ou seja, demonstrar em que a conduta do ofensor afetou o seu projeto de vida: “O lesado deve provar o regular desenvolvimento das suas atividades

deveria ela provar o dano especial alegado e, na terceira hipótese, a prova da perda do recital pela exigência ilícita de trabalho além do limite legal, agravaria a extensão dos danos, majorando o valor da indenização por danos existenciais.

447 “(...) a) o dano moral tem repercussão íntima (padecimento da alma, dor, angústia, mágoa, sofrimento etc.), Sua dimensão, portanto, é subjetiva e, por isso, não exige prova; b) os danos estéticos (alteração no aspecto físico exterior com a qual a pessoa terá de conviver nas relações sociais), biológico (impede ou reduz à vida de relação da pessoa) e existencial (renúncia a uma atividade concreta) têm repercussão externa. Suas dimensões, portanto, são objetivas e podem ser objeto de prova.” (Júlio César Bebbler, *op. cit.*, p. 29).

448 “Importante, assim, ressaltar que para se ter o dano existencial, necessário se faz a comprovação do prejuízo ao projeto de vida e/ou à vida de relações e o nexo de causalidade com a conduta. Assim, a não concessão de férias por longo período, a sobrecarga de horas extras além do limite legal de forma reiterada ou o tempo de deslocamento casa-trabalho, por si só, não são condutas capazes de gerar o dano existencial. Ressalta-se que a própria legislação já possui punições próprias e específicas para tais infrações, como, por exemplo, a multa administrativa, o pagamento de horas extraordinárias com adicional de no mínimo 50%, o pagamento em dobro das férias não concedidas.” (Sônia Mascaro Nascimento, *op. cit.*, p. 971).

cotidianas, antes do dano, bem como sua cessação ou modificação prejudicial ocorrida a partir da ofensa.⁴⁴⁹

Entretanto, a prova é dispensável quando as próprias consequências do dano evidenciarem, segundo as normas da experiência comum, a alteração do cotidiano, como no caso de alguém que, em razão do ato ilícito, passa a utilizar cadeira de rodas. Por isso que o dano existencial, ligado ao dano à saúde, na maioria das vezes, é verificável por presunção, ao passo que nos demais devem ser provados. E arremata Flaviana Soares:

É necessário destacar que se devem distinguir as alterações normais, que são todas as hipóteses em que a conduta lesiva impediu o lesado de realizar atividades comuns, das alterações específicas, aquelas ligadas à condição particular de vida da vítima. Nesse último caso, o dano existencial requer uma prova específica e pontual, por parte do lesado, excluindo-se qualquer mecanismo de presunção. Caberá ao julgador a avaliação quanto à efetiva incidência do evento sobre a organização da vida da vítima e, mais em particular, se foi possível constatar uma modificação *in pejus* na vida da vítima, comparando-se o plano presente com o passado.⁴⁵⁰

É por isso que insistimos na defesa da tese de que a configuração dos danos existenciais, de ordinário, não exige prova material do prejuízo, configurando-se cronologicamente antes, pela violação do direito de exercer livremente a sua liberdade pessoal. Dito de outro modo, quando o empregador retira do trabalhador, pela imposição de jornada excessiva (limites horizontais e verticais), o direito de escolha de como exercer sua liberdade pessoal enquanto ser humano, configurar-se-ão os danos existenciais. O prejuízo pessoal, familiar ou social específico, poderá agravar a indenização, mas não é requisito para a sua configuração. Disso segue que, tanto o trabalhador casado e pai de vários filhos, quanto o solteiro sem filhos, sofrem danos existenciais pela imposição da jornada excessiva e reiterada, embora o segundo não tenha como provar objetivamente que teve sua convivência familiar e afetiva violada. O fato em si de retirar-lhe a liberdade de optar entre constituir ou não família, de relacionar-se

449 Soares, Responsabilidade civil por dano existencial, p. 146.

450 Soares, loc. cit.

ou não fora do ambiente de trabalho, já configura violação dos seus direitos fundamentais (dano) e, por conseguinte, direito à indenização.

Apenas agrava a indenização se o primeiro trabalhador comprovar que, decorrente do ato ilícito, também teve frustrado o seu relacionamento afetivo e o acompanhamento das reuniões escolares dos filhos, as quais eram realizadas em horário noturno, fora do horário ordinário de trabalho, mas que não pôde comparecer em razão da jornada extraordinária e reiterada imposta pelo seu empregador.⁴⁵¹

E tanto o decisivo para configuração dos danos existenciais é a imposição de jornada excessiva pelo empregador, de modo a retirar a autonomia pessoal do trabalhador, que não configura nenhum dano a realização espontânea e livre de longa carga de trabalho. Tal observação acrescenta distinção à nossa posição de que é dispensável para a configuração dos danos existenciais a prova de efetivo prejuízo à vida de relações ou projetos de vida. O requisito é a violação da liberdade de autodeterminar-se, tanto que no caso dos *workaholic*, nada obstante tenham essas pessoas causado prejuízos à sua vida pessoal, familiar e social, no mais das vezes acompanhados de problemas físicos e psíquicos, não houve violação de sua liberdade de escolha, afastando qualquer ato ilícito e, por isso, o dano existencial. O requisito, repisamos, é a imposição pelo empregador de jornada excessiva, ilícita e reiterada, além dos limites verticais e acima do critério flexível de 45 dias no período de um ano, de modo a retirar do trabalhador a autonomia de escolher relacionar-se ou não fora do horário de trabalho, de realizar outros projetos de vida ou não, além do trabalho.

451 “É fácil imaginar o dano causado à ‘vida de relação’ de determinado empregado em decorrência de condutas ilícitas regulares do empregador, como a constante utilização de mão de obra em sobrejornada, impedindo o empregado de desenvolver regularmente outras atividades em seu meio social.” (Alvarenga e Bouchinhas Filho, op. cit., p. 246).



Capítulo VI

Processo do Trabalho e Efetividade

Nos capítulos anteriores demonstramos as mudanças da sociedade, do direito e da ciência jurídica, na passagem da modernidade para a pós-modernidade, para inserir o direito material do trabalho no novo paradigma que tem a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais em posição de destaque. Contudo, para a completa revisão da situação atual do Direito do Trabalho também é preciso que se repense o Direito Processual do Trabalho enquanto instrumento de efetividade do direito material, também a partir dos paradigmas da pós-modernidade.

6.1. O princípio da efetividade e o conflito de regras processuais

Se na perspectiva jurídica pós-moderna o volume de normas jurídicas de direito material incidentes nas hipóteses fáticas expandiu-se enormemente, gerando um número muito maior de antinomias normativas, cujo critério por nós sugerido foi o da norma mais favorável à pessoa humana (princípio *pro homine*), fatalmente em uma perspectiva do direito processual também haverá aumento das antinomias normativas, principalmente ao se reconhecer a incidência dos direitos fundamentais de vertente processual nas ações judiciais e também a aplicabilidade das regras processuais previstas em tratados internacionais que o Brasil aderiu, além das fontes do direito processual comum e da legislação extravagante, a convocar a teoria do direito para a fixação de novos critérios para solução também das antinomias em nível das regras de direito processual.

Um olhar atento ao ordenamento jurídico permite-nos induzir, a partir das variadas disposições que serão analisadas nas linhas que se seguem, um princípio constitucional da efetividade da jurisdição como critério de solução das antinomias entre regras de direito processual, impondo ao magistrado brasileiro a escolha da norma processual mais efetiva quando mais de uma for incidente no caso.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, § 2º, reconhece que os direitos fundamentais nela previstos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais que o Brasil seja parte, abrindo o seu leque de direitos para a adesão de novas garantias que fomentem a dignidade da pessoa humana e aumentem o *status* jurídico de proteção dos direitos fundamentais.⁴⁵²

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 garante que toda pessoa tem direito a um “recurso efetivo” para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição e pelas leis do país.⁴⁵³

Também a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 garante direitos humanos nas vertentes material e processual. Há um direito humano de que toda pessoa deva ser ouvida, dentro de um prazo razoável, por um juiz competente, independente e imparcial para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza⁴⁵⁴, bem como que toda pessoa tem direito a um recurso “simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo” para proteção judicial dos seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pelas leis ou pela Convenção Americana de Direitos Humanos.⁴⁵⁵

Significa que, pela abertura do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, o direito humano de acesso simples, rápido e efetivo à jurisdição passou

452 Da referida disposição, além da abertura do sistema constitucional para os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais, também podemos induzir um princípio da vedação do retrocesso social, indicando que os novos direitos humanos, internacionais ou fundamentais que aumentem o *status* da pessoa são bem-vindos em nosso sistema constitucional, adquirindo a conceituação de direitos constitucionais em sentido material, ao mesmo tempo em que paralisa as tentativas de redução externa ou infraconstitucional do nível existente de proteção da dignidade humana. José Afonso da Silva também reconhece que o dispositivo cuida da hipótese da incorporação de normas internacionais dos direitos humanos de forma direta, ampliando o campo constitucional. “A Constituição, assim, se alarga, apanhando todos os direitos humanos declarados e os que vierem a ser declarados, incluindo o direito ao desenvolvimento, à paz e à solidariedade.” (Silva, Comentário contextual à constituição, p. 178). Também o mesmo texto incentivou a doutrina constitucional e a teoria do direito a admitir que as regras jurídicas precisam de um texto normativo como suporte fático que autorize a sua criação interpretativa, mas os princípios jurídicos podem ser induzidos do sistema, sem que haja, necessariamente, uma disposição expressa que o enuncie, bastando diversas outras que autorizem a sua criação pelo intérprete a partir do sistema alargado de direitos humanos.

453 Artigo 8º.

454 Artigo 8º, 1.

455 Artigo 25, 1.

a integrar o nosso rol de direitos fundamentais, criando um direito subjetivo para os litigantes, em processos administrativos e judiciais, de acesso aos meios processuais que sejam mais efetivos à defesa dos seus direitos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em variados julgamentos nos quais se alegaram violações aos artigos 8º e 25 da Convenção, decidiu que os dispositivos consagram o direito de acesso à justiça, estabelecendo uma obrigação positiva aos Estados de conceder a todas as pessoas submetidas à sua jurisdição um instrumento judicial efetivo contra atos que violem os seus direitos fundamentais. Inclusive não basta que os instrumentos processuais existam formalmente, mas que os mesmos devam ter efetividade, isto é, devem proporcionar aos jurisdicionados a possibilidade real de propor uma medida judicial simples e rápida. Qualquer norma ou medida que impeça ou dificulte fazer uso do recurso processual constituirá uma violação ao direito de acesso à justiça enquanto um direito humano.⁴⁵⁶

Luiz Flávio Gomes observa com precisão que a palavra “recurso”, prevista nos textos dos documentos internacionais, deve ser entendida não só em sentido estrito de ataque contra uma decisão já proferida, mas também e principalmente no seu sentido mais amplo de meio ou instrumento jurídico adequado à defesa de um direito material previsto no ordenamento.⁴⁵⁷

Esse reconhecimento explica a razão de a EC 45 de 2004 ter incluído, agora de forma expressa no rol dos direitos e garantias individuais do artigo 5º da Carta de 1988, um direito fundamental à duração razoável do processo e “os meios

456 “El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia. Al analizar el citado artículo 25 la Corte ha señalado que éste establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. La Corte ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”, y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.” (CIDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002).

457 Gomes, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, p. 190.

que garantam a celeridade de sua tramitação⁴⁵⁸. Interpretando o citado dispositivo, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a prestação jurisdicional célere, plena e eficaz é o equivalente processual da dignidade da pessoa humana para o direito material⁴⁵⁹, bem como que a alegação de complexidade da causa não serve como obstáculo ao direito fundamental de duração razoável do processo.⁴⁶⁰

José Afonso da Silva propõe a distinção entre processo célere, enquanto signo de velocidade, de processo com duração razoável, sendo que o constituinte fez a opção por esse segundo modelo. Significa que, respeitadas as garantias dos litigantes, o processo deve andar com certa rapidez, de modo a que eles tenham uma prestação jurisdicional tempestiva. Também dessa mesma disposição extraiu a conclusão que “a garantia de celeridade da tramitação tem sua importância, já que o que se tem não é uma garantia abstrata de celeridade, mas o dever de preordenar meios para ser alcançada.”⁴⁶¹

O constituinte foi muito sábio ao garantir como direito fundamental não só a duração razoável do processo, mas também os meios que garantam a celeridade da sua tramitação. A jurisdição fica obrigada não somente a proferir os seus atos jurisdicionais com tempestividade, mas também e principalmente proporcionar meios para a agilidade e efetividade do processo. Dessa segunda perspectiva é que se extrai o critério da efetividade como o adequado para solucionar as antinomias em nível de direito processual. Dito de outro modo, o juiz brasileiro não deve apenas cumprir com os prazos para proferir suas próprias decisões, mas também buscar novos instrumentos processuais que acelerem a tramitação do processo. É o mesmo que dizer: havendo mais de um caminho processual (antinomia) é sua obrigação constitucional proporcionar o acesso aos litigantes àquele que for mais efetivo.

Uma releitura das disposições processuais da CLT também permite-nos concluir pela existência de um princípio da efetividade da jurisdição enquanto direito subjetivo e critério de solução de antinomias entre regras processuais,

458 CF/88, art. 5º, LXXVIII.

459 “A prestação jurisdicional é uma das formas de se concretizar o princípio da dignidade humana, o que torna imprescindível seja ela realizada de forma célere, plena e eficaz.” (STF – Plenário – Rcl 5.758 – Rel. Min. Carmen Lúcia – DJE 07.08.2009).

460 “Complexidade e peculiaridades do caso não obstam o direito subjetivo à razoável duração do processo.” (STF – 1ª Turma – HC 89.622 – Rel. Min. Ayres Britto – DJE 10.09.2008).

461 Silva, Comentário contextual à constituição, p. 176.

determinando ao magistrado adaptar o procedimento quando necessário à garantia da efetividade dos direitos, tendo o legislador feito clara opção entre a efetividade em detrimento da formalidade e rigidez procedimental. Entre um procedimento estático e formal e um outro dinâmico, adaptável e efetivo, há preferência pelo segundo.

O artigo 765 da Consolidação adverte que os juízes terão ampla liberdade na direção do processo e que velarão pelo “andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”, bem como que o magistrado poderá determinar na sentença que acolher o pedido “o prazo e as condições para o seu cumprimento”, na forma do artigo 832, § 1º, da CLT.

O Código de Processo Civil de 2015, inspirado pelo direito fundamental à efetividade da jurisdição, elenca entre as normas fundamentais do processo civil a sua interpretação conforme as normas constitucionais (artigo 1º) e internacionais (artigo 13), exigindo o julgamento de mérito em prazo razoável (artigos 4º e 6º) e que a decisão dada seja efetiva (artigo 6º) e eficiente (artigo 8º).

A efetividade guarda relação direta com a realização do direito material e a eficiência com o emprego dos melhores instrumentos, técnicas e estratégias para alcançar a sua realização, otimizando-se os meios para a consecução dos seus fins. Um processo é efetivo e eficiente quando consegue, com instrumentalidade, rapidez e menor custo efetivar o direito material. Um processo que efetive o direito, mas de forma tortuosa, demorada e custosa não atende ao objetivo do novo código, como também um processo que seja apenas eficiente quantitativamente, resolvendo o processo de forma quase instantânea – talvez com uma decisão liminar de extinção sem resolução mérito, mas que não atende o direito material – também é repellido.

O dever de celeridade, efetividade e eficiência do processo proporciona ao magistrado uma maior margem de adaptabilidade dos meios processuais, de modo a atender a multiplicidade e heterogeneidade das relações jurídicas de direito material que lhes são submetidas, substituindo-se um processo uniforme e rígido por diversos procedimentos mais maleáveis e adaptáveis, como na possibilidade que o novo código lhe deu de determinar todas as medidas necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial (art. 139, IV), flexibilizar os prazos processuais para adequar-se às necessidades do conflito (art. 139, VI), alterar a ordem de produção dos meios de prova (art. 139, VI), estipular, com conjunto com as partes, mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, convencionando sobre os ônus, poderes,

faculdades e deveres processuais (art. 190) e distribuir de modo dinâmico o ônus da prova (art. 373, § 1º).

O direito à jurisdição simples, rápida e efetiva alcança todas as partes do processo, inclusive o réu que tenha razão, assegurando-lhe o direito substancial ao contraditório, inclusive enquanto direito democrático de influenciar a decisão judicial, o devido processo legal e a ampla defesa. Também deriva do princípio da eficiência o direito das partes terem o mérito da ação resolvido pela autoridade competente (direito material – efetividade), devendo a jurisdição evitar a suspensão do processo, extinções sem resolução do mérito e dilações indevidas, transmudando efetividade em mera eficiência numérica.

Essa linha de entendimento do novo código de processo a respeito dos critérios de solução das antinomias entre regras processuais culmina no abandono dos critérios clássicos do juspositivismo (hierarquia, especialidade e temporalidade), pela transferência dinâmica ao magistrado para adotar os critérios mais adequados para solução do excesso normativo, impondo-lhe a obrigação de “justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”, na linha do que determina o artigo 489, § 2º.

Logo, diante do inventário normativo realizado adrede, parece-nos fora de dúvida que no modelo pós-positivista, no qual se reconhece o diálogo entre regras processuais de diversas procedências, sem hierarquia entre elas, ocasionando um excesso normativo nos casos concretos, o magistrado deve fazer a opção justificada pela regra processual que garanta maior efetividade ao direito material, atendendo ao direito fundamental da efetividade da jurisdição. Tal ângulo de visada impõe-nos um retorno às origens do direito processual enquanto instrumento de efetividade dos direitos e não como um fim em si mesmo, posição exacerbada com a doutrina da autonomia do direito processual e os estudos específicos a partir do século XIX.

A mixagem das regras processuais, conforme a sua maior efetividade e pouco importando a sua origem normativa, irá, fatalmente, requerer dos juristas uma revisão de dogmas do direito processual, principalmente a defendida autonomia do direito processual do trabalho frente ao processo comum, cujo princípio tem servido inclusive de argumento paralisante da adoção de regras processuais mais modernas e efetivas que tenham origem externa à legislação especializada.

O direito processual pós-moderno está mais preocupado com efetividade e adaptabilidade ao direito material complexo e heterogêneo que com argumentos de autonomia, rigidez e pureza do processo do trabalho.

6.2. O processo flexível enquanto instrumento de efetividade do direito material pós-moderno: CLT, CPC de 2015 e os microssistemas processuais trabalhistas

Sancionado recentemente pela Presidência da República, o novo Código de Processo Civil de 2015 revolucionará toda a teoria geral do processo brasileira, lançando luzes também sobre o processo do trabalho, na medida em que este, embora considerado como um ramo autônomo pela maioria dos autores trabalhistas, recebe da sua matriz original múltiplas influências.

Na introdução do Anteprojeto do Novo Código, o Senador José Sarney explicitou a fórmula política que inspirou os juristas da Comissão responsável pela sua elaboração, decomposta nas diretrizes de simplicidade da linguagem e da ação processual, celeridade do processo e efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal.

E também são essas matrizes que inspiram a atividade do intérprete e do aplicador, mais ainda do processual trabalhista, cujo direito material a ser efetivado também reclama um sistema procedimental ágil, simples e eficaz, de modo que as inovações processuais civis ser-lhe-ão muito úteis.

A redação final do artigo 15 do Novo CPC⁴⁶² representa a última estação de um itinerário histórico-evolutivo que teve início com a tentativa de reconhecimento da autonomia do direito e do processo do trabalho, sob os influxos do pensamento moderno e emancipatório, representado pela edição da CLT, mas que a partir dos movimentos pós-modernos de globalização, universalismo e centralidade das constituições, houve uma miscigenação entre os compartimentos jurídicos, um maior diálogo entre as fontes normativas de direito material e, como mecanismo adequado a dar-lhe efetividade, ocorreu o acoplamento do direito processual do trabalho com o processual comum e, de ambos, com

462 “Artigo 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

o constitucional e as normas internacionais, resultando no novo microsistema processual trabalhista individual.

Na transição da modernidade para a pós-modernidade, enxergamos com nitidez que a CLT é resultado da influência modernista, buscando emancipação e reafirmando soberania, enquanto as legislações pós-modernas, em sentido inverso, acenam ao universalismo, complexidade e diálogo, respectivamente no Direito do Trabalho, centralidade da Constituição, incidência dos direitos internacionais, divisão legislativa em microsistemas e diálogo entre as fontes normativas, resolvendo as antinomias entre regras materiais pelo princípio *pro homine* e no direito processual pela escolha da norma mais efetiva.

Observamos que o legislador substituiu paulatinamente a regulamentação estanque por meio dos códigos para cada compartimento jurídico, com sua doutrina especializada e seus métodos próprios de interpretação/aplicação, pela pulverização em diversos microsistemas legislativos, mais adaptáveis às relações sociais que visam regradar, bem como dialogando entre si em busca da solução de direito material que mais fomente a dignidade da pessoa humana.

Por isso que para nossa tese o ordenamento jurídico material trabalhista é composto pela Constituição Federal de 1988, tratados internacionais ratificados e internalizados, legislação infraconstitucional – CLT, Código Civil 2002 e legislação extravagante –, normas coletivas, regulamentos de empresa e contratos de trabalho.

E o sistema material trabalhista retratado acima, para ser adequadamente interpretado e aplicado, exige procedimentos judiciais flexíveis, com a participação dialógica democrática dos atores sociais, culminando com a adoção do método pós-positivista – baluarte na correta incidência dos princípios e regras e na imposição de soluções adequadas e procedimentadas às circunstâncias concretas, soluções racionais e ponderadas.

Acreditamos que o legislador do CPC de 2015 apreendeu essas ideias e realizou uma virada paradigmática no método de interpretação do ordenamento jurídico, que já vinha se consolidando desde a Constituição de 1988 no Brasil, ainda que a custa da perda de autonomia legislativa do direito e do processo do trabalho. A perda de autonomia, muito ao contrário de significar um retrocesso, em nosso ponto de vista, significa avanço para um sistema jurídico aberto, complexo, dialógico e autopoietico, único capaz de recolher a multiplicidade das relações sociais na sociedade pós-moderna e hipercomplexa.

E a maleabilidade e adaptabilidade do novo processo civil podem ser reconhecidas em diversos de seus institutos, valendo referir, a título ilustrativo, na possibilidade de ajuste do procedimento pelas partes, conforme as características particulares da ação (NCPC, art. 190), além da distribuição dinâmica do ônus da prova (NCPC, art. 373, § 1º), também conforme as diferenças entre as relações jurídicas materiais objeto da ação. Em ambos os casos, o legislador abandonou a regra geral do antigo Código – estática e inflexível – pela possibilidade judicial de adaptabilidade do procedimento. Como regra, o juiz dirigirá o processo conforme as disposições do Código, incumbindo-lhe dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (NCPC, art. 139, VI).

Se o modelo fotografado pelo Direito e Processo do Trabalho do século passado era aquele que tinha a forma do empregador enquanto grande indústria como paradigma modelar, dos trabalhadores com pouca instrução e sem nenhum grau de autonomia, com condições similares de trabalho e de vida, como modelo de empregado, atualmente o modelo-padrão de empregador diluiu-se nas variadas formas adotadas nos três setores da economia, desde as empresas transnacionais, passando pelas sociedades anônimas, empresas limitadas, empresas de pequeno porte e microempresas, consórcios rurais, até os pequenos empresários.

A figura do empregado também se transformou, com diversas espécies de altos empregados, executivos, atletas profissionais de alto nível, profissionais liberais, parassubordinados, trabalhadores técnicos, tecnológicos e, ainda em grande maioria, os braçais e os trabalhadores com pouca instrução formal. Alguns deles, ainda que em minoria, com condições de negociar suas próprias cláusulas contratuais e com condições de trabalho e de vida complementemente diferentes entre si. O reflexo dessa complexidade da pós-modernidade são as diversas formas nas relações de trabalho, como o emprego na sede da empresa, o teletrabalho, o trabalho em domicílio (*home-office*), trabalho a tempo parcial, terceirização, trabalho temporário, representação comercial, entre tantas outras modalidades de prestação de serviços, subordinado ou não, que pela limitação legislativa de vários países, como o Brasil, devem ser recolhidas pelo mesmo modelo padrão de contrato de emprego. Em exemplificação metafórica, é como vestir a diversidade cultural e física das pessoas com a mesma vestimenta, uniformizando-as, ao invés de confeccionar roupas adequadas a cada uma delas, explorando as

potencialidades pessoais, em atividade de alta-costura, respeitando suas características próprias e sua dignidade humana.

E o direito processual do trabalho pós-moderno, para desincumbir-se da tarefa de dar adequada aplicação aos direitos materiais multifacetados, também há de ser plural, complexo, aberto e dialogado.

É norma fundamental do novo processo civil a sua ordenação, disciplina e interpretação conforme os direitos fundamentais previstos na Constituição (art. 1º), indicando ao aplicador a promoção da dignidade da pessoa humana como núcleo do sistema (art. 8º), bem como o legislador consagra a abertura do ordenamento para as normas de direito internacional (art. 13). O legislador também avança, no mesmo artigo 13, quando trata da aplicação das normas processuais, para vaticinar que a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, sem prejuízo das normas internacionais incidentes, significando a unificação da jurisdição não-penal e a possibilidade de o aplicador transitar por todo o ordenamento e não mais apenas ficar confinado ao Código. O artigo 15 reforça essa nossa compreensão, ao abrir o diálogo entre as novas normas processuais e os processos eleitorais, trabalhistas e administrativos. Do diálogo amplo, fatalmente resultarão antinomias, que não serão mais resolvidas pelos critérios clássicos excludentes da hierarquia, especialidade e temporalidade. No caso de colisão entre normas (e não mais apenas entre regras), o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência da norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão (art. 487, § 2º).

Com a edição do Novo CPC e a eficácia do artigo 15, pensamos que a norma de diálogo deve ser construída a partir dos textos dos artigos 769 e 889 da CLT e o artigo 15 do NCP. A partir desses dispositivos o interprete construirá a norma jurídica de acoplamento dos códigos, dando forma ao novo microsistema processual trabalhista individual. Como o novel artigo 15 não revogará o artigo 769 Consolidado, continuar-se-á exigindo a compatibilidade das novas disposições do processo comum com os princípios do direito processual do trabalho, notadamente a sua celeridade e efetividade. Dito de outro modo, apenas as normas processuais comuns que sejam mais efetivas é que aplicar-se-ão nos processos trabalhistas, embora o CPC de 2015, como um todo, integre o objeto de interpretação do jurista especializado. Por essas razões é que elegemos o critério da norma mais efetiva para resolver as antinomias entre as regras processuais, a partir da determinação do próprio CPC de 2015 de que o juiz dirigirá o

processo conforme as disposições do Código, incumbindo-lhe dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (artigo 139, VI). José Carlos Barbosa Moreira já nos advertia que querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito material, somente será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos seus fins. “Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.”⁴⁶³

É exatamente o que já ocorre no microsistema processual coletivo, visto que a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347 de 1985) foi criada para instrumentalizar a defesa dos direitos difusos e coletivos, sendo o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990) principalmente para defesa dos direitos individuais homogêneos, mas com a edição da segunda legislação foi inserida cláusula de diálogo na primeira (LACP, art. 19⁴⁶⁴ c/c CDC, art. 90⁴⁶⁵), autorizando ao aplicador verificar a norma mais efetiva a ser utilizada no julgamento dos casos concretos de direito metaindividual.

Decisivo observar, em abono à nossa tese, que o legislador processual civil avançou para, além da aplicação subsidiária prevista no art. 769 da CLT, prever a aplicação supletiva. Semanticamente, são signos com significações diferentes. Subsidiário visa complementar algo que já existe e supletivo preencher um vazio. Ocorre que a pragmática jurídica consagrou a significação de aplicação subsidiária de uma norma como técnica de preenchimento de lacunas normativas e a aplicação supletiva enquanto reforço ou complemento de norma que já existe, mas que é insuficiente. E foi exatamente essa a justificativa da emenda da Câmara dos Deputados em relação ao texto originário aprovado pelo Senado para acrescentar a locução “supletiva”.⁴⁶⁶

463 Barbosa Moreira, *Por um processo socialmente efetivo*, p. 181.

464 Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que institui o Código de Defesa do Consumidor.

465 Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

466 Sub-Relator Deputado Efraim Filho: “A alteração da parte final é por opção técnica: aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna; aplicação supletiva, à complementação normativa. Acolhe-se a proposta contida na Emenda n.º 80/11.”

Importante o interprete observar que a redação final do texto do artigo 15 do Novo CPC contém uma impropriedade sintática. No projeto do Senado (2010) havia a previsão de apenas aplicação subsidiária (preenchimento de lacuna), razão pela qual o dispositivo previa uma única hipótese fática de ausência de normas que regulem processos trabalhistas para autorizar a aplicação subsidiária. Ocorre que a redação final, resultado de emenda da Câmara dos Deputados (2014), incluiu uma segunda possibilidade de aplicação do CPC para o processo do trabalho, qual seja a supletiva, justificando-se na necessidade de complementação normativa, a qual, por exercício de lógica jurídica, não presuppõe lacunas, mas sim regramento existente, mas insuficiente. Mais adequado seria se o texto final do artigo 15 previsse que na ausência ou insuficiência das normas que regulem os processos trabalhistas, as disposições do Código seriam aplicadas subsidiária e supletivamente. Como o texto é sintaticamente imperfeito, incumbe ao interprete corrigi-lo por intermédio da construção de sentido da norma jurídica revelada a partir do dispositivo.

Edilton Meireles, escrevendo sobre o projeto do Novo CPC, também teve a compreensão de que as aplicações supletiva e subsidiária visam a incidência da nova legislação processual ao processo do trabalho não só na existência de lacuna normativa, mas também quando houver regramento insuficiente.⁴⁶⁷

Segue que nas hipóteses em que a Justiça do Trabalho for a competente para julgar ações que pleiteiam interesses individuais, o microsistema processual será àquele formado pelo acoplamento da Constituição Federal de 88, dos tratados internacionais, ambos em suas perspectivas processuais, a CLT, o CPC de 2015 e a Lei de Executivos Fiscais, esta última na fase de execução, resolvendo-se eventual antinomia pela aplicação da norma mais efetiva. Por outro lado, quando as ações defenderem interesses metaindividuais, o microsistema será aquele formado pela Constituição Federal, os tratados internacionais, em suas perspectivas processuais, a Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e o CPC de 2015, sendo o último de forma subsidiária. Ressalvam-se as ações especiais que possuem procedimento próprio, previsto em legislação extravagante ou em capítulo especial do CPC de 2015, como a ação de mandado de segurança, a ação de consignação em pagamento, as ações cautelares, a ação monitória etc.

⁴⁶⁷ Meireles, O novo CPC e as regras supletiva e subsidiária ao processo do trabalho, p. 130.

Deriva da recepção da nossa tese acerca do microsistema processual individual trabalhista, que não há mais lacunas no sistema processual em sentido amplo, na medida em que o processo do trabalho não é mais regulado apenas pela CLT – suscetível de lacunas –, mas por todos os demais textos normativos a ela acoplados, inclusive a Constituição Federal e os tratados internacionais, o que foi objeto de aprofundamento no tópico 7 do capítulo III.

A racionalidade, integridade e previsibilidade dos sistemas processuais trabalhistas, individual e coletivo, serão alcançadas pela adoção dos mecanismos inventariados nos capítulos anteriores, muitos dos quais acolhidos pelo Código de Processo Civil de 2015 e que serão objeto de aprofundamento nas linhas que se seguem.

6.3. A legitimação das decisões e a segurança jurídica no modelo metodológico pós-positivista

Na divisão clássica da tripartição dos poderes, tanto o Executivo como o Legislativo têm a atuação dos seus agentes legitimada pelo voto democrático da maioria dos cidadãos, mas os agentes políticos integrantes do Judiciário, por não se submeterem à escolha popular, legitimam-se *a posteriori*, a partir da obediência dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico durante a sua atuação.

Durante os influxos do paradigma científico moderno e com a utilização dos instrumentos próprios do método juspositivista para a interpretação e aplicação do direito, as decisões eram legitimadas exatamente a partir da coincidência entre a solução legislativa ordinária posta pelos demais poderes e a sentença, de modo que o instrumento formal do silogismo foi eleito como o mais adequado para balizar a atuação judicial. Também era a coincidência entre a legislação ordinária e a decisão judicial que atribuía segurança jurídica aos cidadãos em relação aos atos emanados do Poder Judiciário, com os atributos de coerência, racionalidade e previsibilidade.

Ocorre que a ampliação das fontes emissoras de normas jurídicas que são incidentes nas relações pós-modernas (pluralismo jurídico), originadas das mais diversas ordens que se interpenetram de modo transversal, já bastaria para retirar a estabilidade dos interpretes jurídicos acostumados a lidar com um sistema único, hierarquizado e no qual as antinomias eram solucionadas pelos critérios

excludentes da hierarquia, da especialidade e da temporalidade, restando uma única norma a ser aplicada aos casos concretos e de modo uniforme para todas as demais situações que eram presumivelmente idênticas.

No contexto atual, além da pulverização das fontes normativas, também as soluções para os problemas da sociedade nem sempre estão previstas em uma regra jurídica da legislação ordinária, desafiando os juízes a buscar em outras latitudes a solução para os problemas complexos que lhes são submetidos, de sorte que o critério isolado da coincidência entre legislação ordinária e sentença não mais se presta a legitimar a atuação jurisdicional e também não é mais o único critério de garantia da segurança jurídica.

Acrescente-se ao cenário de mudança que ao se adotar o método pós-positivista para interpretação e aplicação das variadas fontes normativas, no qual os princípios jurídicos também possuem força normativa equivalente a das regras, aplicando-se aos casos de forma mediada pela legislação ou diretamente a partir da Constituição Federal, em cujo método também há flexibilização e adaptabilidade do processo, bem como consideram-se as circunstâncias dos casos concretos como decisivas para as sentenças, é natural que a segurança jurídica, no modelo em que pensada no paradigma liberal e juspositivista, passe a ser seriamente questionada, necessitando, por essas razões, de ser reconstruída a partir dos novos paradigmas.

A questão passa a ser definir como o sistema jurídico pode continuar a manter o seu pilar fundamental de segurança jurídica ao mesmo tempo em que se recebe um método jurídico mais flexível e voltado às circunstâncias particulares dos casos concretos, além da manipulação de uma infinidade de fontes normativas que não mais estão inseridas hierarquicamente no mesmo sistema, mas dispersas de forma transversal e complementar. Dito de outro modo, o problema que precisa ser resolvido é como harmonizar, na justa medida, ambos os fundamentos do Direito que são a segurança jurídica e a justiça das decisões, legitimando-as.

Na medida em que atualmente os magistrados estão autorizados a aplicar diretamente às relações jurídicas os direitos fundamentais e humanos previstos nas constituições e nos tratados internacionais, o exercício da jurisdição constitucional é deslocado do órgão judicial de cúpula para as demais instâncias. Compreende-se como jurisdição constitucional a capacidade que o Judiciário possui de guardar e controlar o sistema jurídico, a partir da Constituição Federal e com a utilização de diversos mecanismos, principalmente com o controle de constitucionalidade.

Enquanto a jurisdição constitucional era restrita às Cortes Constitucionais no início do século XX, atualmente, em sistemas jurídicos como o brasileiro, em que os magistrados de todas as instâncias têm competência para realizar o controle de constitucionalidade difuso, interpretando o ordenamento a partir da Constituição, realizando os testes de compatibilidade formal e material, bem como aplicando os direitos fundamentais nas relações jurídicas que lhes sejam submetidas, a jurisdição constitucional expandiu-se e passou a reclamar a assimilação de condutas judiciais mais democráticas, com a necessidade de fundamentação analítica das decisões, visto que a legitimação da atuação judicial, principalmente quando o juiz lida com direitos fundamentais, dá-se por meio da publicidade, qualidade, obediência ao procedimento e fundamentação das suas manifestações.

Para transportar as ideais da legitimação pelo procedimento de Luhmann para o direito processual trabalhista, defendemos que não é com a observância de ritos formais e atos concatenados estáticos que as decisões tornar-se-ão legítimas e aceitáveis em uma sociedade pós-moderna, na qual as relações são cada vez mais complexas e heterogêneas, mas com a possibilidade de adaptabilidade do itinerário, realizada de forma cooperativa entre as partes e atuando o juiz de modo a autodirigir o processo, estabelecendo uma conexão de laços abertos e flexíveis, tudo com vistas a reduzir a complexidade do sistema jurídico.

Um dos mecanismos de legitimação das decisões nas quais o juiz aplique direitos fundamentais é a criação de instrumentos que oportunizem aos litigantes a adequada expressão das suas posições jurídicas e manifestações quanto aos fatos objeto da ação, não apenas no aspecto formal de concessão de prazo processual para manifestação, mas no seu aspecto substancial de estabelecimento do diálogo qualificado entre as partes e o magistrado, exigindo, de todos eles, a necessidade de enfrentamento dos argumentos que possam influenciar na decisão final.

E o diálogo judicial legitimador das decisões somente será possível de ser alcançado a partir do estabelecimento de um procedimento flexível, transparente e integrador, naquilo que Niklas Luhmann e Willis Santiago Guerra Filho intitulam de legitimação pelo procedimento. O segundo autor citado ensina que nas constituições da era pós-industrial, onde há garantias de direitos de liberdade, sociais, políticos e coletivos, fatalmente ocorrerá uma tensão entre os direitos fundamentais tradicionais de proteção da liberdade civil dos cidadãos e, por outro lado, os direitos previstos para garantir a concretização de objetivos

sociais da coletividade. “A decisão sobre qual dos dois haverá de prevalecer não é possível ser tomada antes de verificadas as situações em que se conflitam, do que decorre a inadequação de normas gerais e abstratas para regulá-las.”⁴⁶⁸

Para Willis Santiago Guerra Filho, a solução possível, o “caminho do meio”, é a de que nas sociedades complexas da pós-modernidade, as soluções dos problemas jurídicos dos casos difíceis (*hard cases*) não mais se encontram previstas antecipadamente nas leis, mas somente aparecem pragmaticamente quando se procura colocar as opiniões dissidentes em comunicação, partindo de um consenso em torno da possibilidade de se chegar a um entendimento mútuo.⁴⁶⁹

E o diálogo entre as opiniões divergentes ocorre por intermédio de um procedimento que permita a mais ampla participação, com a integração do maior número possível de pontos de vista sobre a questão a ser decidida, havendo ainda de se prever a possibilidade de a decisão tornar-se, a um só tempo, “vinculante para os casos futuros semelhantes e passível de ser modificada, diante da experiência adquirida em sua aplicação”⁴⁷⁰, decorrendo da adoção desse procedimento a maior aceitação do decidido por parte daqueles que participaram democraticamente do processo de tomada de decisão, legitimando-a.

As decisões jurisdicionais dialogadas e procedimentadas conseguem, simultaneamente, harmonizar as exigências de justiça, próprias do modelo jusnaturalista, quanto as de racionalidade, previsibilidade e segurança jurídica, preocupações centrais do juspositivismo. O procedimento torna-se, enfim, o principal mecanismo de afirmação concreta dos direitos fundamentais.

Na mesma direção caminha Luis Cláudio Martins de Araújo:

Em uma sociedade pluralista, marcada por uma multiplicidade de concepções de vida, a legitimidade das decisões judiciais depende de que o procedimento democrático de decisão coletiva seja compatível com as diferentes concepções de justiça existentes em uma sociedade, e assim, as decisões judiciais, devem envolver a devida reflexão das concepções

468 Guerra Filho, Teoria processual da constituição, p. 50.

469 “O que se deseja enfatizar aqui é a circunstância de que na pós-modernidade dá-se uma pluralidade de descrições da realidade social igualmente válidas. Em decorrência disso, também as prescrições feitas com base em tais descrições são plúrimas. O ideal, então, é tentar combiná-las, a fim de obtermos soluções mais adequadas, porque mais abrangentes, para problemas sociais.” (Guerra Filho, A filosofia do direito, p. 101).

470 Guerra Filho, A filosofia do direito, p. 80.

que possam ser compartilhadas com base em um acordo racional, bem-informado e voluntário na projeção conceitual de um sistema que permita que as decisões judiciais sejam desenvolvidas de forma coerente com outras instituições e Poderes Constituídos, a partir de uma visão de previsibilidade e equidade.⁴⁷¹

As decisões tomadas no exercício da jurisdição constitucional pelos juízes do trabalho devem servir de parâmetro prescritivo para o comportamento das partes no âmbito das relações de trabalho, assim como para o próprio sistema judicial, na forma dos precedentes, emprestando segurança jurídica à incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares, mas devem permitir a sua constante revisão quando as premissas fáticas ou jurídicas alterarem com a evolução da sociedade e a edição de novas normas, casos em que o magistrado deverá velar pela modulação dos efeitos da alteração dos paradigmas jurisprudenciais.

Marcelo Neves também é da posição que no contexto de uma sociedade hipercomplexa como a nossa, o sistema jurídico deve proporcionar que os projetos concorrentes, inclusive até com diferenças antagônicas de concepções, devam ser colocados em diálogo por meio de um procedimento democrático. Segundo o autor:

A adequação social do direito, constitucionalmente amparada, não pode significar, portanto, uma resposta adequada a pretensões específicas de conteúdos particulares, mas sim a capacidade de possibilitar a convivência não destrutiva de diversos projetos e perspectivas, levando à legitimação dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos, na medida em que esses servem a reorientar as expectativas em face do direito, sobretudo daqueles que eventualmente tenham suas pretensões rejeitadas por decisões jurídicas. Em geral, a adequação social constitucionalmente fundada do direito, isto é, a justiça constitucional externa-da mediante procedimentos, exige uma capacidade cognitiva altamente aguçada do sistema jurídico, considerando a complexidade e mesmo a fragmentação do ambiente.⁴⁷²

471 Araújo, *Supremacia ou diálogos judiciais*, p. 14.

472 Neves, *Transconstitucionalismo*, p. 64/65.

Além da necessidade de se colocar as opiniões divergentes das partes litigantes em diálogo, a legitimação adensa-se quando o sistema também permite que sejam consideradas as opiniões de terceiros (*amicus curiae*), notadamente especialistas nas relevantes questões discutidas no processo, em relação às quais os operadores jurídicos não possuem um domínio muito próximo ou quando houver interesses dos grupos que compõe a sociedade democrática e pluralista, acolhendo-se a tese de Peter Häberle da sociedade aberta dos interpretes da Constituição.

Häberle defende que a ampliação do rol de legitimados a participar dos debates constitucionais a respeito da interpretação dos direitos fundamentais estaria intimamente ligada com uma democracia mais participativa e menos representativa, na medida em que os direitos fundamentais, em perspectiva material, são aquilo que os integrantes da sociedade vivenciam em seu dia-a-dia, por isso a sua legitimidade para integrar o procedimento jurisdicional democrático de definição e extensão dos direitos fundamentais.

Além dos juízes constitucionais, também devem tomar posição no debate democrático da jurisdição constitucional os agentes de Estado dos três poderes, os particulares, que com seus argumentos influenciam e condicionam a decisão; os terceiros juridicamente interessados que integram a relação jurídica processual; os pareceristas, peritos e *experts* que atuam trazendo novos fundamentos técnicos; os participantes das audiências públicas que trazem diversos pontos de vista a respeito da questão tratada no processo; e a sociedade civil organizada, por intermédio dos grupos sociais formalmente representados, como as associações civis, que integram o julgamento da ação, emitindo opiniões e trazendo novas luzes para conhecimento da matéria e legitimação da atuação judicial.⁴⁷³

No Direito do Trabalho há uma infinidade de situações que ilustrariam a recepção do instrumento das opiniões de terceiros alheios ao processo para auxiliar democraticamente na tomada da decisão. Principalmente nas grandes empresas, em razão da diversidade de gênero dos trabalhadores, há profunda divergência em relação a conduta do empregador quanto à utilização dos vestiários e banheiros. Um trabalhador do sexo masculino, mas com identidade de gênero feminino, ficaria em situação dramática ao definir qual dos vestiários de uso comum acessar, ocasião em que na definição dessa questão, ainda que em processo individual que tramita na primeira instância, seria relevante democra-

473 Häberle, *Hermenêutica constitucional*, p. 36/37, *passim*.

ticamente ouvir a opinião dos terceiros, como psicólogos, grupos de representação social, MPT, sindicatos etc.

Antônio Augusto Cançado Trindade, partilhando das mesmas premissas, mas lecionando a respeito da atuação democrática dos tribunais internacionais, diz que a coexistência das múltiplas cortes externas tem despertado a atenção para a necessidade de coordenação e diálogo entre elas, em um labor complementar em busca de uma jurisdição universal de proteção dos direitos humanos. Na busca desse ideal é relevante para a sua legitimação interna, que as decisões dos tribunais internacionais sejam tomadas a partir da participação dialogada das partes e dos terceiros.

Para a adequada participação dos terceiros, Cançado Trindade defende a importância das audiências públicas enquanto instrumentos de realização da justiça, eis que as audiências perante os tribunais internacionais contemporâneos realizam-se para dar às partes e aos terceiros a oportunidade de revelar aos tribunais seus respectivos pontos de vista, suas versões ou percepções dos fatos e do direito, ainda que não haja para os juízes “dúvidas jurídicas”. Em razão da complexidade de determinadas situações, cabe ouvir testemunhas e peritos. Na sua tarefa de dizer o direito dos casos concretos, os tribunais externos só tem a beneficiar-se de outros domínios do conhecimento humano, tendo o jurista muito o que aprender com outras áreas do conhecimento, como a psicologia, antropologia, sociologia e filosofia.

Cançado Trindade finaliza sua lição dizendo que para realizar a justiça, há que se dar oportunidade às partes para expor todos os seus argumentos. E para restaurar a dignidade das vítimas, há que deixa-las expressar-se livremente, há que ouvi-las atentamente, inclusive como forma de reparação *in natura*. Em muitos dos casos, o que as vítimas querem é ser ouvidas, sendo a decisão até secundária em relação ao problema social que as levaram ao tribunal. Nesse contexto, as vítimas atuam como verdadeiros sujeitos de direito e não como simples objeto de proteção e da atuação da jurisdição internacional.⁴⁷⁴

Essa mesma atenção processual democrática e dialogada, com a ampla participação das partes e de terceiros, também foi objeto de preocupação do novo legislador processual civil, cujas inovações do CPC de 2015 são muito bem vindas

474 Cançado Trindade, Os tribunais internacionais contemporâneos, p. 51/58, *passim*.

no direito processual do trabalho⁴⁷⁵, tais como a releitura do princípio constitucional do contraditório, a exigência de fundamentação analítica das decisões judiciais e a obediência aos precedentes, com todas as suas especificações.

Conforme já exposto nas linhas retro, a legitimação das decisões judiciais e a segurança jurídica serão atingidas com a criação de mecanismos que permitam uma participação ativa e dialogada das partes litigantes para contribuir na decisão judicial, cujo traço decisivo é a migração do contraditório formal para o substancial. Não uma possibilidade de manifestação nos autos, como já ocorre atualmente no modelo processual liberal clássico, mas uma atuação democrática no sentido de garantir o direito dos litigantes de influenciar efetivamente nas decisões judiciais.

Flávio da Costa Higa anota que a noção moderna de contraditório rompe com o modelo conceitual do direito à ciência/resistência, para desembocar no direito de “influência”. Inverteram-se, com isso, os polos de compreensão do fenômeno, vencendo-se o seu viés eminentemente negativo de mera oposição à atuação alheia para que nascesse a faceta positiva de persuasão lícita no convencimento do juiz, insuflando-lhe o ânimo por todos os elementos de fatos, provas e questões jurídicas que possam intervir sobre a sua convicção.⁴⁷⁶

Como decomposição do princípio do contraditório substancial, o Código de Processo Civil de 2015 prevê a regra geral de vedação das decisões-surpresa⁴⁷⁷, bem como a obrigação de que as partes e o juiz cooperem entre si para que se obtenha decisão de mérito justa e efetiva⁴⁷⁸, impedindo que o magistrado decida com base em fundamento sobre o qual não tenha dado as partes oportunidade de se manifestar a respeito, ainda que se trate de matéria que deva decidir de ofício.⁴⁷⁹

475 O novo CPC prevê em seu artigo 15 que: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.” Para um completo estudo a respeito da abrangência da influência e os critérios de aplicabilidade das normas processuais do novo código ao processo do trabalho, v. MOLINA, André Araújo. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 81, n. 3, p. 19/36, jul./set. 2015.

476 Higa, Comentários sobre a parte geral do novo CPC, p. 137.

477 CPC de 2015, art. 9º.

478 CPC de 2015, art. 6º.

479 CPC de 2015, art. 10.

Mesmo no modelo processual de 1973, uma atenta leitura dos artigos 2º, 128 e 460 do CPC, por uma perspectiva constitucional do direito fundamental ao contraditório, já demonstrava que a decisão judicial estava vinculada aos limites da lide definidos pelas partes. As causas de pedir e os pedidos limitavam a atuação judicial, muito embora a compreensão majoritária anterior fosse flexível quanto à essa questão. Com o CPC de 2015 reforçou-se, de forma explícita como princípio fundamental do processo, que a atuação judicial deve obedecer os limites fixados pelas partes, vedando-se as decisões-surpresa.

Lecionando sobre a vedação da decisão surpresa, Estêvão Mallet ensina que “aquilo que não integra o processo, por não ter sido pedido ou por não ter integrado a causa de pedir, aquilo sobre o que não se pronunciou o réu, não pode ser invocado ao ensejo do julgamento sem evidente ofensa do direito de defesa e, por conseguinte, violação do devido processo legal.”⁴⁸⁰

No novo modelo processual, embora flexível e atento às circunstâncias dos casos concretos, a segurança jurídica é prestigiada com a vedação de decisão-surpresa. Os fatos alegados na causa de pedir, os fundamentos jurídicos, inclusive nas matérias de ordem pública, vinculam o juiz e ele não poderá manifestar-se nos autos antes de propiciar às partes o contraditório substancial. Mesmo nos casos em que a legislação adjetiva permita a atuação judicial sem a oitiva da parte contrária, como nas providências de antecipação e nas cautelares, agora reunidas no gênero da tutela de urgência, o contraditório substancial será respeitado, embora diferido.

Importante anotar que não houve revogação do princípio *iura novit curia*, de sorte que continuará o juiz podendo valer-se de enquadramento jurídico que não tenha sido alegado pelas partes para adequação dos fatos, mas o refinamento da nova legislação está em determinar que o juiz, antes de fazê-lo, conceda às partes oportunidade efetiva para manifestação, colocando em evidência a necessidade do contraditório substancial. Esse modelo de contraditório já é o adotado pelo processo penal brasileiro desde 2008, nos casos em que o juiz verificar que a descrição do fato contida na denúncia ou queixa puder obter definição jurídica diversa da indicada na petição inicial⁴⁸¹, ocasião em que deverá reabrir a instrução processual, dando oportunidade às partes para novas manifesta-

480 Mallet, Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”, p. 392.

481 CPP, art. 383.

ções, realizando posteriormente nova audiência de instrução, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório, debates e julgamento final.⁴⁸²

Arruda Alvim também compreende que o novo código não revogou, em absoluto, o princípio do *iura novit curia*, que permite ao juiz decidir com base em fundamentos jurídicos não invocados pelas partes no processo. A novidade trata-se, simplesmente, de facultar às partes interessadas oportunidade de se manifestarem e influenciarem a convicção judicial a respeito da aplicabilidade daquele fundamento jurídico não invocado ou debatido nos autos.⁴⁸³

O princípio do contraditório, em sua perspectiva substancial, incide nas relações processuais trabalhistas para proibir que o magistrado especializado profira sua sentença sobre questões, de fato ou de direito, sobre as quais os litigantes não tiveram oportunidade de se manifestar e influenciar na sua decisão, mesmo que se trate de matéria de ordem pública e que deva conhecer de ofício, como no caso da ação de responsabilidade civil por acidente de trabalho, na qual verificar que incidiria a prescrição, não alegada pela defesa, ou quando o autor tenha alegado a aplicação da responsabilidade civil subjetiva, mas o juiz constatou se tratar de hipótese de responsabilização objetiva. Em ambos os exemplos, o juiz deve conceder às partes oportunidade para manifestação e produção de provas, postergando, em alguma medida, a conclusão da fase probatória, porém prevenindo a nulidade do processo por violação do contraditório, legitimando a sua decisão e homenageando o princípio da segurança jurídica.

Mesmo no novo processo trabalhista flexível, por nós sugerido no tópico anterior deste mesmo capítulo, a partir do acoplamento e da complementariedade da Constituição Federal, dos tratados internacionais, da CLT, do CPC de 2015 e toda a legislação extravagante, haverá segurança jurídica com o respeito do contraditório substancial, permitindo, por exemplo, o ajuste do procedimento pelas partes e o juiz, conforme as características particulares da ação, a distribuição dinâmica do ônus da prova, também conforme as diferenças entre as relações jurídicas materiais objeto da ação, culminando com a regra do CPC de 2015 de que ao juiz incumbirá dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção de prova, adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir efetividade à tutela do direito material, desde que garanta a participa-

482 CPP, art. 384.

483 Arruda Alvim, Notas sobre o projeto do novo Código de Processo Civil, p. 303.

ção democrática das partes litigantes e terceiros, em contraditório substancial, estando impedido de proferir decisões-surpresa.

É por essa razão que Estêvão Mallet defende que fundamentar a decisão em aspecto estranho ao contraditório, seja em relação a questão de direito ou de fato, mesmo no caso de matéria de ordem pública, suscetível de conhecimento de ofício, ainda que não ofenda o direito ordinário, quando não haja regra proibitiva da conduta na legislação comum, inegavelmente viola de modo direto a Constituição, por atacar a tutela conferida ao direito de defesa e a garantia do contraditório.

Para o mesmo autor, não importa que ainda não exista regra do gênero já positivada no processo do trabalho. A exigência é desdobramento da garantia do contraditório e decorre diretamente da cláusula do devido processo legal. Inclusive é o que explica haver a jurisprudência considerado indispensável, mesmo sem regra na legislação ordinária, proporcionar o contraditório quando oferecidos embargos de declaração com efeitos infringentes. No exemplo, foi-se claramente além do direito positivo ordinário, tudo para assegurar o respeito ao princípio constitucional.⁴⁸⁴

Há muitos anos a Corte Europeia de Direitos Humanos já não admite a prolação de decisões sobre fatos ou fundamentos jurídicos que as partes litigantes não tiveram direito de se manifestar e influenciar na decisão judicial, como ocorreu no caso de uma decisão belga que decretou de ofício, ouvida apenas a acusação, a insolvência e a falência de uma empresa. Considerou a Corte Europeia ter havido violação do direito fundamental ao contraditório, na sua vertente substancial, na medida em que juiz belga imputou uma consequência que não havia sido debatida pelas partes em contraditório, durante a fase instrutória do processo.⁴⁸⁵

O direito português também rejeita as decisões-surpresa, tanto em seu direito positivo⁴⁸⁶, como na jurisprudência⁴⁸⁷ e na sua doutrina. José Lebre de Freitas

484 Mallet, Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”, p. 405/407, *passim*.

485 CEDH, *Case Vermeulen v. Belgium*, Application n. 19075/91, 20 February 1996.

486 Código de Processo Civil de 2013: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.” (art. 3º, 3).

487 “O princípio do contraditório sustenta-se num direito à fiscalização recíproca das partes ao longo do processo, como garantia da participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio,

defende que é direito dos litigantes a participação efetiva no desenvolvimento de todo o processo, mediante a possibilidade de, em condições de plena igualdade, influírem em todos os elementos que se encontrem em ligação com o objeto da demanda. O objetivo primordial do princípio do contraditório deixou de ser a defesa, na sua perspectiva negativa de resistência à atuação alheia, para passar a ser a influência, na sua vertente positiva do direito das partes incidirem ativamente no desenvolvimento do processo e na construção da decisão final.⁴⁸⁸

Nessa perspectiva de uma nova teoria geral do processo, recomenda-se a revisão da jurisprudência e da doutrina mais elástica que defende que na petição inicial da ação trabalhista basta narrar o resumo dos fatos de que resulte o litígio, sendo desnecessária a exposição específica dos fatos e da fundamentação jurídica. O extremo da posição simplista leva ao ponto de admitir condenação do réu a pagar adicional de insalubridade em relação aos agentes danosos sequer alegados na petição inicial⁴⁸⁹, sobre os quais não teve o réu oportunidade de se defender, de produzir prova e muito menos de influenciar na decisão de forma argumentativa.

Uma outra faceta da procedimentalização e do diálogo em contraditório substancial é a obrigação do juiz trabalhista enfrentar os argumentos trazidos pelas partes, não mais se satisfazendo o sistema com o livre convencimento motivado e a persuasão racional na fundamentação das decisões judiciais.

A decisão judicial democrática é a que enfrenta todos os argumentos, de fato e de direito, deduzidos no processo e capazes de infirmar a conclusão a que o julgador pretende adotar, inclusive devendo enfrentar os precedentes ou súmulas invocados para demonstrar a sua inaplicabilidade ao caso em julgamento, atentando aos seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*), conforme delimitou o novo Código de Processo Civil de 2015⁴⁹⁰, mas cuja exigência é apenas

em termos de, em plena igualdade, poderem influenciar todos os elementos que apareçam como potencialmente relevantes para a decisão.” (PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães – Processo n. 4211/11.5TBGMR.G1 – Rel^{la}. Cons^a. Ana Cristina Duarte – j. 10.09.2013).

488 Lebre de Freitas, Introdução ao processo civil, p. 96/97.

489 “Súmula 293 do TST. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CAUSA DE PEDIR. AGENTE NOCIVO DIVERSO DO APONTADO NA INICIAL. A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade.” (Res. 121/2003).

490 CPC de 2015, arts. 489 e 927.

uma explicitação das normas constitucionais que garantem o devido processo legal e o contraditório substancial, inclusive para o processo do trabalho.

Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto, estudando o tema da necessidade de fundamentação analítica da decisão trabalhista, terminam por repelir as inovações processuais civis ao argumento de que o constituinte não delegou ao legislador ordinário a atribuição de definir o conceito de sentença suficientemente fundamentada, de modo que, segundo os autores, sequer para o processo civil a necessidade de fundamentação analítica seria constitucional.

Avançam para defender que, mesmo que seja constitucional, a disposição não deve ser recebida no processo do trabalho, diante da “manifesta imperitância”, na medida em que a CLT possui norma expressa quanto aos requisitos essenciais das sentenças, não devendo ser violado o “núcleo duro” do processo do trabalho, amparado nos princípios de celeridade, simplicidade, oralidade e concentração.

Nada obstante a interpretação mais restritiva, os autores concordam que o sistema constitucional não admite o decisionismo puro e simples e os julgamentos com base na mera consciência do magistrado, pois são nocivos à democracia. Nos chamados *hard cases*, convém ao julgador dedicar-se ao caso buscando enfrentar todas as questões pertinentes, mas exigir em todos os casos uma fundamentação exaustiva servirá apenas aos interesses daqueles que pretendem retardar a marcha processual a todo custo.⁴⁹¹

O contraditório substancial também foi recebido pela sistemática recursal trabalhista com a exigência de dialeticidade entre os fundamentos da sentença e do acórdão e as razões do recurso, incumbindo aos recorrentes, em sede de recurso de revista, indicar o trecho da decisão que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso, além de indicar, de forma explícita e fundamentada, contrariedade a dispositivo de lei, súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho que atrite com a decisão do Tribunal Regional, bem como ter a obrigação de expor as razões do pedido de reforma, atacando todos os fundamentos jurídicos da decisão vergastada, inclusive mediante demonstração analítica de cada dispositivo de lei, da Constituição Federal, de súmula ou orientação jurisprudencial cuja contrariedade aponte em seu recurso de revista.⁴⁹²

491 Maranhão e Azevedo Neto, Novo CPC e fundamentação sentencial exaustiva, *passim*.

492 CLT, art. 896, § 1º-A, com a redação dada pela Lei 13.015 de 2014.

A despeito das posições mais receptivas ou as mais restritivas quanto ao dever de fundamentação analítica da sentença trabalhista, o ponto comum em todas as posições doutrinárias é que o CPC de 2015 converteu os precedentes em fonte formal do direito, na linha do que já vinha ocorrendo desde as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal de 2004 (art. 103-A da CF) e do novo procedimento de julgamento de recursos de revista repetitivos pelo Tribunal Superior do Trabalho de 2014 (art. 896, § 1º-A, II e § 6º da CLT), universalizando a necessidade de o juiz do trabalho considerar os precedentes e as súmulas como fonte do direito (arts. 489, § 1º, VI e 927 do NCPC).

O principal argumento que milita a favor da aplicação dos precedentes também nos sistemas de *civil law* é a exigência de universalização das soluções para os casos semelhantes, a sua pretensão de integridade a que alude Dworkin, como necessidade de segurança jurídica, racionalidade e previsibilidade de todo o sistema jurídico.

Ronald Dworkin explica a ideia de integridade do direito a partir de uma analogia com a literatura, no que intitulou de romance em cadeia. Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série, de forma que cada escritor da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um dos autores deve escrever o seu capítulo de modo a criar da melhor forma possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. Na ideia do jurista, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade: devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. Devem criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor e não, como na verdade quase sempre ocorre, e não deveria, como produto de muitas mãos diferentes.⁴⁹³

A obediência aos precedentes resgata a ideia de integridade e de universalização do direito, na medida em que os magistrados não estão livres para interpretar o ordenamento e os fatos da causa para proferir a melhor solução, como se estivessem a escrever a sua obra individual, mas passam a ter obrigação com a comunidade ao considerar as decisões anteriores em casos semelhantes para a continuidade da tarefa de produzirem a obra conjunta.

493 Dworkin, *O império do direito*, p. 276.

E diante da complexidade do direito na pós-modernidade, a que nos referimos no primeiro capítulo, com a admissão da pluralidade de fontes normativas, do pluralismo judiciário, do transconstitucionalismo, da necessidade de participação dialogada das partes, dos grupos e do Estado na tomada das decisões judiciais, principalmente na jurisdição constitucional, podemos reformular a teoria do romance em cadeia de Dworkin para acrescentar que o magistrado, ao escrever o capítulo seguinte do romance único, recebe não apenas as contribuições dos romancistas que o antecedeu (precedentes domésticos), mas também deve considerar outros fatores que contextualizam a sua tarefa de retomar a produção da obra conjunta, como a jurisprudência internacional e estrangeira, a contribuição da doutrina e a opinião dos especialistas (*experts*).

Da concepção de direito como integridade e da força normativa dos precedentes no sistema atual, parece-nos urgente a necessidade de revisão dos alicerces da teoria geral do processo de que os juízes possuem livre convencimento motivado, estando autorizados para julgar da forma que melhor lhes aprouver, desde que explicitem as razões de sua decisão, para migrarmos para um modelo de maior responsabilidade institucional dos juízes com a racionalidade e a universalidade do direito, respeitando-se todo o histórico anterior.

José Roberto Freire Pimenta recorda que no ambiente pós-positivista a vinculação estrita do juiz à letra da lei já não é possível nem desejável, porém a abertura desse amplo espaço de atuação e de interpretação judicial traz um perigo muito grande: a possibilidade de que as mesmas normas sejam interpretadas e aplicadas de modo muito diverso, trazendo um grau enorme de insegurança jurídica e impedindo que os cidadãos pautem as suas condutas com base naquilo que eles razoavelmente considerem ser determinado pela ordem jurídica em vigor e pelos seus intérpretes. Para dar conta desse inconveniente, a jurisprudência uniformizada é o principal mecanismo, pois é um agente estabilizador do conteúdo das normas, definindo *em um precedente*, para casos concretos substancialmente iguais ao que foi decidido no *leading case*, o único sentido de uma norma jurídica que hoje é, na maioria das vezes, genérica, principiológica e que exige sua complementação por meio de uma interpretação concretizadora do Judiciário.⁴⁹⁴

A observância dos precedentes, embora atualmente encontre expressa determinação no sistema processual de 2015, deriva do princípio constitucional

494 Pimenta, A reforma do sistema recursal trabalhista, p. 125/126.

da igualdade, como vimos linhas acima, condicionando que o tratamento seja idêntico para aqueles cidadãos que se encontrem em igual situação de fato, a exigir que a mesma decisão seja repetida para os demais casos semelhantes, prestigiando também a previsibilidade, a justiça e a confiança dos jurisdicionados nos atos do Poder Judiciário, legitimando-os.

As condições de vinculatividade dos precedentes são a autoridade do órgão emissor (tribunais superiores, sendo maior a sua força obrigatória quando julgada pelos seus órgãos plenários ou especiais, com amplo debate e pretensão de generalização para os demais casos com as mesmas razões de fato e de direito, como no incidente de julgamento de demandas repetitivas, repercussão geral etc.), o trânsito em julgado da decisão e a coincidência dos mesmos fundamentos fáticos e jurídicos entre o precedente e a situação nova em julgamento, sendo que a parte do precedente que vincula são os seus motivos determinantes ou, para a doutrina do *commom law*, a *ratio decidendi* ou a *holding*⁴⁹⁵, como expressamente acolhido pelo CPC de 2015. Para a formação dos precedentes e das súmulas, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos julgados que motivaram sua criação (art. 926, § 2º) e ao aplicá-los os juízes devem identificar os seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, V).

É em razão da importância dos fatos da causa na formação e aplicação dos precedentes que Teresa Arruda Alvim Wambier observa que:

É extremamente importante se dizer que as decisões devem ser lidas e compreendidas à luz dos fatos. Isso nos faz pensar poder-se afirmar que, em certa medida, fatos tidos como essenciais para a decisão seriam parte da *ratio decidendi*. Quando os mesmos fatos ocorrem novamente e são levados a juízo, a mesma solução deve ser dada ao conflito, devendo ser seguido o precedente.⁴⁹⁶

495 Luiz Guilherme Marinoni explica que a *ratio decidendi* deve ser considerada como uma premissa para a solução não simplesmente dos casos, mas também das questões jurídicas que neles foram discutidas, através dos próprios *fundamentos ou motivos determinantes daquela decisão*. (...) No direito brasileiro será mediante a análise da fundamentação da decisão que constituiu o precedente que será possível analisar os *motivos determinantes* ou a *ratio decidendi* da mesma, os quais terão os efeitos vinculantes que o sistema processual lhes atribuir, com profundos e transformadores efeitos nos regimes da coisa julgada e da eficácia *erga omnes* dessas decisões paradigmáticas. (Marinoni, Precedentes obrigatórios, p. 253, *passim*).

496 Wambier, Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito, p. 133.

Deriva do conceito de *ratio decidendi* que nem sempre as decisões proferidas nos colegiados devem servir como precedentes, na medida em que pode ocorrer de uma solução ser tomada por maioria de votos, contudo a partir de argumentos diversos, de modo que, embora haja uma solução jurídica para o caso concreto, não houve consenso – sequer a formação de um pensamento majoritário uniforme – do qual se possa extrair uma *ratio decidendi* a iluminar os julgados futuros. Tal constatação reforça a afirmação de que não se deve confundir a ementa do acórdão (resumo) ou o resultado do julgamento (dispositivo) com as razões que efetivamente vinculam os julgados seguintes (*ratio decidendi*).

Disso resulta que o sistema de formação das súmulas e dos precedentes do Tribunal Superior do Trabalho deve sofrer uma verdadeira revolução. Atualmente, a formação das súmulas não observa os fatos da causa, mas apenas as suas razões jurídicas, com pretensão de generalização, de modo que é bastante comum a redação final do verbete não guardar relação direta com os julgados que lhe deram causa. E ao aplicá-las, as próprias decisões do Tribunal Superior do Trabalho não se atentam à identificação dos fatos, satisfazendo-se em meramente citar “ementas” de outros casos parecidos – mas cujos fatos são distintos – para materializar um modo de julgamento *sui generis*, como se o fosse no modelo de precedentes.

Ilustrativa é uma decisão da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho que ao enfrentar o tema do conflito entre os princípios jurídicos da propriedade do empregador e da intimidade do trabalhador, na realização de revistas em bolsas e sacolas, satisfiz-se em apenas enunciar genericamente que a jurisprudência da Corte admite as revistas, sem identificar as circunstâncias fáticas dos precedentes e muito menos do caso em análise para, ao final, citar caoticamente várias ementas, cujas razões eram absolutamente diversas em suas fundamentações. O mérito em si do acórdão, subtraindo as ementas citadas, consiste em apenas dois parágrafos de fundamentação genérica, sem apontar sequer o ramo de atividade do empregador, a função do trabalhador, os objetos integrantes do patrimônio que se visava proteger, os meios à disposição para realizar a sua proteção, dados fáticos indispensáveis e sem os quais é impossível a realização de qualquer juízo de proporcionalidade e, ao final, de um correto julgamento por precedentes.⁴⁹⁷

497 TST – 8ª Turma – RR 3695400-90.2007.5.09.0010 – Relª. Minª. Dora Maria da Costa – DEJT 08.04.2011.

A partir do exemplo analisado e aprofundando no raciocínio, poderíamos afirmar que o modelo de julgamento por precedentes é no fundo incompatível com a edição das súmulas gerais que apenas revelam os fundamentos jurídicos, visto que os precedentes atentam-se aos motivos determinantes e às razões de fato para a sua aplicação circunstanciada aos outros casos semelhantes, já as súmulas apenas revelam um núcleo de fundamentação jurídica, generalizada e desapegada dos fatos decisivos para a formação dos julgados que lastrearam a sua edição.

Atendidos todos esses cuidados, o juiz deverá observar as mesmas razões de decidir do precedente, somente estando autorizado a deixar de aplicá-lo quando distinguir o caso paradigma do caso em apreciação, demonstrando de forma analítica que a situação não é semelhante, ou quando justificar a superação do precedente, em face de novos argumentos fáticos e jurídicos, sendo o mais comum o abandono da tese anterior quando houver alteração da legislação.

Nesse contexto diz Alexandre Agra Belmonte que firmado o precedente, só duas situações distintas podem ocorrer diante das particularidades do caso: uma mudança de regra, quando o tribunal, em dado julgamento, percebe que a sua jurisprudência merece ser revista (*overruling*) ou quando percebe que o caso concreto apresenta particularidades que o diferenciam do conteúdo de uma norma de interpretação, refletida na jurisprudência pacificada (*distinguishing*).

Na primeira hipótese de superação da jurisprudência, a necessidade de alteração dos precedentes ocorre em virtude de alguma mudança do ordenamento jurídico que a fundamentava ou de evolução fática histórica, em nível de alterações econômicas, sociais e jurídicas. Contudo, em respeito à segurança jurídica, deverá ainda se recorrer ao *prospective overruling*, ou seja, mudança da jurisprudência de forma prospectiva, apenas para o futuro, também denominada de modulação dos efeitos, quando o tribunal, apesar de reconhecer a mudança de posição, deixa de aplicá-la ao caso concreto, mas sinaliza para a mudança da norma de interpretação em relação aos fatos futuros.⁴⁹⁸

Entretanto, não havendo elementos fáticos ou jurídicos de distinção nem alteração normativa posterior ao precedente que autorizem a sua superação, ficam os magistrados obrigados a seguir a sua orientação. “Isso, evidentemente, permite concluir que, nesse novo sistema processual, nunca será possível aos julgadores deixarem de aplicar o precedente simplesmente por considerarem

498 Belmonte, Breves comentários ao novo sistema recursal trabalhista, p. 25.

equivocada a sua *ratio decidendi*, quanto à questão de direito objeto da controvérsia”, conforme muito bem pondera José Roberto Freire Pimenta.⁴⁹⁹

Outra questão decisiva é a eficácia temporal dos precedentes, devendo-se definir os marcos inicial e final da sua eficácia em relação aos fatos sobre os quais incidirão. Dito de outro modo, é preciso delimitar quais são as relações jurídicas alcançadas pela força vinculante dos precedentes judiciais, no novo modelo de jurisprudência como fonte do direito. É definir se – agora que é fonte formal do direito – estariam também os precedentes vinculados ao princípio da irretroatividade da legislação (art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988).

Muito antes da sua força obrigatória, os Tribunais argumentavam que a jurisprudência poderia ser aplicada retroativamente, pois não era fonte do direito, de modo que, além de não vincular as decisões judiciais, não inovava no ordenamento jurídico, mas apenas esclarecia o alcance da interpretação sobre determinado texto de lei. Das diversas e sequenciais decisões no mesmo sentido, eram editadas as súmulas dos tribunais, as quais eram aplicadas de forma retroativa, recolhendo as situações de fato ocorridas na época em que os verbetes ainda não tinham sido publicados. Contudo, argumentavam os tribunais, como já havia decisões anteriores nesse mesmo sentido, não prosperava o argumento da sua inaplicabilidade, visto que os litigantes não eram colhidos de surpresa, muito pelo contrário já havia nas decisões que embasaram a edição das súmulas uma orientação em dado sentido.⁵⁰⁰

Ocorre que esses argumentos não mais se sustentam, primeiro porque os precedentes deixaram de ser mera sinalização para vincular objetivamente os juízes, enquanto fonte formal do direito; a segunda questão é que não há mais

499 Pimenta, op. cit., p. 140/141.

500 Por exemplo, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho: “(...) enunciado não é lei e, dessa forma, não se aplica a ele a limitação temporal própria daquela, mesmo porque, constituindo jurisprudência sedimentada do Tribunal, indica que, antes de ser editado, já predominavam os precedentes no sentido do seu conteúdo, o que afasta a alegação de aplicação retroativa.” (TST – SBD12 – ROAR 387.687 – Rel. Min. Francisco Fausto – DJU 07.12.2000), bem como já afirmara o Supremo Tribunal Federal: “O conteúdo das formulações sumulares limita-se a contemplar e a consagrar, no âmbito dos tribunais, a sua orientação jurisprudencial predominante, caracterizada pela reiteração de decisões em igual sentido. O enunciado sumular assume valor meramente paradigmático, pois exprime o sentido da jurisprudência prevalente em determinado tribunal. A súmula nada mais é do que a cristalização da própria jurisprudência. As súmulas dos tribunais não se submetem às regras de vigência impostas às leis. Nada impede que os magistrados e tribunais dirimam controvérsias com fundamento em orientação sumular fixada após a instauração do litígio.” (STF – 1ª Turma – AR em AI 137.619/DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 18.03.1994).

necessidade de reiteradas decisões no mesmo sentido para uma sedimentação jurisprudencial, bastando uma única decisão de órgão plenário dos tribunais superiores para que a decisão – mormente se tomada nos incidentes de demandas repetitivas – ostente a eficácia vinculativa, caso em que não haverá decisões anteriores no mesmo sentido para embasar o argumento do conhecimento prévio da posição do tribunal sobre uma dada questão; um terceiro ponto é a revogação das súmulas, mudando-se em ato único a posição sobre determinada questão jurídica, ocasião em que entra na pauta de discussão a proteção das situações jurídicas ocorridas sob o manto da antiga posição jurisprudencial que foi posteriormente revista.

Estêvão Mallet, muito antes da força obrigatória dos precedentes, já era um dos autores que criticava a aplicação retroativa da jurisprudência, visto que tal sistemática “compromete, tanto quanto a aplicação retroativa da lei, a estabilidade das relações jurídicas e atenta contra o ideal de segurança jurídica.”⁵⁰¹ Para ele, não prosperava os argumentos de que a jurisprudência não inovava no ordenamento e de que era ela apenas a cristalização de reiteradas decisões no mesmo sentido. A antiga distinção entre texto e norma já demonstrava que havia uma margem criativa na atuação judicial, que definia o conteúdo da norma jurídica construída a partir da interpretação dos textos, de modo que tratava-se de inovação no sistema jurídico, não podendo colher de surpresa as partes. Também aponta, com base em diversos julgados do Tribunal Superior do Trabalho, que nem sempre as súmulas apenas representam a enunciação de reiterados julgados no mesmo sentido, muito pelo contrário é bastante comum a edição de novas súmulas até em sentido diverso da jurisprudência até então consolidada. E finaliza Mallet:

Não é possível desprezar impunemente a expectativa legitimamente criada na sociedade, desconsiderar a confiança produzida, ignorar os comportamentos adotados segundo o que na altura se dizia e apregoava ser correto. Fazê-lo compromete a própria autoridade dos tribunais e a credibilidade das respectivas decisões, que deixam de servir ou de ser vistas como guia seguro para o comportamento das pessoas.⁵⁰²

501 Mallet, A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? p. 70.

502 Mallet, op. cit., p. 71.

Um bom exemplo de que os princípios da boa-fé e da segurança jurídica recomendam que os julgadores modulem os efeitos da decisão, para adotar efeitos apenas prospectivos (*prospective overruling*), se deu com a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade de uma lei que admitia progressão funcional e o provimento derivado de cargos, mediante a realização de concurso interno e sem submissão a novo concurso público, mas o Tribunal deixou de pronunciar as nulidades dos atos de nomeação que haviam ocorrido há mais de 15 anos, fixando a tese para casos futuros.⁵⁰³

Também no âmbito do processo do trabalho, outro ótimo exemplo do comportamento democrático do Tribunal Superior do Trabalho ocorreu no ano de 2009, muito antes da aprovação da Lei 13.015 de 2014 e do CPC de 2015, quando tratou do tema das dispensas coletivas, tendo o acórdão revelado situação em que o Tribunal Superior mudou radicalmente a sua jurisprudência a respeito dos requisitos para a dispensa coletiva, mas ressaltou a sua inaplicabilidade ao caso concreto, apenas sinalizando para os casos futuros, prospectivamente.⁵⁰⁴

A eficácia prospectiva dos precedentes, além de materializar a segurança jurídica, também proporciona maiores condições para a evolução jurisprudencial, na medida em que, admitindo-se a aplicação retroativa da jurisprudência, os tribunais ficariam muito mais inseguros em adotar uma posição evolutiva que supere aquela das súmulas, diante dos transtornos que a sua nova decisão irá ocasionar para as situações de fato já consolidadas, porém a aplicação prospec-

503 STF – 2ª Turma – RE 442.683 – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 24.03.2006.

504 “DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, *para casos futuros*, de que ‘a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores’, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial.” (TST – SDC – RODC 30900-12.2009.5.15.0000 – Rel. Min. Maurício Godinho Delgado – DEJT 04.09.2009).

tiva não traz referidos inconvenientes, bastando aos tribunais fundamentarem e justificarem a superação dos precedentes anteriores, mas ressalvando que a sua aplicação dar-se-á apenas aos fatos ocorridos a partir da nova posição, harmonizando evolução e segurança.

Luiz Guilherme Marinoni estudou especificamente a eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. Iniciou afirmando que a autoridade dos precedentes é fundamental para garantir coerência da ordem jurídica, assim como para a tutela da previsibilidade e da confiança nos atos do Poder Judiciário, bem por isso que a revogação da jurisprudência consolidada pode causar surpresa injusta a todos aqueles que nela pautaram suas condutas.

A sua conclusão é no sentido de que os Tribunais Superiores devem velar pela modulação dos efeitos da alteração de sua jurisprudência consolidada, tendo como requisito para definição do marco temporal a existência de confiança legítima dos jurisdicionados no precedente revogado. Ao estudar profundamente o caso, a Corte deve verificar a partir de que data a confiança no precedente foi revista, tal podendo ocorrer a partir de uma primeira decisão contrária ao precedente por uma turma do próprio Tribunal, que, embora não tenha o poder de revogar uma súmula, funciona como sinalizador da futura mudança de orientação; da existência de críticas doutrinárias consistentes em relação ao antigo precedente, bem como, inexistindo o indicativo de quebra da confiança, então adotar a técnica do *prospective overruling* para o caso concreto e posteriores ou apenas para as situações que ocorrerem após a publicação da mudança de orientação. O decisivo para definir a eficácia temporal da alteração da jurisprudência é verificar desde quando a confiança depositada no precedente a ser revisado foi questionada, a partir de quando não mais serviria ela como argumento para balizar as posições jurídicas dos cidadãos.⁵⁰⁵

É o caso do julgamento do Supremo Tribunal Federal do ano de 2015⁵⁰⁶ que reformou decisão do Tribunal Superior do Trabalho e na sua fundamentação

505 Marinoni, Eficácia temporal da revogação da jurisprudência, *passim*.

506 STF – Plenário – RE 590.415/SC – Rel. Min. Roberto Barroso – DJE 29.05.2015. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”.

desautorizou súmula e orientação jurisprudencial trabalhista⁵⁰⁷, contudo, passados quase 12 meses da decisão do Excelso Pretório em ação com repercussão geral, os verbetes trabalhistas ainda não foram revistos ou revogados, muito provavelmente porque da decisão do Supremo ainda pende embargos de declaração para o seu trânsito em julgado.

Quando forem revisados ou cancelados, estar-se-á diante de um típico exemplo de admissão de efeitos retroativos da mudança da jurisprudência pacífica trabalhista, devendo o TST modular os efeitos das revisões jurisprudenciais, fazendo coincidir com a data de publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal, a partir de quando a confiança na linha interpretativa trabalhista foi quebrada com a decisão em recurso extraordinário. Entretanto, não havendo sinalização jurisprudencial ou doutrinária consistente para a superação das súmulas e precedentes, a sua revisão posterior somente poderá ter efeitos prospectivos. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que revisa súmulas e precedentes encontrou também previsão no CPC de 2015.⁵⁰⁸

Além da obediência aos precedentes, a segurança jurídica é prestigiada quando o juiz verificar no caso concreto um conflito entre princípios constitucionais que fomentem direitos fundamentais. Antes de realizar a ponderação, deve verificar se já não há uma (pré)ponderação legislativa, representada por uma regra jurídica da legislação ordinária que seja o resultado do conflito entre os dois princípios, caso em que o juiz aplicará a regra diretamente, por subsunção, deixando de avançar na ponderação naquele caso concreto. É justamente o que se deu com o conflito entre o direito constitucional de propriedade do empregador e os direitos fundamentais à intimidade e privacidade dos trabalhadores nos casos de implantação de técnicas de revistas corporais e em seus pertences no ambiente de trabalho.

O legislador trabalhista, a partir da tensão entre ambos princípios, já deu como resposta que é vedada revista íntima em mulheres (art. 373-A da CLT), casos em que o juiz do trabalho não estaria autorizado a realizar uma nova ponderação,

507 Súmula n. 330 do TST e OJ n. 270 da SBDI1 do TST.

508 CPC de 2015, art. 927. (...) § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

pouco importando as condições fáticas dos casos concretos sob sua apreciação, devendo rejeitar, sempre, qualquer modalidade de revista íntima em mulheres.

Somente quando o legislador não deu a solução *a priori* é que o juiz está autorizado a avançar no juízo de proporcionalidade entre os direitos fundamentais em colisão, aí sim atendendo-se às circunstâncias do caso concreto, possibilitando o amplo diálogo entre as partes litigantes, ocasião em que a segurança jurídica não estaria na solução legislativa (inexistente), mas no procedimento democrático de tomada de decisão quanto aos direitos fundamentais em tensão, como nos casos de revistas (não-intimas) nos pertences dos trabalhadores.

Nos casos em que não há solução legislativa, o juiz estará autorizado a realizar os testes de proporcionalidade, porém deverá também observar precedentes dos tribunais superiores que já tenham realizado a ponderação sob as mesmas circunstâncias de fato. Se o Tribunal Superior do Trabalho já decidiu sobre a revista de bolsas e sacolas dos empregados de frigoríficos, ainda que não haja solução legislativa, os juízes do trabalho se obrigam, sob as mesmas circunstâncias fáticas, a observar o precedente no caso de revista nas bolsas e sacolas dos empregados do mesmo e de outros frigoríficos, cujas razões fáticas sejam semelhantes, além de se valer do instrumento argumentativo adicional do diálogo com os precedentes internacionais e estrangeiros em condições fáticas e jurídicas semelhantes.

Logo, somente inexistindo solução legislativa ordinária, normas coletivas e precedentes nas mesmas circunstâncias fáticas, é que o juiz está autorizado a ponderar os princípios jurídicos em rota de colisão, dando uma solução particular ao caso, cuidado que afasta as críticas de que o modelo pós-positivista é subjetivista e flexível quanto à previsibilidade e à segurança jurídica.

Daniel Sarmiento, defensor do pós-positivismo, reconhece e critica que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, esquecem do seu dever de fundamentar racionalmente as suas decisões. Houve uma euforia judicial com os princípios, abrindo um espaço maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, quando mal aplicados, convertem-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.⁵⁰⁹

509 Sarmiento, Livres e Iguais, p. 200.

Outro mecanismo importante de legitimação das decisões judiciais no ambiente da pós-modernidade e também indutor de segurança jurídica é o constante diálogo da jurisprudência com a doutrina, devendo a primeira inventariar as opiniões dos juristas sobre o caso em discussão, com maior frequência nas situações em que ainda não há uma solução legislativa e os juízes realizem a ponderação dos direitos fundamentais. Significa que, quando mais se recorra a princípios jurídicos, que são, ontologicamente, mais abertos e flexíveis, mais a doutrina jurídica pode ajudar na definição do seu conteúdo e no resultado das situações de conflito.

Maria Celina Bodin de Moraes defende que com a mudança do modelo metodológico positivista para o pós-positivista, no qual há um maior recurso aos direitos fundamentais – que ocupam a forma de princípios –, com incidência nas relações privadas diretamente a partir da Constituição, os métodos clássicos de aplicação também devem ser alterados, da subsunção para a ponderação.

E avança para defender que o ideal formal de segurança jurídica do antigo modelo deve também ser revisitado. A segurança jurídica é alcançada pela necessidade de fundamentação das decisões judiciais e, principalmente, pela tarefa da doutrina jurídica em refinar os conceitos e a definição dos princípios. Para a professora, “são os estudos doutrinários que contribuem sobremaneira para a construção dessa nova segurança jurídica – menos formal e mecânica, é verdade, porém mais dialógica e verdadeira.”⁵¹⁰

Niklas Luhmann também defende que se o direito dos juízes é uma fonte especial do Direito, deve-se admitir, da mesma maneira, que essa fonte somente pode ser apreendida integralmente, na forma de argumentação racional, e assim canalizada de forma disciplinada, quando também parte da contribuição dos juristas para uma maior racionalidade das decisões judiciais.⁵¹¹

No final de toda essa mudança de enfrentamento dos novos paradigmas da pós-modernidade e para que haja segurança jurídica na atuação jurisdicional, é preciso que haja uma profunda mudança de mentalidade entre os juízes brasileiros para que migrem da antiga concepção do livre convencimento motivado para uma perspectiva da indispensabilidade do diálogo e da harmonização entre as posições divergentes, com uma maior disposição ao aprendizado e con-

⁵¹⁰ Bodin de Moraes, *Na medida da pessoa humana*, p. 68.

⁵¹¹ Luhmann, *A posição dos tribunais do sistema jurídico*, p. 168.

sequente ajuste dos posicionamentos pessoais, tudo de modo a alcançar uma síntese comum entre os conflitos interpretativos dos problemas atuais.

Com frequência verifica-se nos julgamentos dos órgãos colegiados a existência de posições antagônicas que não são colocadas em cheque, testadas e dialogadas construtivamente na busca de uma posição harmonizadora intermediária, mas, geralmente, opta-se pela votação meramente numérica para buscar a solução do caso concreto, por maioria de votos, substituindo a democracia judicial material pela meramente formal. A opção é por uma cultura do “data vênha”, no sentido de que os votos divergentes não são colocados em discussão aprofundada, as suas premissas não são questionadas, mas apenas ressalva-se que discorda da posição contrária, “com todo o respeito”, para culminar com a indesejada votação numérica.

Ao contrário de uma disposição ao debate aprofundado, ao confronto de teses, ainda, entre nós, o debate jurisprudencial crítico é visto como desrespeitoso ao entendimento contrário, por mais questionável que ele possa ser juridicamente. Também é comum a jurisprudência rejeitar as críticas da doutrina⁵¹², as invés de incorporá-las, mesmo que seja para rebatê-las e fortalecer a sua própria posição.

Adotando-se todos os mecanismos de diálogo material entre as posições divergentes, proporcionando uma participação cooperativa das partes e de terceiros, em contraditório substancial, vedando-se decisões surpresa e com um procedimento que permita aos litigantes influírem na decisão, do que deriva a obrigação de o juiz enfrentar todos os argumentos das partes, com muito mais razão quando estiver no exercício da jurisdição constitucional e manipulando com direitos fundamentais, bem como o juiz atendendo as (pré)ponderações legislativas e os precedentes judiciais, haverá segurança jurídica e legitimação das decisões judiciais no ambiente flexível da pós-modernidade, ainda que a solução do processo não encontre equivalência na legislação ordinária.

512 “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.” (STJ – 1ª Seção – AgRg nos EREsp 319.997/SC – Red. p/ Ac. Min. Humberto Gomes de Barros – DJ 07.04.2003).

Capítulo VII

Revisão Crítica da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho

O Tribunal Superior do Trabalho tem recorrido cada vez mais aos direitos fundamentais para argumentar e decidir os diversos casos em que novos problemas são levados à sua apreciação. A partir da premissa que os tribunais encontram-se no centro do sistema jurídico, cujas decisões passam a servir como fonte do direito e os precedentes vinculam as suas próprias decisões e das demais instâncias, passa a ser relevante realizar uma revisão crítica da jurisprudência superior trabalhista, de modo a verificar o acerto das decisões e extrair a sua *ratio decidendi*, tanto para fins de crítica acadêmica, como para o melhor enquadramento dos casos sob apreciação judicial trabalhista ou mesmo para apontar a necessidade de revisão das decisões que funcionam como precedentes (*overruling*), aplicando-se, a partir de exemplos da prática jurisprudencial, os conceitos teóricos desenvolvidos ao longo da tese.

7.1. Tratamento discriminatório

O art. 7º, I, da Constituição de 1988 garante aos trabalhadores o direito à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos, cuja disposição ainda não foi genericamente regulamentada. Em razão da mora legislativa, tanto a jurisprudência quanto a doutrina mais tradicional, entendem que há no Brasil um direito empresarial potestativo de rescindir imotivadamente os contratos de emprego, ressalvando as garantias legais para algumas situações e as estabilidades, como gestantes, dirigentes sindicais, acidentados etc.

Contudo, realizando uma leitura do direito potestativo de dispensa à luz do princípio da não-discriminação (arts. 5º, *caput*, e 7º, XXX, XXXI e XXXII, todos da Constituição), o legislador ordinário restringiu o direito potestativo de dispensa ao vedar qualquer conduta discriminatória e limitativa para efeito de

manutenção da relação de emprego, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas as hipóteses legais de proteção do menor, conforme art. 1º da Lei n. 9.029 de 1995. A mesma legislação prevê que o rompimento do pacto por ato discriminatório, além do direito à reparação por dano moral, garante o direito de readmissão ou a percepção em dobro do período do afastamento.

A questão que se coloca à apreciação jurisprudencial é acerca do direito de o empregador rescindir de forma imotivada o contrato de trabalho do empregado portador de doença grave, rescisão ocorrida geralmente após a alta previdenciária e retorno ao trabalho. A legislação ordinária não dá uma resposta para a hipótese, na medida em que não há na Lei n. 9.029 de 1995 vedação expressa de dispensa em razão da condição de saúde do trabalhador. Na ausência de incidência normativa da legislação ordinária, o Tribunal Superior do Trabalho começou a julgar incidindo de forma direta e horizontal o direito humano e fundamental à não-discriminação.

O primeiro caso analisado refere-se ao fato de um empregado portador do vírus HIV que foi dispensado injustificadamente do emprego logo após a ciência pelo empregador da sua condição de saúde, mas sem motivação técnica comprovada, cuja dispensa ocorreu em agosto de 1993 no Estado de São Paulo.

O Tribunal paulista rechaçou a argumentação do operário ao fundamento de que na época da rescisão inexistia no direito positivo do trabalho norma jurídica que assegurasse estabilidade aos portadores de HIV e, por isso, direito a declaração de nulidade da dispensa e conseqüente reintegração. Acrescentou o tribunal local que “ainda que se leve em conta o aspecto humano e social, as empresas de modo algum estão obrigadas legalmente a garantirem emprego e salários aos doentes que não se enquadram na legislação própria.”

O recurso de revista do trabalhador foi admitido e provido pela 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, a qual anotou que, não obstante a falta de normas legais ou convencionais na época da dispensa que garantiriam a reintegração de trabalhador afetado pelo vírus HIV, a situação deveria ser julgada a luz da dignidade da pessoa humana e do solidarismo, diante de sua singularidade. Fundamentando em ambos os princípios constitucionais – aplicados diretamente ao caso, mas sem nenhuma argumentação analítica acerca da eficácia horizontal – a turma determinou a reintegração do trabalhador, com o pagamento dos salários vencidos e vincendos, devendo a empresa também auxiliá-lo para

que recebesse benefício previdenciário por doença, com a consequente suspensão do contrato de trabalho.⁵¹³

Da decisão turmária, o empregador recorreu à Subseção Especializada em Dissídios Individuais, reavivando o argumento principal de que as variadas hipóteses de estabilidades trabalhistas encontram-se expressamente catalogadas na Constituição Federal, ADCT e na legislação ordinária especializada, de modo que “o respeito ao Estado de Direito e dignidade da pessoa humana não é fundamento legal/constitucional para conceder estabilidade no emprego de portador de vírus HIV.”, cuja decisão recorrida, segundo a sua posição defendida no recurso, estaria violando inclusive o princípio constitucional da legalidade.

A seção uniformizadora reconheceu as premissas fático-jurídicas de que na época da dispensa o trabalhador já aparentava alguns sintomas do HIV, a ciência do seu empregador quanto à sua condição de saúde e a inexistência de estabilidade na legislação ordinária, contudo, aprofundando a invocação da dignidade da pessoa humana feita pela decisão recorrida, iniciou sua fundamentação dizendo que não deveria apenas fazer uma análise estrita das hipóteses de estabilidades previstas em lei, mas o debate reclamava um exame complexo de todos os princípios que regem o ordenamento jurídico. E a dignidade da pessoa humana constitui princípio basilar que exige observância obrigatória, sob pena de se negar validade à própria Constituição brasileira.

Também a decisão invocou o direito fundamental à não-discriminação, previsto tanto em diversos dispositivos da nossa Constituição de 1988, como nas normas internacionais, a propósito as Convenções 111 e 117 da OIT, a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento de 1998, e a Declaração Conjunta OMS/OIT, de 26.06.1988, que estabeleceu princípios de proteção à dignidade dos portadores do vírus HIV.

E concluiu que a dispensa sem motivação, logo após a ciência pela ré do estado de saúde do trabalhador, ainda mais quando a enfermidade não gerava qualquer limitação ao desempenho da função, foi discriminatória e, portanto, nula.

Segundo a conclusão da decisão, não se trata, pois, de criar uma espécie de estabilidade aos portadores de doenças graves, como se verifica com a AIDS, porém, apenas, em consonância com o cenário mundial, reprender condutas

513 TST – 3ª Turma – RR 439041-20.1998.5.02.5555 – Rel. Juiz Conv. Carlos Francisco Berardo – DJ 10.08.2001.

discriminatórias que, iniludivelmente, contrastam com os próprios princípios e objetivos fundamentais em que encontra assento a República Federativa do Brasil, tanto é que o acórdão avançou para dizer que eventual dispensa, fundamentada, do portador do vírus HIV poderia ocorrer, inclusive por justa causa, mas não de forma arbitrária e por mera discriminação.⁵¹⁴

O segundo caso sob revisão trata da situação de discriminação racial e violação da dignidade humana do trabalhador em razão da utilização de expressões depreciativas pelo seu superior hierárquico durante a execução do contrato.⁵¹⁵

O acórdão definiu inicialmente o conceito de dano moral pela perspectiva objetiva, enquanto violação dos direitos da personalidade do empregado, mas no curso da fundamentação também adotou a posição subjetivista, quando reconheceu que “o tratamento desrespeitoso e indigno dispensado ao reclamante constrangeu-o e humilhou-o decerto, provocando-lhe profunda dor na alma.”

Houve também identificação dos direitos fundamentais e internacionais à não-discriminação e proteção da dignidade humana, conforme diversos artigos da nossa Constituição e de tratados ratificados, aos quais foi reconhecida a eficácia horizontal nas relações de trabalho, de forma implícita, quando o julgador apontou que “esse princípio alcança não só o legislador e o intérprete da lei, mas também o próprio particular, que não poderá, assim, adotar condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas.”

Na conclusão, a turma foi contundente ao afirmar que “está claro que no caso ora submetido a julgamento constatou-se a emissão de vocativos de cunho explicitamente racista e de conteúdo depreciativo, dirigidos a empregado negro por chefe imediato, o que traduz ato injurioso, ofensivo da dignidade da pessoa humana” e, fundamentada nessa premissa, manteve a indenização por danos morais.

A decisão merece ser aplaudida em todos os seus aspectos, mormente na adoção do conceito de dano moral enquanto violação da dignidade humana e dos direitos da personalidade, no reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais e internacionais nas relações de trabalho, quanto ao primeiro grupo, independente de intermediação legislativa, bem como mantendo a condenação na indenização por danos morais diante da violação frontal dos citados direitos do trabalhador.

514 TST – SBDII – E-RR 439041-20.1998.5.02.5555 – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJ 23.05.2003.

515 TST – 1ª Turma – RR 101100-94.2001.5.04.0561 – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJ 26.08.2005.

Uma terceira decisão que merece referência é a do empregado portador de cardiopatia grave de origem hereditária que poderia causar-lhe morte súbita. Os superiores hierárquicos sabiam de sua condição de saúde e optaram pela dispensa sem justa causa. Nas instâncias ordinárias, a dispensa foi tida como discriminatória e o empregado foi reintegrado. Nas razões de recurso ao Tribunal Superior, a tese defendida pela recorrente é a da inexistência de estabilidade legal e que a decisão originária violou o princípio constitucional da legalidade.

O acórdão não adentrou na discussão de fundo e, invocando precedentes de situações fáticas diferentes (portador do vírus HIV e câncer), considerou que a dispensa foi discriminatória por não ter o empregador comprovado motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro para a dispensa.⁵¹⁶

A crítica que lançamos ao acórdão se dá quanto à forma flexível que invocou e aplicou precedentes para a sua tomada de decisão, sem a observância de que as razões de fato entre o precedente e o caso em julgamento são distintas, o que também se deu com outra decisão do ano de 2010 que estendeu o raciocínio para o caso de empregada que desenvolveu câncer⁵¹⁷, recordando que o primeiro precedente sobre a matéria foi formado em volta da situação fática de HIV positivo.

Mais recentemente, a 3ª Turma da Corte enfrentou o julgamento do caso de um empregado portador de doença psiquiátrica (esquizofrenia) que requereu a declaração de nulidade da dispensa e a reintegração ao emprego, argumentando a atitude discriminatória do empregador, na medida em que foi dispensado sem motivo aparente, logo após o retorno de uma licença médica.⁵¹⁸

O fato ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul e tanto a sentença como o Tribunal gaúcho acolheram os pedidos do trabalhador. A empresa recorreu ao TST ao argumento de que não há amparo legal para a reintegração do reclamante, bem como sequer o empregado havia provado qualquer ato discriminatório.

O acórdão construiu sua argumentação em torno do direito potestativo de dispensa sem justa causa que o empregador possui no país, contudo referido direito não é absoluto e pode ser conformado pelas estabilidades previstas em lei, pelos direitos fundamentais, nomeadamente os princípios da não-discrimi-

516 TST – 1ª Turma – RR 18900-65.2003.5.15.0072 – Rel. Min. Vieira de Mello Filho – DEJT 06.08.2010.

517 TST – 5ª Turma – RR 171300-82.2005.5.02.0031 – Rel. Min. Brito Pereira – DEJT 15.10.2010.

518 TST – 3ª Turma – RR 105500-32.2008.5.04.0101 – Redª. Desigª. Minª. Rosa Weber – DEJT 05.08.2011.

nação, dignidade da pessoa humana, função social da propriedade e da empresa e o direito à saúde. Na esfera internacional, as Convenções n. 111 e 117 da OIT, ratificadas entre nós, também preveem a vedação de discriminação nos contratos de trabalho.

Foi adotada expressamente na decisão a tese de que “Todo o arcabouço jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, outrossim, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico.”

Também a decisão socorreu-se do instituto do abuso de direito do artigo 187 do Código Civil para apontar o ato de rescisão contratual como ilícito, visto que violou os fins sociais e a boa-fé objetiva.

Na perspectiva processual – e para atacar um dos argumentos do recurso da empregadora – concluiu-se que diante do princípio da aptidão para a prova, era admissível a inversão do ônus probatório, com presunção relativa de discriminação, incumbindo à defesa a prova de que havia razão justificada para a dispensa.

A partir desses precedentes, a jurisprudência do Tribunal firmou-se no sentido de que se presume discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, tendo direito à reintegração no emprego (Súmula 443 do TST, de 25.09.2012), incumbindo ao empregador a prova de que a dispensa se deu por motivos disciplinares, técnicos ou econômicos, quando será considerada a rescisão válida.

Após a edição da súmula e mais recentemente, o Tribunal Superior julgou o caso de uma empregada que desenvolveu doença grave (câncer no colo do útero), sem nexos algum com o trabalho, tendo se afastado para tratamento de saúde e com suspensão do contrato em razão de benefício previdenciário. Também ficou provado que o empregador teve ciência do diagnóstico e, após a sua convalescença e alta previdenciária, foi surpreendida no primeiro dia de retorno ao trabalho com a notícia da dispensa sem justa causa.⁵¹⁹

O Tribunal Regional do Trabalho do Paraná deu razão ao empregador, sob o fundamento de que a autora não comprovou nos autos que a sua dispensa foi discriminatória, nada obstante seja incontroverso que o empregador teve ciência do diagnóstico e de que dispensou a autora no primeiro dia de retorno ao trabalho. O Tribunal paranaense avançou para apontar que, nada obstante a

519 TST – 2ª Turma – RR 1269-50.2011.5.09.0863 – Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DEJT 27.11.2015.

posição da súmula 443 do TST, o câncer no colo do útero não pode ser enquadrado como doença grave que revele estigma ou preconceito.

Já o Tribunal Superior do Trabalho, aplicando sua jurisprudência sumular, distinguiu as hipóteses de garantia provisória no emprego – quando a dispensa é vedada – dos casos em que, nada obstante seja autorizada a dispensa, os princípios constitucionais e as normas internacionais autorizam a presunção de discriminação, com a inversão do ônus da prova quanto aos motivos justificados da rescisão, com muito mais razão no caso em julgamento no qual estava provado que a dispensa ocorreu no dia posterior ao retorno da licença médica, estando a empregada apta para retomar à sua função originária, sem nenhum tipo de limitação. Houve expresse reconhecimento de violação direta do artigo 1º, III e IV, da Constituição pelo acórdão Regional, tendo o Tribunal Superior sinalizado pela adoção da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. Ao final, o acórdão do TST reformou a decisão regional para determinar a reintegração ao emprego e a condenação da empregadora em indenização por danos morais.

Em todas as decisões inventariadas percebe-se que o Tribunal Superior do Trabalho interpretou e aplicou corretamente os direitos humanos e fundamentais nas relações de trabalho, reconhecendo que a tarefa principal de mediar a eficácia desses direitos é do legislador ordinário, o que foi feito pelas hipóteses de garantia de emprego dispostas no ordenamento, mormente na Lei 9.029 de 1995, quando a presunção de discriminação é absoluta. No entanto, a inexistência de estabilidade prevista na legislação ordinária não autoriza que o empregador rescinda o contrato de forma discriminatória, notadamente em relação ao estado de saúde do obreiro, embora fisicamente esteja apto ao trabalho, justamente porque o sistema jurídico trabalhista vai muito além da legislação ordinária brasileira, integrando-o, também, os direitos humanos previstos nos tratados internacionais e os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, os quais incidem de forma direta e horizontal nas relações de trabalho contemporâneas.

Da necessidade de respeito aos direitos fundamentais, para além da lei ordinária, andou bem o Tribunal Superior do Trabalho ao divisar que as hipóteses expressas de estabilidade ou discriminação configuram uma presunção absoluta de ilicitude, mas a violação do direito fundamental à não-discriminação gera uma presunção relativa de conduta empresarial ilícita, autorizando o magistrado, no caso concreto, a inverter o ônus da prova. Acrescentamos nós, à luz do

CPC de 2015, que o juiz do trabalho deverá presumir relativamente a discriminação nos casos de dispensa de trabalhador sem justificativa após a ciência de seu estado de saúde ou logo após retorno de licença médica, contudo dever-se-á advertir o empregador do seu ônus de provar os motivos técnicos, econômicos ou disciplinares, permitindo-lhe desincumbir-se de seu ônus durante a fase probatória do processo, de modo a vedar as decisões surpresa em que apenas quando da prolação da sentença é que a parte fica sabendo que o juiz inverteu o ônus da prova e lhe imputou uma consequência.

Um bom exemplo é a decisão do ano de 2015 na qual a trabalhadora do Estado de São Paulo comprovou nos autos que desenvolveu tuberculose, sem nexo com as condições de trabalho, tendo o empregador tomado ciência da sua condição de saúde, tendo-a dispensado enquanto ainda estava doente (tratamento), mas apta para a sua função. Alegou que foi dispensada de forma discriminatória, entretanto a defesa comprovou nos autos que após a ciência empresarial da doença, a autora trabalhou normalmente durante seis anos, não podendo falar no caso em presunção de dispensa discriminatória. O Tribunal Superior do Trabalho, considerando o lapso de tempo da ciência da condição de saúde até a dispensa imotivada, julgou que não havia presunção de discriminação, por corolário rejeitou os pedidos da autora.⁵²⁰

A posição jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, além de estar afinada aos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil internalizou e aos direitos fundamentais, também caminha na mesma direção das legislações mais modernas dos países democráticos, a exemplo da França.

O Capítulo II do Código do Trabalho francês enuncia o princípio da não-discriminação, em cujos artigos indica quais as situações-tipo mais comuns em que o tratamento discriminatório ocorre. Na perspectiva processual, avança por meio do artigo L 1132-3-3, que foi alterado recentemente pela Lei 1.117 de 06.12.2013, para prever que em caso de litígio acerca do tema da discriminação, caso o trabalhador apresente fatos dos quais se possa presumir o tratamento discriminatório, deverá o empregador provar que a sua decisão foi justificada por elementos objetivos, com a inversão do ônus da prova, inclu-

520 TST – 7ª Turma – RR 65800-46.2009.5.02.0044 – Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues – DEJT 04.12.2015.

sive determinando que o magistrado tome todas as medidas de investigação que considere necessárias.⁵²¹

Alain Supiot assinala que a igualdade é um princípio constitucional que proíbe tomar em conta certas características da pessoa, tais como a origem, raça, sexo, religião, seus costumes, orientação sexual, idade, situação familiar, gravidez, características genéticas, opiniões políticas, atividades sindicais, aparência física, estado de saúde ou limitações físicas (a menos que o médico do trabalho tenha constatado sua incapacidade), com exceção das medidas legais que dizem respeito à idade e as medidas temporárias de igualdade substancial (ações afirmativas). A proibição de discriminação se aplica a todos os aspectos da relação de trabalho, desde a contratação até a dispensa ou aposentadoria.⁵²²

A discriminação pode ser direta, mas também pode ser indireta, quando uma prática – em aparência, neutra – produz como resultado objetivo o tratamento desigual de uma pessoa ou categoria de trabalhadores, quando surge em apoio a uma presunção relativa de discriminação para os casos velados ou indiretos.

Acrescenta Supiot que o direito comunitário tem contribuído muito a impor uma interpretação extensiva da igualdade entre homens e mulheres, o que conduz a erradicação de todas as formas de discriminação. A legislação francesa também mostrou o caminho de um regime de prova que dá certa credibilidade a luta contra os atos de discriminação, visto que a partir do

521 “Article L1132-3-3. (...) En cas de litige relatif à l'application du premier alinéa, dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.”

522 “Article L1132-1. Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap.”

momento em que um assalariado alega a existência de uma discriminação, o empregador deve demonstrar, por meio de elementos objetivos que afaste qualquer traço de diferenciação injusta, que a sua decisão está fundamentada em critérios concretos e objetivos.⁵²³

7.2. Monitoramento das comunicações do trabalhador

Com o desenvolvimento da tecnologia e a sua recepção como ferramenta de trabalho, um dos problemas mais atuais é definir qual o limite do poder diretivo do empregador em relação à fiscalização do uso correto dos meios disponíveis aos trabalhadores, inclusive quanto ao conteúdo, como nos casos do e-mail, telefone, comunicadores instantâneos etc. O problema se agrava ao não haver previsão na legislação trabalhista brasileira que imponha requisitos para balizar o conflito entre o direito fundamental da intimidade do trabalhador e a proteção da propriedade do empregador, indicando uma solução conciliadora que já tenha sido (pré)ponderada legislativamente e que seja clara às partes integrantes da relação de trabalho.

O primeiro precedente do Tribunal Superior do Trabalho quanto ao tema do monitoramento das comunicações dos trabalhadores é do ano de 2005⁵²⁴, ao enfrentar o caso de um empregado que enviou para colega de trabalho mensagem com conteúdo pornográfico, utilizando-se do e-mail corporativo, tendo o empregador acessado o conteúdo da mensagem, verificado a incontinência de conduta e depois o dispensado por justa causa. O empregado recorreu ao Judiciário argumentando que a prova obtida, a partir da violação da correspondência, era ilícita, decorrendo, para ele, o direito de reversão da justa causa e o recebimento das verbas rescisórias clássicas para a modalidade de dispensa sem justo motivo.

O acórdão inicia tentando definir a natureza jurídica do e-mail. Para os julgadores, esse se distingue das correspondências postais, sendo apenas um meio de comunicação contemporâneo, substituindo as comunicações em meio físico. Avançaram para divisar o e-mail corporativo ou empresarial do e-mail pessoal, para dessa distinção afirmarem que:

523 Supiot, *El derecho del trabajo*, p. 80/81.

524 TST – 1ª Turma – RR 61300-23.2000.5.10.0013 – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJ 10.06.2005.

No caso de e-mail particular ou pessoal do empregado — em provedor próprio deste, ainda que acessado louvando-se do terminal de computador do empregador — ninguém pode exercer controle algum de conteúdo das mensagens porquanto a Constituição Federal assegura a todo cidadão não apenas o direito à privacidade e à intimidade como também o sigilo de correspondência, o que alcança qualquer forma de comunicação pessoal, ainda que virtual. É, portanto, inviolável e sagrada a comunicação de dados em e-mail particular.

Contudo, contrariando a própria premissa fixada de que as comunicações digitais, inclusive pelo e-mail, estão inseridas na proteção constitucional do sigilo de correspondência, enquanto uma de suas modalidades, o acórdão — a partir do juízo pessoal do Ministro Relator — passa a justificar a possibilidade de monitoramento formal (quantidade, horários de expedição, destinatários etc.), bem como material (de conteúdo) sobre o correio eletrônico de uso do trabalhador, sob o argumento de que o e-mail profissional é uma ferramenta de trabalho, cujo conteúdo não pode ficar a salvo da fiscalização empresarial, inclusive porque o empregador pode responder civilmente perante terceiros pela utilização indevida do e-mail corporativo.

O acórdão, também, faz uma analogia do e-mail empresarial com uma correspondência em papel timbrado da empresa, a qual não estaria logicamente a salvo da fiscalização patronal. O núcleo da fundamentação que autoriza a devassa é representado pela seguinte passagem:

Em meu entender, o e-mail corporativo não desfruta da mesma proteção outorgada à correspondência de natureza pessoal. É simples instrumento de trabalho, que o Empregador confia ao Empregado para auxiliá-lo no desempenho de suas atividades laborais. Penso, por conseguinte, que se o e-mail corporativo pertence à Reclamada, se é instrumento de trabalho, se não existe expectativa de privacidade com relação às mensagens enviadas, pode o Empregador monitorar a atividade do Empregado, no horário de trabalho. Bem se compreende que assim seja porquanto as mensagens eletrônicas trafegam pelo sistema operacional do Empregador exclusivamente para fins corporativos, como ferramenta de trabalho. Por isso, sem a proteção do sigilo pessoal de correspondência.

Uma louvável postura do Relator foi, ao se reconhecer a inexistência de regramento legislativo quanto ao tema entre nós, avançar para fazer um estudo de

direito comparado. Referiu-se a uma lei britânica do ano 2000 que permite aos empregadores monitorar as correspondências eletrônicas e telefonemas dos seus empregados, bem como fez remissão aos diversos julgados norte-americanos que admitem a possibilidade de monitoramento do e-mail corporativo.

A nossa crítica ao estudo de direito comparado realizado pelo Tribunal Superior do Trabalho é apenas em relação à escolha dos países que serviram de fonte para a comparação. Conforme já assentado no Capítulo II, tópico 6, o primeiro pressuposto para a boa utilização da jurisprudência estrangeira é verificar a conexão histórica entre o país que vai utilizar a decisão estrangeira e o país de sua origem, para que se identifiquem traços comuns no modo de vida e na formação jurídica de ambos, inclusive é importante detectar proximidade das instituições constitucionais, quanto aos regimes políticos vigentes. Em palavras outras, o reforço argumentativo da decisão externa é tanto mais intenso quanto maior houver sido o relacionamento com o Estado de onde provém a decisão. Outro pressuposto importante a verificar, também, é a similaridade entre os sistemas jurídicos dos dois países, se da família do *commom law* ou de *civil law*.

A questão é que a nossa formação jurídica brasileira não guarda relação próxima com as realidades britânica e norte-americana, cujos sistemas jurídicos são bastante diversos do nosso, principalmente porque nas constituições de ambos não há previsão expressa de confidencialidade das comunicações, como há entre nós. Significa que tanto o legislador ordinário britânico quanto os julgadores americanos não enfrentam a garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações, caso em que, se houvesse nas constituições dos referidos Estados, as decisões deveriam ser outras. Ao menos, haveria um pesado ônus argumentativo que precisaria ser desincumbido por aqueles que defendem o monitoramento do e-mail corporativo.

Ao justificar a sua tomada de posição de acordo com as suas percepções pessoais, externadas na fundamentação, e depois buscar reforço de argumentação em decisões estrangeiras oriundas de sistemas jurídicos muito diferentes do nosso em relação ao tema, correu-se o risco de verificação de uma arbitrariedade judicial, na medida em que os magistrados profiram sua decisão e, depois, para justificá-la, teriam um catálogo amplo de decisões estrangeiras para procurar autolegitimarem-se, cujas decisões podem ser oriundas de realidades muito díspares da vivenciada no país receptor, como é o caso do tema da correspondência eletrônica.

Outra louvável postura do Tribunal Superior do Trabalho no julgado em revisão foi reconhecer a força normativa dos princípios, que não ostentam eficácia absoluta, derivando disso a possibilidade de restrição por juízo de proporcionalidade. Também se reconheceu que há – ao lado dos direitos fundamentais que fomentam interesses dos trabalhadores – outros direitos fundamentais que são extensíveis e fomentam interesses empresariais, como o direito de imagem.

Apesar de todas as loas que merece a decisão que há mais de dez anos reconheceu a força normativa dos princípios, a titularidade de direitos fundamentais também ao empregador e a possibilidade de sua restrição, de parte a parte, de forma proporcional, o equívoco pontual foi realizar uma nova ponderação onde o legislador constitucional já havia feito. Assentimos com a premissa que o direito de intimidade e de inviolabilidade das comunicações não é absoluto, mas a questão é que já há um resultado de ponderação oferecido pelo próprio legislador, ao admitir que as comunicações sejam devassadas, com autorização judicial, mas apenas para fins de investigação e instrução processual penal. Ao realizar um novo juízo de ponderação, elidindo a possibilidade de acesso ao conteúdo das comunicações dos cidadãos-trabalhadores em hipóteses alheias à investigação criminal, o Poder Judiciário converte-se em legislador positivo e subverte a modulação dos direitos fundamentais realizada pelo próprio constituinte, representante legitimado pela vontade popular.

Alguns anos depois, o Tribunal Superior do Trabalho analisou o caso do empregado que teve o conteúdo das mensagens do e-mail corporativo fiscalizado pelo seu superior hierárquico também ao argumento de suspeita de transmissão de pornografia e piadas.⁵²⁵ Em razão da violação do conteúdo do e-mail, o trabalhador pleiteou indenização por danos morais por agressão da sua intimidade, cuja decisão de segunda instância havia rejeitado a pretensão, sob o fundamento de que apenas o e-mail pessoal goza da proteção legal e constitucional da inviolabilidade.

A Corte Superior negou provimento ao recurso de revista sob o mesmo fundamento do Tribunal Regional de que o e-mail corporativo não é alcançado pela proteção constitucional do sigilo de comunicação.

O núcleo da fundamentação do TST foi que o art. 5º, XII, da Constituição garante a inviolabilidade do sigilo de correspondência e da comunicação de da-

525 TST – 7ª Turma – RR 996100-34.2004.5.09.0015 – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DEJT 20.02.2009.

dos, tendo como objetivo final preservar o sigilo diante de terceiros. Contudo, na visão do Tribunal, como o e-mail corporativo era de propriedade da empresa, não há falar em violação do sigilo de correspondência pela própria empregadora, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela.

Assim, se o “e-mail” é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em “e-mail” corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema “gmail” do Google, de acesso universal. Portanto, não há dano moral a ser indenizado, em se tratando de verificação, por parte da empresa, do conteúdo do correio eletrônico do empregado, quando corporativo, havendo suspeita de divulgação de material pornográfico, como no caso dos autos.

Uma terceira decisão do ano de 2012⁵²⁶ enfrentou o caso do trabalhador que recebeu em comodato um computador da empregadora para utilização como ferramenta de trabalho, além de ter-lhe sido disponibilizado um armário privativo no estabelecimento para guardar os pertences pessoais. É incontroverso nos autos que durante uma viagem de trabalho – ainda durante o desenvolvimento dos contratos de trabalho e de comodato – o empregador determinou a abertura do armário por um chaveiro profissional, sem ciência ou consentimento do trabalhador, retirando do local o computador, tendo posteriormente violado a sua correspondência pessoal de e-mail instalado no equipamento.

O acórdão, a partir dos argumentos do primeiro precedente do ano 2005, dividiu o e-mail corporativo do e-mail pessoal, concluindo que este último goza da proteção constitucional de inviolabilidade. A Corte avançou para reconhecer dano moral pela violação direta dos direitos da personalidade do trabalhador, mormente a sua intimidade, tanto pelo arrombamento do armário quanto pela violação do e-mail de uso pessoal que estava instalado no computador portátil da empresa.

526 TST – 2ª Turma – RR 183240-61.2003.5.05.0021 – Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DEJT 14.09.2012.

Passados mais dois anos, o TST julgou o caso de uma trabalhadora que foi dispensada por justa causa (mau procedimento) pelo fato de ter utilizado o e-mail corporativo para o envio de mensagens pessoais.⁵²⁷ Ficou provado nos autos que “a reclamante não acessou sites pornográficos, de conteúdo fútil ou preconceituoso, que pudessem abalar a imagem da empresa.”, bem como que não havia nenhuma norma interna que houvesse cientificado a trabalhadora da possibilidade de acesso do conteúdo das mensagens trocadas pelo e-mail corporativo. O Tribunal Superior manteve a decisão regional de anular a justa causa e condenar a empregadora no pagamento de indenização por dano moral, diante da violação da intimidade.

Também após divisar o e-mail pessoal do corporativo para fins do alcance da proteção de sua inviolabilidade, na linha do primeiro precedente, o decisivo para essa quarta decisão revisada foi o fato de o empregador não ter cientificado, com antecedência, a trabalhadora da possibilidade de monitoramento do conteúdo das suas mensagens trocadas pelo e-mail corporativo.

A partir da posição sedimentada pelo TST desde o ano de 2005, ao fazer a diferenciação entre e-mail corporativo e particular, a doutrina trabalhista também adotou a mesma distinção para validar a devassa nas comunicações profissionais dos trabalhadores, quando da utilização do e-mail profissional. Ivan José Tessaro defende que o direito à intimidade não se manifesta no contexto de monitoramento do e-mail, bem como a privacidade vincula-se à proteção do espaço eminentemente particular do indivíduo e a não divulgação dos fatos que ele quer manter restritos ao seu âmbito familiar, ao círculo de amizades íntimas, às relações afetivas etc., podendo-se concluir que as mensagens que transitam via e-mail corporativo não devem contar com tal proteção, porquanto sendo um instrumento de trabalho forjado para servir de canal de comunicação profissional, é impossível estabelecer qualquer tipo de conexão entre seu uso e a vida privada do empregado.⁵²⁸

Em relação ao tema da inviolabilidade das comunicações, observamos que a previsão constitucional brasileira de 1988 de proteção das comunicações⁵²⁹

527 TST – 3ª Turma – AIRR 51-85.2012.5.02.0203 – Relª. Desª. Conv. Vania Abensur – DEJT 22.08.2014.

528 Tessaro, Limites do poder diretivo, p. 131.

529 Art. 5º, XII. É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

foi inspirada na Constituição portuguesa de 1976⁵³⁰, razão pela qual é relevante ao juiz brasileiro tomar conhecimento de como o mesmo tema da proteção do sigilo das comunicações dos trabalhadores é tratado pela legislação ordinária, doutrina e tribunais portugueses, na exata medida em que é o sistema de direito comparado que mais subsídios podem fornecer na argumentação, justamente pela proximidade cultural e legislativa entre os dois ordenamentos.

O Tribunal da Relação de Lisboa apreciou o caso em que o empregador, a despeito de fiscalização do conteúdo das mensagens para proteção dos interesses empresariais, acessou o conteúdo da comunicação trocada por seus empregados pelo *Messenger* instalado no computador de propriedade dela.⁵³¹

Os fatos incontroversos são que uma escriturária foi dispensada por justa causa após a sua gerente solicitar a um colega, estranho à conversa, que acesse o servidor central da empresa e retirasse as conversas que estavam armazenadas, entre a autora do processo, seu namorado e colegas de trabalho, em cujos diálogos falavam mal da própria gerente. A empregadora não comprovou que havia ordem expressa proibindo ou mesmo regulando a utilização dos meios informáticos e, especificamente, de programas de comunicação instantânea.

A decisão lusa começou definindo a natureza jurídica do *Messenger* como um programa de mensagens instantâneas criado para que um usuário da internet se relacione com outro que tenha o mesmo programa, em tempo real, podendo ter uma lista de amigos virtuais e acompanhar quando eles entram e saem da rede, tendo a mesma natureza jurídica de uma conversa telefônica ou uma carta.

A segunda premissa foi definir qual a sua proteção jurídica. Os julgadores concluíram que estava a conversa do *Messenger* protegida pelas disposições dos artigos 18, 26 e 34 da Constituição portuguesa, somente podendo ser interceptada nos casos previstos no Código de Processo Penal, a saber, na suspeita séria de prática de um crime, no âmbito de uma investigação ou com autorização de titular de órgão de soberania, diante da recusa do titular do instrumento de comunicação.

530 Art. 34. 1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis. (...) 4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

531 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa – Processo 24163/09.0T2SNT.L1-4 – Rel. Cons. José Eduardo Sapateiro – Votação unânime – Acórdão publicado em 07.03.2012.

Não sendo o caso das exceções de direito criminal, a decisão remeteu ao art. 22º do Código do Trabalho que permite que o empregador estabeleça regras de utilização dos meios de comunicação de propriedade da empresa, entretanto veda o acesso ao conteúdo das mesmas mensagens, de modo a buscar um equilíbrio entre a liberdade de gestão do empregador e a tutela da confidencialidade.⁵³²

Comentando o artigo 22 do Código do Trabalho português, Guilherme Machado Dray ensina que:

São proscritas ao empregador intrusões ao conteúdo das mensagens de natureza não profissional que o trabalhador envie, receba ou consulte a partir ou no local do trabalho, independentemente da forma que as mesmas revistam. Assim, tanto é protegida a confidencialidade das tradicionais cartas missivas, como a das informações enviadas ou recebidas através da utilização de tecnologias de informação e de comunicação, nomeadamente de correio electrónico. (...) Neste contexto, retira-se do preceito sob anotação que o empregador ou quem o represente não pode aceder a mensagens de natureza pessoal que constem da caixa de correio electrónico do trabalhador. A visualização de tais mensagens, que apenas se justifica em casos esporádicos, deve ser feita na presença do trabalhador ou de quem o represente e deve limitar-se à visualização do endereço do destinatário ou remetente da mensagem, do assunto, data e hora do envio.⁵³³

A partir dessas premissas, avança a decisão para dizer que o empregador teria o direito de regular a instalação e o acesso ao *Messenger* no computador da empresa, mas não poderia, a qualquer pretexto, acessar o conteúdo das mensagens trocadas. O núcleo da fundamentação do acórdão resume-se no seguinte trecho:

Face à inexistência de qualquer regulamentação prévia para a utilização pessoal e profissional da Internet por parte dos trabalhadores da

532 Art. 22º. 1 - O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico. 2 - O disposto no número anterior não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio electrónico.

533 Martinez, Vasconcelos e Dray, Código do Trabalho Anotado, p. 130.

Ré verifica-se o acesso e conhecimento indevidos e ilícitos por parte da empresa ao conteúdo de conversas de teor estritamente pessoal da Apelada com três amigas e o marido/namorado, numa situação que se pode equiparar, de alguma maneira, à audição de vários telefonemas particulares (no fundo, uma espécie de «escutas» ilegais) ou à leitura de cartas dessa mesma índole, sem que, quer o remetente, como o destinatário, tenham dado o seu consentimento prévio a tal “visionamento” escrito das ditas conversas (artigos 15.º e 21.º e 16.º e 22.º dos Código do Trabalho de 2003 e 2009).

O facto das referidas conversas/mensagens electrónicas se acharem guardadas no servidor central da Ré, a ela pertencente, não lhes retira, por um lado, a sua natureza pessoal e confidencial.

Como conclusão, a Corte portuguesa considerou como proibida a prova obtida pela ré a partir da violação do conteúdo das mensagens privadas, ainda que armazenadas na central de computador de propriedade da empresa, culminando com a reversão da pena de justa causa aplicada.

O ponto central da divergência entre o primeiro julgado brasileiro de 2005 e o português de 2012 é o fato de que o instrumento de comunicação pertence ao empregador, podendo, na visão do Tribunal Superior do Trabalho, permitir o acesso e fiscalização ao conteúdo das mensagens trocadas, enquanto para o precedente português, a propriedade dos meios de comunicação permite a regulamentação do uso, mas não avança para autorizar que se realize a fiscalização do seu conteúdo, sob nenhuma circunstância.

O estudo da previsão constitucional brasileira também permite concluir na mesma linha da decisão lusa, na medida em que o art. 5º, XII, garante o sigilo das correspondências e comunicações de dados. Ressalva apenas a possibilidade de a legislação estabelecer requisitos para que o sigilo seja quebrado, por 1) decisão judicial, 2) nas hipóteses previstas em lei, 3) e para fins de instrução criminal ou instrução processual penal, requisitos constitucionais e legais⁵³⁴ que, nem de longe, foram atendidos pelo empregador nos casos em julgamento pelo TST.

534 Lei n. 9.296 de 1996 e Resolução n. 59 de 2008 do CNJ que regulamentam a disposição constitucional para autorizar a interceptação de comunicações telefônicas, de sistema de informática e telemática apenas nos estritos casos de investigação criminal e para instrução processual penal, além de atendidos todos os demais requisitos legais, como a competência material e funcional da autoridade judicial e a impossibilidade de outras provas.

E jamais poderia sê-lo, na medida em que o constituinte originário apenas autorizou a quebra do sigilo telefônico, de correspondência, telegráficos e de dados nos estritos casos de investigação criminal e com ordem judicial. Disso segue que em nenhuma ocasião pode o empregador acessar o conteúdo das mensagens dos empregados, independente das condições fáticas, sob pena de violação da proteção constitucional da confidencialidade. Sequer o juiz do trabalho poderia autorizar a quebra do sigilo ou a interceptação, por não estar investido de jurisdição penal.⁵³⁵

Não há fundamento jurídico no sistema brasileiro que autorize a distinção feita pelo Tribunal Superior do Trabalho entre e-mail privado e e-mail corporativo. Muito pelo contrário. A proteção constitucional alcança todas as modalidades de comunicações de dados, independente da propriedade dos meios de comunicação.

Para utilizar a mesma analogia a que recorreu o primeiro precedente e a doutrina de Ivan José Tessaro, citados linhas acima, o fato de o trabalhador utilizar um papel timbrado da empresa para escrever uma carta, colocá-la em um envelope igualmente timbrado, não autorizará que o conteúdo da mensagem epistolar seja conhecido pelo empregador, sob o argumento de que a propriedade dos meios de comunicação (papel timbrado, e-mail corporativo, aparelho de telefone etc.) lhes pertence, sem prejuízo de o empregado ser até punido pela apropriação indevida do papel e do envelope, destinados como instrumentos exclusivos de trabalho, mas que foram utilizados como meio para o envio de comunicação com conteúdo privado.

Mais recentemente, a Lei n. 12.965 de 2014, intitulada de Marco Civil da Internet, reforçou o princípio da proteção da privacidade e dos dados pessoais como integrante da disciplina do uso da internet no Brasil (art. 3º), assim como garantindo aos usuários a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 7º, I); a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela inter-

535 O Supremo Tribunal Federal sequer admite a interceptação do sigilo de dados pela Receita Federal mesmo havendo legislação ordinária que autorize, muito menos o seria por ato privado do empregador, sem qualquer lastro legal. Nesse sentido: “Conforme disposto no inciso XII do art. 5º da CF, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. (...) Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.” (STF – Plenário – RE 389.808 – Rel. Min. Marco Aurélio – DJE 10.05.2011).

net, salvo por ordem judicial, na forma da lei (art. 7º, II), e a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial (art. 7º, III). E o art. 10 arremata que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, bem como os dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas, somente podendo ordem judicial autorizar o acesso do conteúdo das comunicações privadas, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

O raciocínio central que fundamenta os acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho (*ratio decidendi*) permite, inclusive, chegar-se à conclusão que a empresa estaria autorizada a realizar escuta clandestina das conversas do seu empregado, bastando que forneça o aparelho de telefone celular de sua propriedade para a utilização no trabalho, em frontal desrespeito às garantias previstas no inciso XII do artigo 5º da Constituição de 1988.

Se pela interpretação atenta do sistema jurídico brasileiro já é possível concluir pelo equívoco da posição do Tribunal Superior do Trabalho, o diálogo com o sistema jurídico e a decisão portuguesa agrega novos e relevantes argumentos para aclarar a nossa crítica, inclusive porque o atual Código do Trabalho português de 2009 pode ser utilizado como parâmetro de conduta nos contratos de trabalho executados no Brasil e como reforço de argumentação das decisões da Justiça do Trabalho brasileira, a partir do permissivo do art. 8º da CLT, na omissão legislativa interna quanto ao tema, exatamente o caso do monitoramento das comunicações do trabalhador.

Já em decisão recente do ano de 2014, o Tribunal Superior do Trabalho apreciou um caso idêntico ao português, no qual a empresa acessou o computador de sua propriedade para verificar o conteúdo das mensagens trocadas entre os seus empregados por programa de comunicação eletrônica instantânea (*Messenger*), cujas mensagens eram encaminhadas durante o horário de trabalho e com conteúdo desrespeitoso em relação à superior hierárquica. O objetivo justificado do acesso foi a apuração da conduta desidiosa dos trabalhadores, para fins de aplicação de punição disciplinar, na medida em que utilizavam o horário de labor para conversas pessoais e sem vinculação com as suas obrigações contratuais. É incontroverso nos autos que os representantes da comissão de sindicância acessaram o conteúdo das mensagens e utilizaram-nas como meio de prova para a aplicação da punição.⁵³⁶

536 TST – 1ª Turma – RR 004497-69.2010.5.15.0000 – Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann – DEJT 07.03.2014.

Os trabalhadores pleitearam por meio da ação trabalhista a declaração de nulidade da punição, visto que lastreada em prova ilícita, obtida com a violação dos seus direitos constitucionais à intimidade, privacidade e sigilo de comunicação, bem como a indenização por danos morais em face da citada conduta empresarial.

A decisão do Tribunal Regional de Campinas foi no sentido de rejeitar os pedidos dos trabalhadores, mantendo a punição aplicada, cujo núcleo argumentativo lastreou-se na premissa de que o direito à privacidade não é absoluto e, por isso, nada obstante a conduta patronal não fosse a mais adequada, a confirmação da postura inadequada e violadora da boa-fé objetiva contratual pelos trabalhadores justificou a restrição episódica dos seus direitos fundamentais.

Já a decisão do Tribunal Superior do Trabalho fixou as premissas que o empregador, no âmbito do seu poder diretivo e disciplinar, pode adotar medidas a fim de assegurar o atendimento pelos empregados do seu compromisso de trabalho, bem como medidas a fim de proteger a sua propriedade, porém deverá exercê-lo sempre respeitando os direitos fundamentais do trabalhador, entre eles o direito à intimidade e o sigilo das correspondências, cujos direitos fundamentais incidiriam diretamente nas relações de trabalho e deveriam ser respeitados no caso dos autos.

Fez-se a distinção de que o empregador pode fazer o controle formal do instrumento de trabalho (computador), de modo a evitar que nele sejam instalados programas que não são convenientes ao trabalho, contudo não pode ele realizar o controle material do conteúdo das mensagens, as quais são invioláveis e suscetíveis à devassa apenas nos casos de autorização pessoal dos seus autores ou de ordem judicial limitada à instrução penal. Disso seguiu-se o provimento do recurso para reverter a justa causa aplicada e condenar a empregadora na indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 para cada um dos empregados recorrentes.

A fundamentação e o resultado do julgamento são corretos, mas poderia o Tribunal Superior ter avançado para dizer que os direitos fundamentais, mormente o da privacidade, efetivamente, não são absolutos, mas devem harmonizar-se com os interesses jurídicos conflitantes, cuja tarefa de ponderar e mediar a sua incidência é, precipuamente, do legislador ordinário e somente quando este não atuou é que incumbiria ao Poder Judiciário fazê-lo.

No caso do direito ao sigilo das comunicações, o legislador já ponderou os interesses em conflitos, relativizou harmonicamente os direitos fundamentais

e deu como solução que apenas para fins de instrução processual penal é que poderia haver devassa da comunicação pessoal, mas não para fins de apuração interna e administrativa da conduta dos empregados, motivos pelos quais a jurisprudência majoritária do Tribunal Superior do Trabalho equivocou-se ao realizar novo juízo de ponderação dos princípios em colisão, divisando o e-mail corporativo do pessoal, para autorizar a devassa do primeiro, cuja ressalva o poder constituinte não o fez, não podendo o Poder Judiciário fazê-lo.

Após o relevante precedente do ano de 2014 que divisoou corretamente o direito do empregador de exercer controle e fiscalização formal quanto à instalação e uso de mecanismos de comunicação eletrônica nos computadores da empresa, mas vedando a possibilidade de fiscalização material (de conteúdo) das comunicações, outras duas decisões recentes do ano de 2015 voltaram a embaralhar a questão.

Na primeira delas, o Tribunal enfrentou novamente a situação de violação do conteúdo do e-mail do trabalhador, mas desta feita do e-mail particular, porém acessado do computador da empresa. É incontroverso que havia proibição expressa e consentida desde a data da contratação de que não poderiam os empregados acessar qualquer rede social ou mesmo a internet do computador da empresa, muito embora os equipamentos não fossem bloqueados. Considerando que a prova dos autos demonstrou o acesso do conteúdo do e-mail particular da empregada pelos agentes do empregador, o Tribunal Superior, sem adentrar na discussão quanto aos limites do poder diretivo, considerou ilícita a conduta e manteve a condenação em danos morais em R\$ 5.000,00.⁵³⁷

A segunda decisão do ano de 2015 retrata o caso do empregado que foi dispensado por justa causa após o empregador acessar o conteúdo das mensagens trocadas pelo e-mail corporativo e constatar conduta indevida. A instituição bancária empregadora possuía um código de ética interno que vedava a utilização do e-mail corporativo para troca de mensagens pessoais, bem como o mesmo código continha expressa previsão de gravação e monitoramento do conteúdo do correio eletrônico.

O acórdão fixou a mesma premissa de que o e-mail corporativo não é protegido pelo direito fundamental de inviolabilidade do art. 5º, XII, da Constituição, avançando para dizer que o trabalhador tinha conhecimento do código interno que continha previsão expressa de gravação e monitoramento do correio

537 TST – 6ª Turma – RR 315-13.2013.5.09.0029 – Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda – DEJT 27.02.2015.

eletrônico, de modo que, na visão dos Ministros, não houve nenhuma conduta ilícita do Banco, as provas obtidas pelo acesso ao conteúdo das mensagens são lícitas e a penalidade aplicada, como consequência, legítima.⁵³⁸

Ambos os acórdãos de 2015 retomam a distinção impropriedade entre os e-mails corporativo e pessoal para fins de proteção constitucional da inviolabilidade das comunicações do trabalhador, tendo a segunda decisão avançado para afirmar que havendo a norma interna com “expressa previsão de gravação e monitoramento do correio eletrônico, ficando alertado que o colaborador não deve ter expectativa de privacidade na sua utilização”, a interceptação do conteúdo das mensagens seria, também pela norma interna unilateral do empregador, lícita.

Dessa última decisão poderia extrair-se a *ratio decidendi* de que basta ao empregador implantar normativas internas que restrinjam ou aniquilem por completo direitos fundamentais dos trabalhadores, dando-lhes ciência prévia, para que as condutas de interceptação e violação da privacidade sejam legitimadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, como se tivesse juridicidade a norma interna unilateral que permitisse a captação de imagens do espaço reservado aos sanitários no vestiário da empresa, desde que a norma interna contenha “expressa previsão de gravação e monitoramento, ficando alertado que o colaborador não deve ter expectativa de privacidade”, por exemplo, revelando a inconstitucionalidade dos precedentes do Tribunal Superior do Trabalho que divisam e-mail corporativo do pessoal, bem como ao justificarem que o fato de existir previsão interna e notificação prévia de restrição da privacidade, tornariam legítimas as intromissões.

É preciso, pois, que se revise a jurisprudência majoritária atual do TST quanto ao tema do monitoramento das comunicações do trabalhador, adotando-se os argumentos do precedente citado do ano de 2014. Dessa necessária mudança de posição, será importante a modulação dos efeitos da alteração jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, entre as decisões anteriores e a futura, visto que as primeiras fixaram a tese da possibilidade de acesso ao conteúdo das mensagens quando trocadas de equipamento fornecido pelo empregador (*ratio decidendi*), já a que sugerimos seja trilhada, adotando posição frontalmente oposta, frustra a legítima expectativa criada nos empresá-

538 TST – 3ª Turma – AIRR 1461-48.2010.5.10.0003 – Rel. Min. Alexandre Agra Belmonte – DEJT 27.02.2015.

rios brasileiros quanto à autorização para monitoramento sinalizada desde o primeiro precedente de 2005.

O ideal seria que o julgado do ano de 2014 superasse a antiga posição (*overruling*), mas com efeitos apenas prospectivos, devendo-se fixar a entrada em vigor da Lei n. 12.965 de 2014 como o marco temporal a partir do qual a antiga jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho perdera sua autoridade persuasiva.

7.3. Revista corporal e nos pertences do trabalhador

Outro problema recorrente nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho é a respeito da tensão entre o direito fundamental de propriedade do empregador e o direito fundamental à intimidade dos trabalhadores, nos casos de colisão em razão das revistas corporal e nos pertences dos trabalhadores para acesso ou saída do ambiente empresarial.

O primeiro pronunciamento do órgão especial da Corte é do ano de 2007, em julgamento da Seção Especializada de Dissídios Individuais⁵³⁹, no qual se analisou o caso de uma instituição hospitalar que, a pretexto de proteger o seu patrimônio, realizava revistas nas bolsas e sacolas dos empregados, sem contato pessoal e de forma indiscriminada, isentando, no entanto, médicos e diretores que tinham acesso ao ambiente por outra portaria e sem sofrer nenhum tipo de controle.

A Seção Especializada construiu o raciocínio em torno do argumento que é direito constitucional do empregador a defesa do patrimônio, com a implementação de mecanismos de administração negocial que impeçam a subtração de ferramentas facilmente transportáveis, como instrumentos cirúrgicos e remédios, acrescentando ao acordão que as revistas não eram corporais (íntimas), mas apenas nos pertences dos trabalhadores, por isso não configurando a atitude patronal abuso de direito. Como consequência, manteve, por maioria, a decisão da Terceira Turma que havia negado o pedido de indenização por danos morais.

Entretanto, em nenhum momento o acordão enfrentou o argumento da inicial de que também havia atitude discriminatória da empresa hospitalar

539 TST – SBDI1 – E-RR 615854-67.1999.5.09.5555 – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – DJ 19.10.2007.

de revistar apenas os empregados de menor hierarquia, isentando os médicos e seus diretores.

A correta aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso analisado, com suas três máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, autorizaria a revista das bolsas e sacolas dos empregados, eis que a medida é adequada à proteger o patrimônio do empregador (instrumentos e medicamentos), é necessária, na medida em que não havia outra que fosse tão eficaz, mas menos restritiva do direito fundamental de intimidade, bem como seria proporcional em sentido estrito, uma vez que as vantagens que gera (além da defesa do patrimônio, o controle da saúde pública, com o impedimento da circulação de medicamentos de uso restrito e instrumentos cirúrgicos), são maiores que as restrições que provoca.

No entanto, nada obstante não tenha violado o direito de intimidade dos trabalhadores – restringido de forma proporcional, na medida do exigível diante das circunstâncias fáticas –, houve despropositada e injustificada discriminação com o tratamento diferenciado em relação aos médicos e diretores, que transitavam para o ambiente de trabalho sem se submeter às revistas em suas bolsas e pertences. O argumento de proteção do patrimônio do empregador não isenta de controle os seus empregados de maior envergadura. Logo, em nosso ponto de vista, a decisão está equivocada ao rejeitar o pedido de indenização por danos morais, embora o trecho da decisão que reconhece a possibilidade de revistas moderadas nas bolsas e nos pertences dos trabalhadores, de acordo com as circunstâncias fáticas concretas e porque os direitos fundamentais não são absolutos, esteja correta, devendo servir de precedente para os demais casos de empregados de hospitais e congêneres que tenham acesso aos medicamentos e instrumentos cirúrgicos.

Uma segunda decisão do ano de 2011⁵⁴⁰ tratou da hipótese de revista íntima dos agentes de disciplina de um presídio. Era incontroverso nos autos que o autor era submetido a revista íntima onde tinha de se desnudar, agachar três vezes e abrir a boca botando a língua para fora; a revista era feita em uma sala fechada, perante dois colegas que deixavam o turno e do mesmo sexo; que o próprio autor tinha conhecimento desse procedimento desde o treinamento para a contratação e ele próprio realizava as revistas nos colegas que o sucediam

540 TST – 4ª Turma – RR 28000-10.2009.5.11.0019 – Relª. Minª. Maria de Assis Calsing – DEJT 12.08.2011.

no turno de trabalho; que o detector de metais e o aparelho de raio x disponíveis no presídio não se prestavam a detectar a entrada de drogas.

O acórdão fundamenta que:

Nesse panorama, a questão que se coloca é se a pretexto da defesa da segurança ou de um interesse coletivo, a intimidade de um indivíduo, direito fundamental, pode ser afrontada na forma como acima foi exposta. Os direitos fundamentais, que se assentam na própria Constituição da República, podem sofrer limitação quando estiver em jogo a necessidade de se viabilizar o funcionamento adequado de certas instituições – são as situações chamadas de relações especiais de sujeição. É o princípio da proporcionalidade que vai traçar a legalidade ou não de determinada conduta quando estiver na balança esta mesma conduta em oposição a um direito fundamental individual. E as dimensões do princípio da proporcionalidade têm sido pontuadas pela doutrina (a partir de decisões da Corte Constitucional alemã) em três critérios: a adequação, a necessidade ou vedação de excesso e de insuficiência e a proporcionalidade em sentido estrito. Estando presentes estes três critérios, há possibilidade de se limitar um direito fundamental. Do que ficou assentado, a revista era necessária porque o raio-x não detectava a entrada de drogas no presídio. Portanto, nem o detector de metais nem o aparelho de raio-x poderiam substituir a revista que era procedida. Ademais, extrai-se, com facilidade, do acórdão regional, que o motivo que ensejou a adoção do procedimento ora questionado foi exatamente a inadequação da aparelhagem para coibir a entrada de drogas no presídio. A revista íntima procedida foi adequada e a possível para atingir o resultado que se pretendia, isto é, não permitir a entrada de drogas no presídio. Não há de se questionar que a revista a que eram submetidos os empregados da Reclamada enquanto agentes de disciplina era no mínimo constrangedora. O que se deve perquirir é se havia maneira menos onerosa moralmente para se evitar que a fiscalização para coibir a entrada de drogas fosse realizada dessa forma. E, aqui, há de se considerar que a Reclamada prestava serviço a uma penitenciária do estado que, portanto, era quem disponibilizava os meios de fiscalização. E esses meios, detector de metais e aparelho de raio-x, não permitiam que se averiguasse a entrada de drogas, porque eram ineficazes. Ademais, à época, não havia mesmo outro meio mais suave ou menos constrangedor para se atingir o fim pretendido. Por fim, ainda resta analisar o último viés do princípio da proporcionalidade: o benefício alcançado pela revista íntima buscou

preservar valores mais importantes do que os protegidos pelo direito que tal medida limitou? E a resposta a esta última indagação exsurge cristalina no sentido afirmativo, porque o objetivo da revista era nada menos do que garantir a segurança dos presídios, em benefício de toda a população, inclusive dos que ali trabalham. A razão pública aqui suplanta a limitação da intimidade do Autor.

A decisão, a partir de premissas corretas, de que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrer restrição quando em conflito com outros direitos fundamentais, mormente pela aplicação do princípio da proporcionalidade e acorde com as circunstâncias concretas, bem decidiu a questão, culminando com a rejeição do pedido de indenização por danos morais, eis que não teria ocorrido ato ilícito pelo empregador. Em outras palavras, a restrição do direito fundamental à intimidade do autor estava justificada pelas circunstâncias concretas e pelos direitos fundamentais que visava fomentar.

Avançou, de forma implícita, para enfrentar o tema da renúncia de parcela da sua intimidade pelo próprio trabalhador, já que ele sabia do procedimento das revistas íntimas desde o treinamento anterior à contratação, tendo assentido com ele durante todo o pacto e também realizado as revistas em seus colegas de trabalho, dados que também devem ser considerados na tomada de decisão.

A única observação pertinente no citado julgamento seria o enfrentamento do impedimento legal do art. 373-A da CLT, por intermédio do qual o legislador já (pré)ponderou os direitos fundamentais em conflito e deu como solução que em nenhuma circunstância – sequer para a atividade de agente prisional – é admitida a revista íntima em mulheres. A questão é que o caso dos autos se tratava de agente do sexo masculino, tornando a discussão mais profunda ainda, quando poderia o acordão avançar para definir a extensão da vedação aos homens, diante de uma interpretação conforme à Constituição.

Mas como o caso dos autos não tratava de empregada do sexo feminino, não há como lançar censura alguma à conclusão do acordão, na medida em que, na falta de solução legislativa antecedente, estava autorizado o Tribunal Superior do Trabalho a ponderar os direitos fundamentais em colisão. E o fez corretamente, com a esmerada aplicação do princípio da proporcionalidade, com suas três máximas e deixando muito claro a situação especialíssima do caso em análise, não servindo o julgado como precedente para justificar revistas em situações de fato diferentes.

Uma terceira decisão, também do ano de 2011⁵⁴¹, enfrentou a relação de fato em que uma empregada de estabelecimento supermercadista era submetida, por meio da atuação de um segurança, à revista diária na sua bolsa, mediante a sua abertura, quando o segurança colocava a mão dentro dela e retirava os pertences lá contidos, conferia-os, devendo a autora guardá-los ao final do procedimento.

O acórdão iniciou a fundamentação fixando a premissa de que o poder empregatício engloba o poder fiscalizatório, autorizando que o empregador realize o controle da portaria, a realização de algumas revistas, a implantação de circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, além de outras providências correlatas que visem proteger o seu patrimônio.

Entretanto, há, de outro lado, direitos fundamentais dos empregados que criam uma barreira intransponível, onde o poder de controle não pode avançar, sob pena de cometimento de ato ilícito, tudo de modo a garantir a proteção dos direitos fundamentais revelados pela Constituição de 1988. Para a citada decisão do TST: “Todas essas regras criam uma fronteira inegável ao exercício das funções fiscalizatórias no contexto empregatício, colocando na franca ilegalidade medidas que venham cercear a liberdade e dignidade do trabalhador.”

A decisão revisada concluiu que a revista diária e vexatória nos pertences da autora revelava conduta ilícita, segundo as circunstâncias concretas do caso dos autos. Com precisão, adotando o raciocínio do princípio da proporcionalidade, mas sem referir-se a ele explicitamente, o acórdão entendeu como ilícita a conduta, vez que havia outras formas de, no caso concreto, proteger o seu patrimônio contra as possíveis violações. “Nesse sentido, as empresas, como o Reclamado, têm plenas condições de utilizar outros instrumentos eficazes de controle de seus produtos, como câmeras de filmagens e etiquetas magnéticas.” Tais procedimentos inibem e evitam a violação do patrimônio da empresa e, ao mesmo tempo, preservam a honra e a imagem do trabalhador. A decisão, implicitamente, concluiu que a conduta do empregador não passava pelo teste de necessidade, na exata medida em que havia, conforme as circunstâncias concretas, outros meios menos invasivos e igualmente eficazes para a proteção do seu patrimônio.

541 TST – 6ª Turma – RR 154700-23.2006.5.09.0009 – Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado – DEJT 02.12.2011.

A decisão deve ser utilizada como precedente para iluminar outros casos em que empregados de estabelecimentos supermercadistas têm as suas bolsas e sacolas revistadas a pretexto de proteção do patrimônio do empregador, na exata medida em que, nesse ramo empresarial, há outros meios mais eficazes de proteção do patrimônio e menos invasivos aos direitos fundamentais dos trabalhadores, como de resto comportam-se as empresas em relação aos clientes, os quais, deveras, não são submetidos a revistas quando saem pela porta principal do estabelecimento, justamente porque há câmeras e detectores de código de barra em seus produtos.

Ainda no mesmo ano de 2011⁵⁴², outra decisão do Tribunal julgou o caso do empregado que tinha as suas bolsas, sacolas e armários visualmente revistados por agentes de fiscalização do empregador, nos momentos de acesso e saída do local de trabalho. Incontroverso nos autos que a verificação era visual, sem contato físico e apenas nas bolsas e pertences.

O acórdão da 8ª Turma do TST, de forma genérica e sem enfrentar as circunstâncias fáticas concretas, limitou-se a citar ementas de julgados de situações fáticas diversas para rejeitar o pedido de indenização, afirmando que:

Entende-se que a mera revista visual nos pertences do empregado, como bolsas e sacolas, não configura, por si só, ofensa à sua moral/intimidade, constituindo, na realidade, exercício regular do direito do empregador, inerente ao seu poder de direção e fiscalização, sendo esse também o entendimento prevalecente desta Corte.

A decisão revisada merece severas críticas, diante da forma atabalhoada e generalizada que aplicou os precedentes judiciais anteriores da própria Corte. Já vimos anteriormente que o principal requisito para a vinculatividade do precedente é a observância das mesmas razões de fato e direito entre a decisão paradigma e o caso posterior em apreciação. Os precedentes anteriores – como no caso das revistas em estabelecimentos hospitalares e prisionais – foram justificados pelas específicas razões fáticas e as decisões surgiram como resultado da ponderação conforme os meios específicos que os empregadores tinham à disposição para fazer a defesa do seu patrimônio e da coletividade. Aplicá-las aos casos absolutamente diferentes, como fez a decisão em destaque, não contribui

542 TST – 8ª Turma – RR 3695400-90.2007.5.09.0010 – Relª. Minª. Dora Maria da Costa – DEJT 08.04.2011.

para o desenvolvimento da cultura dos precedentes entre nós. Em termos práticos, não há nenhuma relação fática entre evitar que remédios de uso restrito ou instrumentos cirúrgicos sejam colocados em circulação, ou mesmo drogas sejam fornecidas aos detentos, com o fato de tentar evitar que chocolates de um supermercado sejam subtraídos, por exemplo. As razões fáticas e os meios fiscalizatórios são totalmente diversos.

Sequer a decisão apontou qual era o ramo de atividade do empregador, qual o função do trabalhador, quais os itens integrantes do patrimônio da empresa eram passíveis de apropriação, a autorizar as revistas em bolsas e sacolas. Não é verdadeira a afirmação do acordão de que os precedentes do TST autorizam a fiscalização generalizada de bolsas e sacolas dos empregados em todo e qualquer ramo de atividade. Os precedentes existentes até então, na verdade, autorizavam as revistas em bolsas e sacolas naquelas determinadas circunstâncias fáticas (*ratio decidendi*) em que os precedentes foram firmados, inclusive com a aplicação da proporcionalidade e dos três testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em outra decisão mais recente, do ano de 2012, desta feita da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, a Corte analisou o caso do empregado que era habitualmente revistado pelo porteiro, devendo abrir o capô e o porta-malas do seu carro, sua bolsa e mochila, no momento de deixar a planta empresarial, cuja prática de monitoramento foi adotada após a ocorrência de um grande furto na empresa no ano de 2006.⁵⁴³

O acordão, sem investigar as circunstâncias concretas, apenas retomou a distinção genérica feita por parte dos precedentes anteriores de que não ofende a intimidade dos trabalhadores a realização de revistas sem contato físico e de forma generalizada. Também não houve referência no acordão em relação ao ramo de atividade empresarial, quais os bens integrantes do patrimônio eram suscetíveis de subtração, se o autor da ação tinha acesso aos referidos bens, entre outros dados fáticos indispensáveis para a realização da correta ponderação entre os princípios em rota de colisão. Como conseguinte, a Corte rejeitou o pedido de danos morais.

A mesma Subseção Especializada manteve a posição generalizante de que as revistas impessoais nas bolsas e sacolas dos trabalhadores não acarretam viola-

543 TST – SBDI-1 – ERR 623800-40.2008.5.09.0652 – Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DEJT 21.09.2012.

ção da intimidade e, por isso, não geram direito aos danos morais, a exemplo de julgados do ano de 2013⁵⁴⁴, que tratou de empregados de empresa de vigilância e transporte de valores, e de 2014⁵⁴⁵, que cuidou dos empregados de uma indústria fabricante de sandálias. O Ministro Relator dessa última decisão, embora tenha se curvado à posição dominante da Seção Especializada, fez anotar, com absoluta precisão, a sua posição pessoal de que as revistas em bolsas e sacolas somente são admissíveis como exceção, justificando-se por questão de segurança, diante da atividade desenvolvida pela empresa, como a fabricação de produtos entorpecentes, dinheiro, armas etc.

Observa-se que, reiteradamente, o Tribunal Superior do Trabalho tem insistido na tese de que a ausência de contato físico e a impessoalidade enquanto critério de escolha dos empregados suscetíveis de sofrer as revistas são os traços que legitimariam a adoção da prática pelo empregador, independentemente do ramo de atividade e das circunstâncias concretas.

Em nosso ponto de vista, a posição generalizante adotada pelo TST deve ser refinada e aprofundada, substituindo-a pela correta análise das circunstâncias de fato de cada caso concreto sob apreciação, quando os precedentes passariam a funcionar como vinculantes para os casos faticamente similares.

Também é censurável a defesa da tese oposta de que, de forma geral e sem atentar as circunstâncias concretas – ou seja, realizar os testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, sejam vedadas as revistas em quaisquer ramos de atividade.

Representante da posição inflexível dos princípios que fomentam os interesses dos trabalhadores, Eduardo Milléo Baracat deriva do princípio da boa-fé objetiva a proibição, em toda e qualquer circunstância, das revistas do empregado, justificando que a confiança entre as partes, enquanto traço que caracteriza o pacto de emprego, cria a presunção de que os deveres de cooperação, colaboração e lealdade entre os contratantes rechaça a desconfiança dos empregadores de que, em tese, qualquer empregado pudesse vir a subtrair-lhe o patrimônio, afastando a possibilidade de adoção das revistas como forma de controle. Para o autor, qualquer tipo de fiscalização, seja pessoal, seja em armários ou bolsas, viola a intimidade do empregado, servindo o grau de intrusão na intimidade

544 TST – SBDI-1 – ERR 001489-73.2010.5.19.0000 – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DEJT 08.11.2013.

545 TST – SBDI-1 – ERR 167300-76.2013.5.13.0023 – Rel. Min. Alexandre Agra Belmonte – DEJT 28.11.2014.

apenas para fins de gradação da indenização por dano moral a ser, necessariamente, arbitrada.⁵⁴⁶

Na medida em que o art. 373-A da CLT revela um juízo de ponderação legislativo que impede revistas íntimas em mulheres, automaticamente não está a autorizar que revistas não-íntimas, sem contato físico, sejam legítimas em todos os casos. Na verdade, apenas não há um juízo de ponderação *a priori*, mas o Judiciário deverá realizá-lo em cada um dos casos em que houver revistas não-íntimas. E a aplicação do princípio da proporcionalidade não prescinde do estudo cuidadoso das circunstâncias fáticas, decisivas para o julgador avaliar se o direito fundamental de intimidade foi adequadamente conformado em cotejo com o direito de propriedade.

Também é por essa razão que entendemos ser irrelevante se as revistas nos pertences dos trabalhadores ocorriam de forma generalizada e impessoal. O mesmo raciocínio aqui é aplicado. Tratar de forma idêntica todos os empregados apenas significa que o direito fundamental à igualdade e não-discriminação foi preservado, sem prejuízo de, conforme o caso, ter sido ofendido frontalmente outro direito fundamental à intimidade, inclusive de forma generalizada e como política gerencial ilícita.

A propósito, o Ministro Alexandre Agra Belmonte emitiu voto vencido no qual deixou claro que o fato de a revista ser feita junto a todos os empregados, mesmo não havendo contato físico, acaba por infringir um dos mais importantes direitos da personalidade do empregado, que é a intimidade, salvo se não houver outras formas de a tutela fiscalizatória ser exercida, devendo levar em conta o produto que a empresa comercializa ou o serviço que é prestado. Na maioria dos casos, medidas menos invasivas, como a instalação de câmeras, são suficientes para proteção do patrimônio do empregador. E concluiu o seu voto:

Logo, a revista em bolsas e sacolas, independentemente de ser moderada ou não; independentemente de expor ou não o trabalhador à clientela; independentemente de não requerer contato físico, é inegavelmente invasiva, violando a intimidade do empregado, especialmente porque nos dias de hoje a tecnologia disponibiliza mecanismos de verificação menos invasivos e mais eficazes (tais como detectores de metal, raio x, etiquetas

⁵⁴⁶ Baracat, A boa-fé no direito individual do trabalho, p. 243/244.

eletrônicas, câmeras de vigilância, etc.), por meio dos quais a segurança da empresa pode ser protegida.⁵⁴⁷

Segundo a posição majoritária e extraindo a *ratio decidendi*, poder-se-ia afirmar que o TST passou a autorizar a revista generalizada de bolsas e sacolas, por exemplo, dos empregados que trabalham no pátio de estacionamento de uma concessionária de tratores. Nos primeiros precedentes, o Tribunal Superior concluiu que a revistas, ainda que íntimas, se justificariam no caso extremo de agentes prisionais do sexo masculino, vez que era o único meio adequado, necessário e proporcional em sentido estrito para evitar que entorpecentes fossem introduzidos no presídio. Já a revista de bolsas e sacolas dos empregados da concessionária de tratores não passa sequer pelo primeiro teste de adequação, na medida em que se o objetivo é proteger o seu patrimônio (tratores), não é com a revista de sacolas dos trabalhadores que o empregador irá fomentá-lo.

É irrelevante no exemplo hipotético se as revistas nas bolsas e sacolas dos empregados da concessionária fossem feitas de forma indiscriminada, sem contato físico, por pessoa do mesmo sexo e em ambiente reservado, visto que, mesmo com esses cuidados, o acesso ao conteúdo dos pertences revela, de acordo com essas circunstâncias fáticas, violação indevida do direito à intimidade dos trabalhadores, que poderia apenas ser restringido lícitamente se passasse pelos três testes da proporcionalidade. Logo, mesmo com os cuidados indicados no exemplo, haveria ato ilícito e direito à indenização por danos morais aos trabalhadores, por violação inconstitucional (desproporcional) da sua intimidade.

A posição majoritária também se presta a demonstrar, na prática, a nossa tese afirmada nos capítulos anteriores de que em tema de direitos fundamentais, materializados que são em princípios jurídicos, não há como se adotar uma decisão genérica em sua aplicação. Sempre deverá o julgador se atentar às circunstâncias fáticas e jurídicas do caso em apreciação, mormente os princípios colidentes, para a sua tomada de decisão analítica e fundamentada, ora admitindo que a intimidade deva prevalecer e, sob circunstâncias diversas, justificar proporcionalmente a sua restrição. A edição de uma súmula do Tribunal Superior do Trabalho afirmando que as revistas em bolsas e sacolas são permitidas seria desastrosa juridicamente, pois traria os inconvenientes de autorizar que os

547 TST – SBDI-1 – ERR 167300-76.2013.5.13.0023 – Rel. Min. Alexandre Agra Belmonte – DEJT 28.11.2014.

juízes do trabalho chancelassem as revistas em toda e qualquer circunstância, além de retirar do magistrado mais atento a possibilidade de ater-se aos fatos do processo, confirmando a nossa posição de que o modelo de súmulas gerais é incompatível com o julgamento por precedentes.

7.4. Renúncia e transação dos direitos trabalhistas

O Tribunal Superior do Trabalho sempre reproduziu a doutrina clássica de que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, chegando ao ponto de afirmar, em julgado de 2008⁵⁴⁸, que a manifestação de vontade do trabalhador, ainda que a salvo de coações e investidas ilegais do empregador, é irrelevante, na medida em que o princípio da irrenunciabilidade visa proteger o trabalhador até de si próprio, bem como em outro julgado do ano de 2007⁵⁴⁹, no bojo de uma ação anulatória de cláusula coletiva, que os trabalhadores merecem proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância, quando levados a anuir com preceitos coletivos que lhes subtraem direitos básicos, de modo que no Direito do Trabalho a tônica é justamente o esvaziamento do princípio da autonomia da vontade.

E o Tribunal não interpretava a irrenunciabilidade como um princípio, que deve modular-se conforme as circunstâncias fáticas e os princípios conflitantes, mas o enxergava e aplicava como uma regra jurídica, no modelo tudo-ou-nada, em todos os casos e na maior medida possível, convertendo-o em um princípio absoluto.

Da interpretação clássica, derivou a posição jurisprudencial que dizia que, no bojo dos planos para desligamento incentivado ou voluntário (PDI's), seriam nulas as cláusulas contratuais por meio das quais os trabalhadores aderissem aos planos de desligamento, recebendo valores bem superiores aos que receberiam em caso de dispensa imotivada, ao mesmo tempo em que renunciariam a possibilidade de cobrar judicialmente diferenças em outras verbas trabalhistas,

548 “É relevante frisar: esse princípio tem por fim proteger o trabalhador não apenas perante o empregador, mas também com relação a si mesmo. Ou seja, o trabalhador, repita-se, não pode se despojar, ainda que por livre vontade, dos direitos que a lei lhe assegura.” (TST - E-RR - 1454/2005-103-03-40 – Rel^g. Min^g. Maria Cristina Peduzzi – DJ 29.02.2008).

549 TST – SDC – ROAA 1115/2002-000-12-00.6 – Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira – DJ 16.03.2007.

dando-se quitação geral ao contrato de trabalho então objeto de rescisão. Para o Tribunal Superior do Trabalho, a quitação passada em planos de desligamento incentivado não impediria que os empregados ajuizassem ações cobrando verbas trabalhistas que achassem devidas, justamente porque os direitos seriam irrenunciáveis e não poderiam ser objeto de termos de transação extrajudicial⁵⁵⁰, cujo raciocínio consolidado espalhou-se para diversos temas, sempre tendo em conta a premissa da irrenunciabilidade e indisponibilidade absoluta dos direitos trabalhistas, inclusive no palco coletivo.

Temos criticado veementemente a posição majoritária trabalhista de que os direitos seriam indisponíveis e, por isso, irrenunciáveis, de modo a rejeitar toda e qualquer negociação extrajudicial, individual ou coletiva.⁵⁵¹

Embora concordemos que o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas possa ser induzido da Constituição Federal de 1988 e da Consolidação das Leis do Trabalho, a grande questão é que, enquanto princípio jurídico, ele deve, necessariamente, sofrer ponderação e conformação quando em colisão com outros princípios jurídicos, notadamente o da liberdade dos cidadãos-trabalhadores.

Nessa linha de ideias, enxergamos diversas hipóteses concretas em que o princípio da irrenunciabilidade de direitos cederá em prol das circunstâncias, desde que represente o exercício real, saudável e livre do renunciante. O núcleo essencial da dignidade humana também deve estar respeitado nesses casos, do que resulta que, mesmo saudável e livre, não se amolda ao ordenamento trabalhista a renúncia da dignidade humana, por exemplo, contratando-se a disposição do próprio corpo em benefício do empregador e mediante remuneração, quando o ser humano acabaria convertido em mero objeto para a consecução de objetivos outros.

Sempre que se falar em renúncia de direitos estar-se-á necessariamente em jogo o exercício da liberdade do renunciante. Dizer que os direitos trabalhistas são sempre irrenunciáveis – ou que o são absolutamente – importará em dizer

550 OJ-SD11-270 do TST. PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PARCELAS ORIUNDAS DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS. A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo. (DJ 27.09.2002).

551 MOLINA, André Araújo. *Teoria dos Princípios Trabalhistas*. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2013 e MOLINA, André Araújo; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e transação no direito do trabalho: Uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. *Revista LTr*, São Paulo, ano 74, n. 02, p. 190/203, fevereiro 2010.

que a liberdade dos cidadãos-trabalhadores sempre cederá e ficará restringida, pouco importando as situações concretas. Um exercício amplo e absoluto da liberdade contratual também importará em sacrifício absoluto à irrenunciabilidade. Uma e outra situação não se amoldam à linha intermediária que o modelo pós-positivista busca implementar. A linha média, respeitando a dignidade humana, está na necessidade de ponderação e atenção às circunstâncias fáticas concretas dos casos em que as renúncias forem externadas.

A solução *a priori* é prestigiar a liberdade quanto mais ela seja exercida em condições jurídicas e materiais de igualdade, de forma livre, espontânea e saudável. Nas situações concretas em que as partes não estão em condições de igualdade – e a igualdade vista dentro da relação jurídica em específico e não genericamente como se todo trabalhador não tivesse condições de externar sua vontade em face do poder do empregador –, o princípio da irrenunciabilidade terá maior eficácia. Porém, num e noutro caso, a precedência deve ser apenas abstrata, indicando uma pauta de decisão para o agente que realizará a ponderação, mas os resultados não são uniformes ou absolutos.

E a renúncia de direitos pode ocorrer nas relações individuais, desde que a manifestação de vontade seja livre, esclarecida e espontânea, por exemplo, como nos casos dos trabalhadores que contratam a renúncia dos salários em prol de outros objetivos, como altruístas (trabalho voluntário em hospitais), religiosos ou mesmo de aprendizagem. Em algumas profissões, como a de chefe de cozinha, é comum os recém-formados apresentarem-se para períodos de aprendizagem em restaurantes estrelados, quando exercerão algumas tarefas subalternas à sua formação profissional ou mesmo auxiliarão gratuitamente àqueles que lhes servem de referência profissional. Em casos tais, não se admite que o jovem cozinheiro posteriormente cobre os salários não pagos quando ele mesmo realizou a renúncia, real, saudável e livre, em condições de igualdade material e em busca de objetivos pessoais e profissionais. Radica aqui também a incidência dos princípios gerais dos contratos, entre eles a boa-fé objetiva em suas acepções do *venire contra factum proprium* e do *tu quoque*. Teresa Negreiros diz que o princípio da boa-fé representa, no modelo contratual atual, o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõe o seu substrato, o que explica a sua irradiação difusa, bem como o seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual.⁵⁵²

552 Negreiros, Teoria do Contrato, p. 116.

Na tensão entre irrenunciabilidade e exercício da liberdade também é papel do legislador criar resultados (pré)ponderados por intermédio da positivação de regras jurídicas na legislação ordinária. Na ausência de solução legislativa, os atores coletivos poderão fazê-lo, os próprios contratantes e, por último, o julgador na solução dos casos concretos. Por exemplo, quanto ao trabalho com renúncia da remuneração, a legislação já balizou e previu os requisitos e consequências por meio da Lei de Estágio para os trabalhadores em período escolar, mas para os aprendizes já concluintes do período de educação formal, como no exemplo dos chefes de cozinha, não há na legislação ponderação já realizada a balizar o conflito entre liberdade e irrenunciabilidade, quando poderão as próprias partes fazê-lo contratualmente e, no limite, o Poder Judiciário em atividade de análise dos casos concretos, quando verificará as reais condições de exercício material da liberdade de manifestação e a boa-fé objetiva dos contratantes.

Os acordos trabalhistas realizados na fase de execução seriam exemplos da prática jurisprudencial em que, ponderando-se as circunstâncias concretas, são tidas como válidas as renúncias de parte dos créditos dos trabalhadores, para o recebimento imediato da outra parte, em muitos dos casos até com renúncia de direitos fundamentais que já integraram o seu patrimônio jurídico com o trânsito em julgado. O acordo para receber 50% do valor fixado a título de indenização por danos morais, em execuções em que se verificou que o executado apenas possui bens impenhoráveis, está inserido dentro do limite de liberdade material que o trabalhador tem para renunciar parte de seu crédito com a promessa de que o executado venderá o seu bem de família para satisfazer a nova obrigação assumida.

A questão, tanto aqui no exemplo como na generalidade dos casos em que as renúncias são efetivadas, é a verificação da efetiva liberdade material do ato jurídico de renunciar. É constatar se a despeito de o direito ser fundamental – a exceção da dignidade humana –, foi renunciado em circunstâncias concretas e justificadas, em que o seu direito fundamental de liberdade foi validamente exercido.

Negar peremptoriamente toda e qualquer forma de transação ou renúncia, individual ou coletiva, por instrumento extrajudicial, como é a jurisprudência clássica do Tribunal Superior do Trabalho, ao contrário de proteger o trabalhador, contra atos externos e até de si próprio, acaba inferiorizando-o na condição de cidadão, maior e capaz de exercer os atos de sua vida civil, inclusive atacando, indiretamente, a sua própria dignidade humana, na medida em que integra

o núcleo conceitual desta o direito de liberdade e autodeterminação quanto aos fins de sua própria vida.

Para os casos de manifestação de vontade viciada, coações, fraudes, lesões e todos os demais defeitos que maculam o ato jurídico da transação ou da renúncia, podem ser ativados os mecanismos previstos pelo próprio direito material.

Exatamente por essa razão, parece-nos equivocada a jurisprudência que não admite as transações e as renúncias dos direitos trabalhistas por intermédio da arbitragem, das comissões de conciliação prévia ou transações extrajudiciais, sem sequer examinar as circunstâncias reais em que o direito de liberdade foi exercido pelos sujeitos trabalhistas.

Recentemente⁵⁵³, o Supremo Tribunal Federal enfrentou um caso em que uma empregada bancária admitida pelo Banco do Estado de Santa Catarina aderiu ao plano de desligamento voluntário de forma facultativa, durante o processo de incorporação pelo Banco do Brasil, tendo recebido o valor integral das suas verbas rescisórias e uma indenização adicional equivalente a 78 vezes a sua remuneração, em troca renunciou à estabilidade no emprego e deu quitação geral a todas as verbas de natureza trabalhista oriundas do contrato findo.

Ao reformar a decisão do Tribunal Superior do Trabalho que havia julgado o caso de acordo com a posição clássica, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, anotaram que a assimetria que se verifica, normalmente, nas relações individuais de trabalho neutraliza-se quando a discussão ocorre em nível de direito coletivo do trabalho, com a participação da entidade sindical, não podendo transportar-se o princípio da irrenunciabilidade absoluta para o direito coletivo.

Aprofundaram na discussão para demonstrar que a Constituição Federal de 1988 realizou a transição do antigo modelo corporativo-autoritário do Direito do Trabalho, em que o Estado interferia nos contratos de trabalho, sufocando a atuação sindical e a negociação coletiva, para um novo modelo democrático, que incentiva e valoriza o diálogo coletivo como método de resolução dos conflitos, inclusive na própria Constituição também há algumas normas que expressamente admitem a transação e a renúncia de direitos trabalhistas, principalmente por meio do diálogo coletivo.

No caso concreto, destacou que as cláusulas contratuais do plano de desligamento incentivado foram objeto de amplo diálogo, discussão sindical e a sua

553 STF – Plenário – RE 590.415 – Rel. Min. Roberto Barroso – DJ 29.05.2015.

aprovação contou com a presença de 97,14% dos associados do sindicato, que correspondiam a 77,85% do quadro funcional do Banco, tendo-se decidido por 97,69% dos presentes pela aprovação das cláusulas do acordo coletivo.

Em outra luminar passagem do acordão, o Supremo Tribunal Federal fez a relação entre a negociação coletiva e a democracia, enquanto mecanismos de se buscar a maioria cívica do trabalhador. Anotou-se que:

A concepção paternalista que recusa à categoria dos trabalhadores a possibilidade de tomar suas próprias decisões, de aprender com seus próprios erros, contribui para a permanente atrofia de suas capacidades cívicas e, por consequência, para a exclusão de parcela considerável da população do debate público.

A Corte Suprema também considerou como fundamental para a tomada de decisão a necessidade de se prestigiar a lealdade, a transparência e a boa-fé nas negociações de trabalho e na interpretação das normas criadas pelas partes.

Como resultado do julgamento firmou-se a posição jurisprudencial que o Tribunal Superior do Trabalho teria violado o direito constitucional de respeito ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI) e o direito dos trabalhadores ao reconhecimento dos acordos coletivos (art. 7º, XXVI), razão pela qual fixou tese com repercussão geral:

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado.

A posição adotada pelo Pretório Excelso tenciona a sepultar, também, antiga jurisprudência trabalhista de que sequer a boa-fé objetiva poderia ser alegada como argumento para conformar o princípio da irrenunciabilidade de direitos.⁵⁵⁴

554 “(...) em questões trabalhistas, os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade não cedem passo ao da boa-fé, nem se enfraquecem perante argumentos econômicos ou cálculos utilitaristas, que afirmem a prevalência da disposição monetária em detrimento de direitos consagrados no ordenamento jurídico.” (TST – SBDI-1 - E-RR 1454/2005-103-03-40 – Rel^g. Min^a. Maria Cristina Peduzzi – DJ 29.02.2008).

Derivou da *ratio decidendi* do primeiro precedente revisado, uma segunda decisão do Supremo Tribunal Federal, na qual considerou-se válida a renúncia, por meio de norma coletiva, do direito às horas itinerárias (art. 58, §2º, da CLT), quando por meio do mesmo instrumento a categoria logrou alcançar outros benefícios⁵⁵⁵, reformando decisão da SBDI-1 do TST, que ainda insistia na tese de que a supressão de algum direito, ainda que por norma coletiva e em benefício de novos direitos alcançados, seria inválida, por afrontar diretamente disposição prevista na CLT.

Enxergamos que o mesmo raciocínio de ambos os acórdãos deve espalhar-se em outros temas em que o Tribunal Superior do Trabalho ainda tem dificuldade em enfrentar a possibilidade jurídica e fática de renúncia dos direitos trabalhistas, com todas as condicionantes da negociação coletiva, higidez de vontade, esclarecimento, superando a posição jurisprudencial que aplica o princípio da irrenunciabilidade como se fosse absoluto e não admitindo a sua ponderação com a liberdade.

Um bom exemplo se deu no caso em que os empregados de um grande frigorífico solicitaram ao sindicato obreiro que intermediasse junto ao empregador a instalação de câmeras filmadoras na parte da entrada dos vestiários, onde estavam localizados os armários. A razão fática para o pedido dos trabalhadores era que, comumente, ocorriam furtos em seus pertences deixados nos armários enquanto, utilizando-se do uniforme próprio de trabalho, estavam dentro da unidade frigorífica.

É incontroverso nos autos que o monitoramento dos vestiários foi uma reivindicação dos trabalhadores, diante das diversas ocorrências de furtos dos seus pertences; que a instalação das câmeras foi objeto de negociação coletiva, com previsão em norma coletiva e o estabelecimento de um procedimento conjunto de acesso, com a autorização do sindicato de trabalhadores que possuía uma das partes da senha de acesso ao sistema de imagens gravadas; que foi estabelecido, objetivamente e por escrito, um procedimento para a gravação das imagens, constando que o sistema de filmagem é aplicado nos vestiários e sala de higiene bucal, não abrangendo sanitários e chuveiros; que o tempo de armazenamento das imagens é de 72 horas e, após este período, as gravações são automaticamente apagadas com sucessivas gravações.

555 STF – 2ª Turma – RE n. 895.759 – Rel. Min. Teori Zavascki – DJ 09.10.2016.

Ocorre que, a despeito da reivindicação ter partido dos trabalhadores, ter passado por discussão em assembleia sindical e aprovação em norma coletiva, uma trabalhadora ajuizou ação individual alegando violação da sua intimidade e, como consequente, pediu indenização por danos morais.

O Tribunal Superior do Trabalho julgou o caso no final do ano de 2014⁵⁵⁶, mas a partir da antiga posição de que os direitos trabalhistas seriam irrenunciáveis e absolutos, não podendo sequer ser negociados com a interveniência sindical e com as justificativas fáticas do caso concreto. Para a Corte, partindo da premissa fática de que foi a empregadora quem invadiu a intimidade dos trabalhadores ao instalar as câmeras nos vestiários de forma unilateral (e não que o pedido de instalação partiu dos próprios trabalhadores), assentou que:

O empregado não se converte num servo do empregador, a partir do momento em que se forma o vínculo laboral. E direitos existem que se superpõem a ambos, de natureza irrenunciável. Trata-se de direito indisponível.

Faz-se mister preservar a dignidade e a intimidade da pessoa humana (no caso do trabalhador) em detrimento do direito de propriedade e da livre iniciativa do empregador, pois, embora todos sejam direitos fundamentais de primeira geração, a técnica de ponderação de valores permite verificar a preponderância do primeiro sobre o segundo, na relação laboral.

Talvez nem mesmo se devesse falar, com exatidão, em ponderação de valores como técnica de solução de conflitos de natureza difícil, uma vez que a clara opção axiológica adotada pelo constituinte de 1988 deixa evidente a primazia do SER sobre o TER; a pessoa sobre o patrimônio; o homem sobre a coisa.

(...)

Quanto ao argumento de que o procedimento foi instituído a pedido dos empregados, cancelado em norma e interna e até mesmo pela entidade sindical, esclareço que não é válida tal pactuação, na medida em que viola direitos fundamentais.

Um dos critérios imprescindíveis à prevalência do poder diretivo do empregador é o fato de não transacionar de forma a violar direitos indisponíveis, entre os quais a honra e a intimidade do trabalhador.

556 TST – 7ª Turma – RR 384-49.2012.5.12.0012 – Rel. Min. Cláudio Brandão – DEJT 12.12.2014.

Demonstrado o dano decorrente da conduta do empregador, deve ser mantido o acórdão regional que condenou a reclamada a indenizá-lo.

O acórdão também se refere, de forma meramente retórica, ao princípio da proporcionalidade para resolver o conflito de direitos fundamentais, entretanto concluiu que, na verdade, não há falar em ponderação, na medida em que, na visão dos Ministros, quando se trata de direitos trabalhistas, centrados na dignidade da pessoa humana, sempre haveria prevalência dos direitos pessoais dos empregados sobre os interesses patrimoniais que fomentam os interesses empresariais.

Algumas críticas podem ser lançadas em relação ao acórdão revisado.

A primeira é que o problema não foi atacado pelo enquadramento fático e jurídico correto. Não se tratava de ato unilateral do empregador que, a despeito da proteção de seus interesses empresariais, tenha restringido direitos fundamentais dos trabalhadores com a instalação de câmeras nos vestiários, remetendo ao juízo de proporcionalidade entre os princípios conflitantes. Na verdade, tratava-se de um ato unilateral dos próprios trabalhadores que, renunciando a parcela de sua intimidade, solicitaram, negociaram e aprovaram norma coletiva em assembleia da categoria para a instalação das câmeras nos vestiários, com o objetivo de defender os seus próprios interesses patrimoniais.

A solução jurídica não está na ponderação entre o direito de propriedade do empregador e o direito de privacidade dos empregados, na medida em que não há, no caso concreto, nenhum interesse patrimonial do empregador em discussão. A questão é definir, simplesmente, se a renúncia da privacidade levada a efeito por intermédio de norma coletiva é juridicamente válida e eficaz.

Nesse contexto, conforme já fixamos linhas acima, dever-se-ia analisar o nível fático de liberdade material que possuíam os trabalhadores para o exercício e o despojamento dos direitos, respeitando-se o núcleo essencial do direito fundamental de privacidade que é a dignidade da pessoa humana. É decisivo observar que o pedido de instalação das câmeras partiu dos trabalhadores, que passou por debate e deliberação sindical, houve aprovação de norma coletiva, por meio da qual ficou estabelecido um procedimento escrupuloso de reserva dos sanitários e chuveiros, restrição de acesso às imagens – com inserção de senha por representante do sindicato obreiro –, descarte automático das filmagens após 72 horas, tudo a demonstrar que a restrição da privacidade, em alguma medida, foi proporcional, sem ingerências externas e com livre manifestação de vontade.

Ao descartar a liberdade coletiva dos empregados, aplicando o princípio da irrenunciabilidade de forma absoluta, o Tribunal Superior do Trabalho, além de atritar com a atual diretriz jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, desestimula o respeito às normas coletivas, desconsidera a boa-fé objetiva das partes e relega os trabalhadores à condição de “quase incapazes”, naquilo que a professora da Universidade de Lisboa, Maria do Rosário de Palma Ramalho, intitula de o mito da incapacidade genética e permanente dos operários.⁵⁵⁷

Segundo o Supremo Tribunal Federal, no precedente alhures revisado, é relevante levar em consideração o princípio da lealdade na negociação coletiva de trabalho, de modo que os acordos devem ser negociados e cumpridos com boa-fé e transparência. Não se pode invocar o princípio tutelar, próprio do direito individual, para negar validade a certo dispositivo ou diploma objeto de negociação coletiva, uma vez que os contratantes são equivalentes. Quando os acordos resultantes de negociações coletivas são descumpridos ou anulados pelo Judiciário, as relações por eles reguladas são desestabilizadas e a confiança no mecanismo da negociação coletiva é sacrificada.

A mesma decisão do Supremo acrescenta que não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia de vontade. Tal ingerência judicial viola os diversos dispositivos constitucionais que prestigiam as negociações coletivas como um instrumento de solução dos conflitos coletivos, além de recusar aos empregados a possibilidade de participarem da formulação de normas que regulam as suas próprias vidas. Trata-se de postura que, de certa forma, compromete o direito de serem tratados como cidadãos livres e iguais.

A decisão trabalhista também violenta normas internacionais ratificadas e eficazes entre nós, a exemplo da Convenção n. 98 da OIT que determina aos Estados que devam ser tomadas medidas apropriadas para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária (art. 4º), da Convenção n. 154 da OIT que determina sejam tomadas medidas adequadas para estímulo à negociação coletiva, como a adaptação dos órgãos e procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas de tal maneira que possam contribuir para o estímulo à negociação coletiva (art. 5º) e da Recomendação n. 163 da OIT que sugere sejam tomadas medidas condizentes com as condições

557 Palma Ramalho, *Direito do Trabalho*, p. 60.

nacionais para que os procedimentos para a solução dos conflitos trabalhistas ajudem as partes a encontrar elas próprias a solução da disputa.

E a decisão do Tribunal Superior do Trabalho no caso das câmeras nos vestiários do frigorífico, além de violentar diversas disposições constitucionais e internacionais, desestimula a negociação coletiva, na medida em que, a partir do precedente, milhares de outros trabalhadores, ainda que tenham reivindicado e votado favorável ao monitoramento quando da discussão sindical, ajuízem ações individuais para pleitear igual tratamento e a mesma indenização por danos morais, mantida pelo acórdão.

No mesmo ano de 2014⁵⁵⁸, uma situação semelhante foi analisada quanto à instalação de câmeras no banheiro do estabelecimento. Ocorre que, algumas das questões de fato – decisivas para o resultado do julgamento – foram diversas das do primeiro precedente revisado e criticado. Nesse segundo precedente, tratava-se de instalação unilateral e clandestina, sem deliberação, aceite e aviso aos empregados, de uma câmera filmadora com o objetivo de monitorar furtos nos armários. Também ficou comprovado nos autos que o alcance da filmagem estendia-se até o chuveiro, tendo a testemunha confirmado já ter visto imagens do autor tomando banho, bem como a sua instalação foi sub-reptícia, escondida em uma luminária para que os empregados não desconfiassem do equipamento. Após a ciência dos empregados quanto ao procedimento, a empregadora retirou – passados alguns dias – a câmera e adotou medida alternativa, consistente na instalação de escaninhos no corredor de acesso, onde cada empregado tem a chave da sua gaveta.

O TST manteve a condenação por danos morais ao argumento que a atitude empresarial exorbitou os limites do poder diretivo que lhe é garantido pelo art. 2º da CLT, de modo a violar direitos da personalidade do trabalhador, mormente a sua intimidade e, no limite, a dignidade humana.

Nesse segundo caso, as circunstâncias fáticas foram decisivas para o resultado correto do julgamento, na medida em que não se tratou de um pedido dos trabalhadores, com discussão sindical, imposição de limites moderados e reserva das imagens, mas de conduta patronal, clandestina e que importava na violação da intimidade dos trabalhadores inclusive no momento do banho.

558 TST – 1ª Turma – RR 402-94.2012.5.09.0322 – Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann – DEJT 14.02.2014.

O adequado enquadramento jurídico indica a existência de uma tensão entre os direitos fundamentais de propriedade do empregador – que a conduta de instalação da câmera visava fomentar – e o direito de intimidade e privacidade dos empregados. Para as situações de conflito de princípios jurídicos, na inexistência de soluções legislativas ou negociadas coletivamente, incumbe ao Judiciário realizar os testes de proporcionalidade. E, no caso concreto, a conduta patronal não consegue justificar o segundo teste. A conduta de instalação das câmeras era adequada para proteger o patrimônio do empregador, mas não era necessária, na medida em que haviam outras medidas tão eficazes quanto, mas menos invasivas dos direitos dos trabalhadores, como de resto o próprio empregador admitiu ao instalar escaninhos individuais e com chave no corredor de acesso aos vestiários.

Logo, juridicamente, pode-se concluir com folga que a medida escolhida era desproporcional, ou seja, a violação da intimidade e privacidade do empregado não encontrava justificativa equilibrada no direito empresarial que visada fomentar. Da violação do direito fundamental, andou bem o Tribunal Superior do Trabalho em condenar na indenização por danos morais, cuja mesma conclusão foi tomada em um terceiro precedente do ano de 2015⁵⁵⁹, envolvendo a instalação de câmeras no banheiro de uma indústria de refrigerantes, também de forma unilateral, sem prévio diálogo e negociação sindical, embora nesse último caso não haja prova de que a filmagem alcançasse os sanitários e chuveiros, apenas a entrada do banheiro e os lavatórios. Também nesse último caso não foi indicada nenhuma razão – ainda que fosse desproporcional – para que o empregador tomasse a decisão de filmagem.

As situações fáticas dos três precedentes revisados quanto à instalação de câmeras nos vestiários e banheiros são absolutamente diferentes em essência. No primeiro precedente do frigorífico, o conduta partiu dos empregados (renúncia), a manifestação de vontade coletiva foi lícita, negociada e justificada, inclusive com a fixação de procedimento de reserva das imagens. Estas, na ausência de reclamação formal de furto, eram apagadas no período de 72 horas, sem que ninguém tivesse acesso a elas, enquanto nos dois últimos precedentes as imagens eram acessíveis aos prepostos do empregador, cujas instalações partiram destes, de modo unilateral, sem negociação e aviso, sendo, pois, despro-

559 TST – 2ª Turma – RR 74800-42.2009.5.03.0109 – Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta – DEJT 19.06.2015.

porcional. A câmera no primeiro caso era posicionada de forma ostensiva para os armários, com prévio aviso, de forma a possibilitar que, aqueles mais suscetíveis, pudessem trocar o uniforme dentro do espaço destinado aos chuveiros ou sanitários, a salvo de monitoramento, enquanto que nos últimos precedentes as câmeras foram instaladas de forma clandestina, com violação da boa-fé objetiva, sem que os empregados pudessem saber que estavam sendo filmados, para tomar alguma conduta defensiva.

Também oferece distinção o fato de no primeiro julgado tratar-se de atividade frigorífica, regada por normas de saúde e segurança alimentar do Poder Executivo (Serviço de Inspeção Federal), de modo que, sequer em tese, poder-se-ia pensar na viabilidade de realizar-se a instalação de cadeados ou fechaduras com chaves nos armários, de modo a evitar a instalação das câmeras, na medida em que as normas de sanidade não permitem o acesso para a manipulação de alimentos *in natura* portando chaves e outros utensílios, que não o adequado uniforme.

A comparação entre os três precedentes também confirma o quanto já afirmado nos capítulos anteriores em relação à inviabilidade de, durante as etapas da interpretação e da aplicação dos direitos fundamentais, tomarem-se decisões generalizantes, sem atenção às nuances dos casos concretos, inviabilizando, inclusive, a utilização dos precedentes de forma genérica, sem atenção aos fatos específicos (*distinguishing*) e a *ratio decidendi*, e, no limite, qualquer tentativa de publicação de súmulas gerais da jurisprudência quanto à possibilidade ou não de se instalar câmeras filmadoras nos vestiários ou banheiros das empresas, remetendo à clássica introdução de Paulo Bonavides de que o antecedente do princípio da proporcionalidade é justamente a existência de uma relação triangular entre fim, meios e situação de fato.⁵⁶⁰

Ainda em relação ao tema da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas, mais recentemente, se pode observar algumas novas decisões do Tribunal Superior do Trabalho que admitem como válida as renúncias expressas dos empregados em relação ao período de garantia provisória no emprego decorrente de acidente de trabalho⁵⁶¹. O decisivo para a Corte trabalhista foi o fato de o empregado ter tido assistência sindical quando da sua manifestação de

⁵⁶⁰ Bonavides, Curso de Direito Constitucional, p. 393.

⁵⁶¹ TST – 1ª Turma – AIRR 2658-42.2010.5.02.0009 – Rel. Des. Conv. Marcelo Lamego Pertence – DEJT 13.11.2015.

vontade, nota que afasta a presunção de vício de consentimento ou coação. Afastada a presunção, incumbiria ao próprio trabalhador a prova de que ocorreu algum vício de consentimento que pudesse viciar a vontade manifestada, o que não logrou o autor da ação comprovar durante a fase probatória, sendo validada a sua renúncia.

A decisão não enfrentou diretamente o tema da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas alegado pelo recorrente, mas deixou evidenciar a validade das renúncias, desde que manifestadas sem coação, na linha do que já defendemos há alguns anos em sede doutrinária e de acordo com as circunstâncias dos casos concretos, fazendo a justa conformação entre liberdade e irrenunciabilidade.

7.5. Acesso e restrição de uso das instalações sanitárias e refeitórios

A legislação trabalhista brasileira foi construída a partir da premissa da uniformidade das condições de trabalho dos empregados, adotando-se o modelo da primeira fase capitalista industrial do labor na sede da empresa, quando todos os empregados deslocavam-se das suas residências para agruparem-se em um grande espaço físico do estabelecimento empresarial, dentro do qual paulatinamente a legislação foi determinando a obediência de requisitos mínimos de infraestrutura, conforto térmico, iluminação, ergonomia e, mais recentemente pela NR 24 do Ministério do Trabalho e Emprego, a necessidade de instalações sanitárias que obedeçam a requisitos mínimos de conforto, funcionalidade e higiene. Também há atos do Ministério do Trabalho e Emprego que determinam a instalação de sanitários nos canteiros de obras da construção civil (NR 18, item 18.4.1) e nos locais de trabalho nas atividades rurais (NR 31, item 31.23.1).

A questão é que a complexidade social alcançou as relações de trabalho e fez surgir diversas modalidades de prestação de serviços fora do estabelecimento empresarial, ocasião em que a legislação e as normas regulamentadoras não mais alcançam, deixando um vácuo legislativo ordinário quanto à obrigação ou não de o empregador proporcionar instalações sanitárias e para alimentação para as atuais atividades em que a prestação de serviços ocorre fora da planta empresarial.

A questão é definir se – na ausência de normatividade ordinária – algum direito fundamental poderia ter eficácia direta e imediata, obrigando as empresas a proporcionar citados meios de cuidado com a saúde e a higiene pessoal.

Em um primeiro precedente do ano de 2011⁵⁶², a Corte julgou um caso em que os coletores de lixo urbano eram obrigados pelo empregador a paralisar a coleta, onde estivessem e pontualmente às 11h00, para realizar as suas refeições próximas ao caminhão de lixo, sem o franqueamento de local adequado para prévia higiene. A prova produzida nos autos deu conta que “o reclamante, assim como os demais coletores de lixo, faziam as suas refeições nas calçadas, nas ruas ou em praças públicas, sem infra-estrutura sanitária e sem qualquer conforto, ainda que pudessem se afastar um pouco do caminhão.”

A tese adotada pelo acórdão foi a de que o arcabouço normativo formado pelos artigos 7º, XXII, e 225 da Constituição Federal, artigo 157 da CLT e as normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo possibilitam ao jurista construir um princípio de que é direito do trabalhador usufruir de meio ambiente do trabalho adequado para o gozo do seu repouso intrajornada.

O valor social do trabalho, eleito como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, indica no sentido de que é obrigação do empregador propiciar meios que tornem o local de trabalho, qualquer que seja ele, isento de riscos à integridade física e psicológica dos trabalhadores. Disso concluiu a decisão que o empregador menosprezou os comandos normativos constitucionais ao determinar que o empregado que labora em caminhão de lixo usufrua do intervalo próximo à fonte de incontáveis moléstias passíveis de serem contraídas pelo ser humano, em local desprovido de sanitário destinado à higienização pessoal e à satisfação das necessidades fisiológicas do trabalhador.

O grande avanço da decisão foi reconhecer que, embora não haja na legislação ordinária ou nas normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego obrigação específica de o empregador proporcionar acesso aos sanitários e locais adequados para refeição para aqueles que trabalham externamente em contato com material insalubre, no período destinado às refeições, haveria uma eficácia horizontal direta dos princípios que garantem o meio ambiente do trabalho equilibrado e a valorização do trabalho humano para impor aos empregadores essa observância, cujo desrespeito ocasiona violação de direitos da personalidade dos trabalhadores e, por isso, enseja indenização por danos morais.

Uma das grandes contribuições da decisão revisada foi compreender que o direito material do trabalho não se encontra apenas confinado na CLT e nas

562 TST – 1ª Turma – RR 458400-06.2003.5.09.0019 – Rel. Min. Vieira de Mello Filho – DEJT 18.03.2011.

suas normas regulamentadoras, mas na verdade expande-se por todo o ordenamento jurídico, incluindo a Constituição, os tratados internacionais e todas as demais fontes normativas dispersas, inclusive infra e extra estatal, acenando para um modelo de transconstitucionalidade do direito, conforme estamos defendendo nessa tese.

Significa que o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II) deve ser interpretado enquanto sinônimo de ordenamento jurídico, para significar que todos deverão fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de uma prescrição do ordenamento jurídico (e não da lei formal em sentido estrito), reconhecendo-se, com efeito, a eficácia jurídica dos direitos humanos e fundamentais, que normalmente ocupam a estrutura de princípios jurídicos.

Em outro julgado mais recente⁵⁶³, ao enfrentar a relação fática de um trabalhador rural que era obrigado a realizar as suas refeições no campo e as suas necessidades fisiológicas a céu aberto, o Tribunal Superior do Trabalho reafirmou a posição jurídica de que os direitos fundamentais, mormente a dignidade da pessoa humana, além do tráfego na relação vertical com o Estado, tem eficácia nas relações privadas e de trabalho, de modo que se extrai dos princípios constitucionais da dignidade humana, do trabalho como fundamento da ordem econômica e de que ninguém deve ser submetido a tratamento desumano ou degradante, a obrigação de o empregador que mantém frentes de trabalho em atividades agrícolas, a instalação e manutenção de locais para refeição, descanso e necessidades fisiológicas. A decisão enfrentou o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais para definir que, pela dicção do art. 5º, § 1º, da Constituição, a sua aplicação seria direta e imediata, não necessitando da atividade legislativa ordinária para sua eficácia.

A decisão, referindo-se ao conceito kantiano de dignidade humana e à normatividade dos direitos fundamentais, concluiu pela sua violação, derivando a reforma da decisão de segunda instância para majorar a indenização por danos morais para o valor de R\$ 15.000,00, com ressalva da posição do Ministro Relator que majorava para R\$ 30.000,00.

Uma terceira decisão do ano de 2015⁵⁶⁴ também reafirmou a posição dos precedentes anteriores que, além das obrigações previstas na legislação em

563 TST – 2ª Turma – RR 125400-84.2008.5.09.0093 – Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta – DEJT 19.09.2014.

564 TST – 7ª Turma – AIRR 170-64.2011.5.15.0156 – Rel. Min. Cláudio Brandão – DEJT 14.08.2015.

sentido estrito, deriva dos direitos fundamentais a obrigação de o empregador proporcionar um meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado, dentro do qual se encontra a obrigação de franquear instalações adequadas para refeições e banheiros.

A hipótese fática tratava do caso de trabalhador rural cortador de cana-de-açúcar que não tinha disponibilizado banheiro e refeitório no local em que desenvolvia seu trabalho e gozava do intervalo intrajornada. Embora tenha feito referência ao princípio da dignidade humana, a decisão de mérito foi facilitada, na medida em que, à época dos fatos, já se encontrava vigente a NR 31 do Ministério do Trabalho e Emprego que determina a obediência de condições ambientais para o trabalho a céu aberto em atividades rurais, entre as quais proporcionarem áreas de vivência com banheiros, lavatórios e mesas para as refeições.

Na medida em que passou a existir norma jurídica específica para tratar do tema, revelando uma ponderação antecedente realizada pelo legislador (e pelo Poder Executivo em sua atividade regulamentar), não há mais razão para incidir diretamente os direitos fundamentais nos casos de ausência de banheiros e local para refeições nas atividades da construção civil e nas atividades rurais, embora para a relação fática do primeiro acordo – coletores de lixo urbano – na inexistência de regramento ordinário, a obrigação patronal de fornecer um meio ambiente do trabalho digno deriva diretamente dos direitos humanos e fundamentais.

Contudo, para fins de configuração dos danos morais, o terceiro acordo reconheceu a violação remota do direito fundamental à intimidade, para manter a condenação regional no valor de R\$ 4.000,00.

Também é comum a verificação de políticas empresariais que, a despeito da existência de instalações sanitárias no local de trabalho, são criados embaraços para a utilização dos equipamentos higiênicos pelos seus empregados, normalmente sob argumentos de produtividade e impossibilidade de suspensão da atividade.

Entre os diversos precedentes no mesmo sentido, destaca-se um julgado do ano de 2013⁵⁶⁵, por meio do qual o Tribunal Superior do Trabalho reafirmou a tese de que a restrição, fiscalização e eventual punição pelo uso do banheiro por

565 TST – 2ª Turma – RR 47400-69.2008.5.03.0018 – Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta – DEJT 19.04.2013.

parte dos empregados de empresa de atendimento *call center* configura violação direta da dignidade da pessoa humana. Dessa violação, o acórdão adotou a posição objetiva dos danos morais:

Por outro lado, cabe salientar que a ofensa à honra subjetiva da reclamante, o dano moral, revela-se *in re ipsa*, ou seja, presume-se, sendo desnecessário qualquer tipo de prova para demonstrar o abalo moral decorrente da restrição ao uso do banheiro a que ela estava submetida. Isso significa afirmar que o dano moral se configura, independentemente de seus efeitos, já que a dor, sofrimento, angústia, tristeza ou abalo psíquico da vítima não são passíveis de serem demonstrados, bastando que ocorra violação efetiva a um direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana para que o dano moral esteja configurado.

A mesma posição jurisprudencial foi reafirmada em julgado recente⁵⁶⁶, a partir do argumento que o controle da utilização dos banheiros ofende a dignidade humana dos trabalhadores e os direitos fundamentais à intimidade e à saúde, de sorte que, também adotando uma posição objetivo-constitucional dos danos morais, reformou-se a decisão regional para condenar a empregadora na indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00.

Ambos os precedentes citados quanto ao caso de restrição de uso dos banheiros, ressaltaram o direito do empregador de fiscalizar os eventuais abusos dos empregados que, a pretexto de exercício de um direito fundamental, utilizam do expediente das pausas no trabalho, idas ao banheiro, intervalos para lanche e café, com o objetivo de retardar o cumprimento das obrigações contratuais.

7.6. Dano existencial por jornada de trabalho excessiva

O Tribunal Superior do Trabalho, tomando posição jurídica de vanguarda, tem sido receptivo à condenação em indenização por danos existenciais nos casos de frustração dos projetos de vida e da vida de relações dos empregados por atos ilícitos dos empregadores. Nas primeiras decisões, o objeto de fato dos

566 TST – 4ª Turma – RR 122-22.2011.5.12.0049 – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DEJT 21.08.2015.

acórdãos referia-se ao trabalho sem a concessão dos períodos anuais de férias⁵⁶⁷, depois passou a reconhecer que a jornada de trabalho excessiva também era ofensiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores, reclamando, além da condenação nas horas extras e no adicional (repercussões patrimoniais), a indenização por danos existenciais (repercussões pessoais) do ato ilícito.

No primeiro julgado⁵⁶⁸, as razões de fato demonstravam que o trabalhador teve uma jornada uniforme das 07h às 21h, com uma hora de intervalo, de segunda-feira à sábado, além de trabalhar três domingos por mês e metade dos feriados das 07h às 16h, com uma hora de intervalo intrajornada. A situação perdurou por cinco anos e três meses. O autor sequer recebia as horas extras, na medida em que o empregador o enquadrava no artigo 62, II, da CLT.

O Tribunal fixou a premissa que o dano existencial é espécie de dano imaterial, ao lado do dano moral, sendo caracterizado quando o trabalhador sofre limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pela empresa, impossibilitando-o de estabelecer a prática de atividades e desenvolver seus projetos de vida. Também firmou a premissa de que não é qualquer conduta isolada e de curta duração que é considerada como dano existencial. A terceira premissa é que o trabalho prestado em jornadas que excedem habitualmente o limite legal de duas horas extras diárias, tido como parâmetro tolerável, representa afronta aos direitos fundamentais do trabalhador e prejudica as relações sociais e seu desenvolvimento pessoal. O TST não exigiu prova material do prejuízo causado na vida privada do trabalhador pela jornada excessiva, como a frustração objetiva de algum projeto pessoal, profissional ou familiar, na medida em que a violação em si do limite tolerável de jornada diária já geraria ato ilícito, bem como também não levou em consideração o fato de as horas extras terem sido objeto de condenação em capítulo próprio do acórdão revisado. Em conclusão, manteve a decisão recorrida que fixou a indenização por danos existenciais no valor de R\$ 23.183,80.

A decisão debatida, embora não tenha avançado para fixar um critério objetivo para que a jornada excessiva configure dano existencial, é digna de elogios

567 TST – 7ª Turma – RR 1900-28.2010.5.03.0044 – Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes – DEJT 23.11.2012 e também TST – 1ª Turma – RR 727-76.2011.5.24.0002 – Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann – DEJT 28.06.2013.

568 TST - 4ª Turma – RR 78-64.2012.5.04.0251 – Relatora Ministra Maria de Assis Calsing – DEJT 14.11.2014.

ao distinguir as várias repercussões do ato ilícito e, com isso, não confundir que a condenação em horas extras e adicionais em nada embaraça a condenação em danos existenciais, eis que as repercussões são diferentes, uma patrimonial, outra extrapatrimonial. Outro ponto do acordão digno de aplausos é o reconhecimento de que a extrapolação em si do limite tolerável de jornada por algum período de tempo já é suficiente para configuração dos danos existenciais, por retirar do trabalhador o seu direito constitucional abstrato de relacionar-se fora do ambiente de trabalho e de realizar seus projetos de vida, independentemente de prova efetiva de prejuízo.

O segundo julgado do Tribunal⁵⁶⁹ refere-se à situação de fato em que o trabalhador foi contratado como ajudante geral e submetido a uma carga de trabalho de segunda a sexta-feira das 18h00 às 07h00, com intervalo de uma hora, pelo período de 5 meses. Considerando a contagem reduzida da hora noturna, o acordão concluiu que a liça era de 13 horas diárias, continuamente. O valor da condenação em R\$ 12.000,00 foi mantido.

A decisão superior enfrentou o tema sob a conceituação de dano moral, em respeito aos limites semânticos trazidos pela petição inicial e pelo acordão revisando, mas deixou bastante claro em sua fundamentação que a jornada excessiva reflete nítido desrespeito ao direito de descanso e à comunhão familiar, violando a dignidade humana do trabalhador.

Os três pontos fundamentais da decisão são que a contagem ficta para as jornadas de trabalho, como no caso da hora noturna reduzida, deve ser levada em conta para configurar jornada de trabalho excessiva; que o pagamento das horas extras e adicionais pertinentes é irrelevante para a condenação nas repercussões extrapatrimoniais, não atenuando em nada a conduta ilícita empresarial; bem como que não é exigível prova objetiva de nenhum prejuízo na vida pessoal, familiar ou social do trabalhador para que possa ocorrer o dano. Esse último ocorre com a violação em si da sua dignidade humana, no caso representada pelos direitos à vida, bem-estar individual e social, não-mercantilização do trabalho, valorização do trabalho e emprego, e a subordinação da propriedade à sua função socioambiental.

569 TST – 3ª Turma – AIRR 1399-02.2012.5.15.0099 – Relator Ministro Maurício Godinho Delgado – DEJT 28.11.2014.

Na terceira decisão⁵⁷⁰, o Tribunal Superior enfrentou a situação de uma empregada que se ativava em um dia 06h às 21h e no dia seguinte, alternadamente, das 12h às 18h, com apenas duas folgas ao mês, trabalhando em parte dos dias destinados aos descansos semanais e feriados, no período de agosto de 2011 a abril de 2012.

A fundamentação do acórdão inicia reconhecendo que os danos existenciais estão ainda em elaboração doutrinária e jurisprudencial no Brasil, mas avança para diferencia-los dos danos morais, visto que estes, eminentemente subjetivos, interiorizados, configuram-se pelos sentimentos subjetivos do ofendido, porém os danos existenciais exigem consequências externas na vida da vítima, em razão da alteração para pior dos seus atos de vida e da forma de relacionar com os outros, prejudicando sua realização e comprometendo a capacidade de gozar plenamente a vida. “Esse componente externo e a exigência de a vítima demonstrá-lo é que diferenciariam o dano existencial do próprio dano moral”.

O acórdão reconhece que, em tese, a sobrejornada habitual e excessiva, exigida pelo empregador, tipifica dano existencial, mas em situações extremas em que haja demonstração inequívoca do comprometimento da vida de relações do trabalhador. Entretanto, na visão do Tribunal, não era a hipótese em julgamento, visto que a jornada excessiva deu-se em dias alternados e o contrato durou apenas nove meses. O mais decisivo para a maioria que se formou na decisão da Turma foi a ausência de provas efetivas de que a jornada extenuante tenha causado prejuízos de forma grave e irremediável à vida de relação do empregado. A decisão deixou assentado que: “Esse último aspecto afigura-se-me sobremodo importante para tipificar e não banalizar, em casos de jornada excessiva, o dano existencial, pois virtualmente pode consultar aos interesses do próprio empregado a dilatação habitual da jornada.”

A mesma decisão avançou, em nosso sentir com razão, para exigir que a jornada excessiva tenha sido imposta pelo empregador e não realizada no interesse do operário, quer por vaidade, compulsão, ganância, necessidade de sobrevivência, quer motivado por alguma necessidade pessoal de provar algo a alguém ou a si mesmo. Há trabalhadores viciados em trabalho, que não conseguem se desligar do trabalho e muitas vezes, por iniciativa própria, deixa de lado os filhos, pais, amigos e a família.

570 TST – 4ª Turma – RR 154-80.2013.5.04.0016 – Relator Ministro João Oreste Dalazen – DEJT 31.03.2015.

Em outra decisão mais recente⁵⁷¹, o Tribunal considerou que as horas *in itinere* e o tempo à disposição deveriam integrar a jornada de trabalho para todos os efeitos, contudo não reconheceu o direito aos danos existenciais por considerar que os prejuízos deveriam estar provados nos autos. A Turma aprofundou, em relação aos precedentes anteriores, para adotar a posição expressa de que, ao contrário dos danos morais que são configurados *in re ipsa*, os danos existenciais apenas se configuram nas hipóteses em que a vítima fizer prova de que a jornada excessiva e reiterada causou-lhe danos efetivos à sua vida de relações e aos seus projetos de vida. Da fundamentação do acórdão extrai-se a seguinte passagem:

Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo em suas relações sociais.

Ressalte-se, por oportuno, que o não pagamento de horas *in itinere* ou do tempo à disposição, por si só, não configura ato ilícito cometido pelo empregador a dar ensejo a condenação aos danos existenciais. Apenas o contumaz descumprimento da legislação trabalhista, como o excesso de labor em sobrejornada, além do limite legal, o que configura exploração da mão de obra, portanto, ato ilícito, juntamente com a comprovação do prejuízo ao seu desenvolvimento pessoal e às relações sociais, representa afronta aos direitos fundamentais do trabalhador, o que caracteriza o efetivo dano existencial.

Portanto, o dano existencial pressupõe a ocorrência concomitante do ato ilícito e a comprovação do prejuízo.

Pois bem. Na hipótese dos autos, o Regional consignou que não foi demonstrada a “extirpação concreta de projetos de vida”, em razão da supressão de minutos diários (tempo à disposição para troca de uniforme e horas *in itinere*), destacando que havia razoável controvérsia acerca dos direitos perseguidos.

Desse modo, correto o entendimento do Regional, porque a ofensa não pode ser presumida, pois o dano existencial, ao contrário do dano moral,

571 TST – 4ª Turma – ARR 11513-67.2013.5.18.0103 – Relatora Ministra Maria de Assis Calsing – DEJT 29.05.2015.

não é *in re ipsa*, de forma a se dispensar o Autor do ônus probatório do ato ilícito cometido e da ofensa sofrida.

Não houve demonstração cabal do prejuízo. Logo, não há de se falar em indenização por dano existencial.

A partir da revisão crítica das decisões do Tribunal Superior do Trabalho, observamos que o tema dos danos existenciais vem ganhando espaço no debate jurisprudencial trabalhista e que, nada obstante ainda esteja em construção, alguns requisitos já são uniformes: 1) que a jornada excessiva tenha violado os limites impostos pelo direito material, inclusive as contagens fictas, o tempo à disposição e as horas *in itinere*; 2) que a extrapolação seja reiterada, postergada no tempo e não episódica; 3) que a jornada exaustiva tenha sido imposta pelo empregador e não feita de forma espontânea pelo trabalhador; e 4) as repercussões patrimoniais (condenação em horas extras e respectivos adicionais) são independentes das repercussões extrapatrimoniais (indenização por danos existenciais), de modo que a quitação das horas extras ou a concessão de compensação de jornada, não impede que se reconheçam os danos existenciais.

As divergências ainda se assentam no aspecto temporal-horizantal, na medida em que a segunda decisão considerou cinco meses como tempo suficiente para configuração do ilícito, enquanto a terceira decisão considerou nove meses de contrato um período muito curto. A outra divergência de fundo entre as decisões é a respeito da necessidade ou não de prova material objetiva dos prejuízos causados pela jornada excessiva. Enquanto nas primeiras decisões configurar-se-ia *in re ipsa*, nos últimos julgados a prova efetiva do prejuízo material sofrido pelos empregados foi elevada ao *status* de requisito principal.

A nossa opinião sobre os dois requisitos ainda divergentes, conforme já fundamentado nos tópicos retro, é a que o limite horizontal objetivo é a exigência pelo empregador de jornada excessiva em período superior a 45 dias por ano, pelo menos enquanto critério flexível, como pauta argumentativa inicial, de modo que quanto mais a jornada exaustiva foi imposta, maior será a extensão dos danos e o valor da indenização, a partir de quando o limite horizontal seja extrapolado.

Já quanto à necessidade ou não de prova material do dano, defendemos que o dano configura-se pela simples violação objetiva do direito fundamental dos trabalhadores de autodeterminar-se, de exercitar sua autonomia, de gozar de sua vida de relações e projetos de vida fora do horário de trabalho, inclusive

estando dentro da sua álea de liberdade optar por constituir família ou não, por relacionar-se ou não socialmente, por frequentar ou não algum curso, de modo que a violação ao seu patrimônio jurídico ocorreria com a restrição de sua liberdade, independente de prova material nos autos da maior ou menor extensão, mas, muito antes disso, o só fato de retirar-lhe a possibilidade de, autonomamente, deliberar sobre seus projetos de vida, configura os danos existenciais indenizáveis, cujas repercussões ordinárias independem de prova (fatos notórios). Apenas as alegações especiais, mais graves, demandariam a necessidade de prova e atrairia o ônus probatório para a vítima.

Também observamos, inclusive no segundo precedente revisado acima, que a imposição de jornada de trabalho excessiva tem gerado condenações ora sob o título de danos morais ora como danos existenciais, conforme a compreensão jurídica dos autores da ação, ao fundamentarem a inicial e fazerem os pedidos, e dos magistrados ao julgá-las. Ao se adotar a posição mais recente dos julgados do Tribunal Superior do Trabalho, de que os danos morais configuram-se *in re ipsa* e que os danos existenciais demandariam prova material do prejuízo, o debate da questão será artificializado, além de se desconsiderar que ambos são atualmente verificáveis pela perspectiva constitucional-objetiva. Bastará aos autores, mesmo verificando restrição do seu direito de autodeterminação pela imposição de jornada excessiva, fundamentar e fazer o pedido de indenização por danos morais para que, placidamente, não lhe seja exigida prova alguma de prejuízo, na medida em que os danos morais configurar-se-iam *in re ipsa*, conforme a jurisprudência remansosa do próprio Tribunal Superior do Trabalho.



Conclusões

1. O pensamento científico da modernidade, que também influenciou o direito e a ciência jurídica da sua época, era baseado nas premissas de objetividade, neutralidade, empirismo, universalidade e hierarquia, resultando, principalmente, no reconhecimento do Estado como único centro normativo, na técnica legislativa da codificação, no estilo científico-literário do tratadismo, no método de interpretação exegético – posteriormente o juspositivismo de Kelsen -, no tratamento uniforme entre os sujeitos-de-direito, no individualismo, no contratualismo e no racionalismo, tudo para oferecer previsibilidade, estabilidade contratual e segurança jurídica.
2. O direito brasileiro do século passado adotou todos os paradigmas da modernidade, principalmente a codificação, autonomia das disciplinas, gerando um isolamento do Direito Constitucional, não sendo por outra razão que o direito e o processo do trabalho ganharam certa autonomia como a edição da CLT em 1943, consolidando em um único veículo legislativo todos os regramentos independentes, uniformizando o tratamento, tanto de direito material quanto processual para todas as relações jurídicas de trabalho, presumivelmente idênticas.
3. Após o final da Segunda Guerra Mundial intensificou-se uma grande ruptura na sociedade, na cultura e na ciência, no que se convencionou chamar de pós-modernidade, marcada pelos traços da complexidade, ecletismo, caoticidade e imediatismo, começando a refletir no direito e na ciência do direito, com as notas da democracia participativa, diálogo tolerante, pluralismo jurídico e judiciário, mixagem entre os diversos compartimentos jurídicos, força normativa dos princípios jurídicos, notadamente previstos nos tratados internacionais e nas constituições dos países democráticos, todos dispostos de forma caótica, flexível e sem hierarquia.

4. O jurista, para interpretar esse novo objeto e aplicar as suas normas de forma mais adequada, deverá atualizar os seus instrumentos, migrando do modelo metodológico juspositivista, hierarquizado, excludente e centralizado, para o modelo pós-positivista, no qual se reconhece a força normativa das regras e dos princípios jurídicos, principalmente dos direitos humanos e fundamentais, que são aplicados aos casos concretos por intermédio da mediação legislativa ordinária, das normas coletivas autônomas ou mesmo diretamente a partir dos tratados e da Constituição, admitindo-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.
5. A dignidade da pessoa humana encontra-se na centralidade do sistema jurídico pós-moderno, desempenhando as funções de ser objeto e fim de todo o ordenamento jurídico, funcionando como ponto de partida nos raciocínios jurídicos e como paradigma para valoração final nos pronunciamentos legislativos, judiciais e administrativos, cumprindo a tarefa de ser, ao mesmo tempo, piso e teto, origem e destino, de quaisquer manifestações estatais ou privadas.
6. A violação da dignidade humana desencadeia o sistema de reparação dos danos à pessoa humana, sendo a sua principal consequência a indenização por danos morais e, mais recentemente, os danos existenciais, quando haja frustração dos projetos de vida e das relações afetivas, familiares e afetivas da vítima da lesão, migrando o centro de preocupação do patrimônio para a pessoa.
7. Nesse novo sistema jurídico pós-moderno, no qual as diversas fontes normativas estão dispersas de forma transversal, haverá uma maior ocorrência de antinomias, que devem ser resolvidas pelo critério da proteção da pessoa humana (princípio *pro homine*) em nível de direito material e pelo princípio da efetividade no campo do direito processual, optando-se pela flexibilização, adaptabilidade e um maior ajuste do procedimento de modo a atender eficazmente o direito material, ao final concluindo pela inexistência de lacunas.

8. O direito e o processo do trabalho no ambiente da pós-modernidade precisam enxergar que os sujeitos e as relações de trabalho contemporâneas são complexas, heterogêneas e cambiantes, de modo que o tratamento legislativo que é rígido e uniforme precisa ser substituído, com a pulverização em microsistemas legislativos e uma maior valorização da vontade de autodeterminação das partes, principalmente no palco coletivo com a negociação coletiva, inclusive como forma de dar maturidade democrática aos nossos cidadãos-trabalhadores e empregadores.
9. Ao realizarmos um revisão crítica das decisões do Tribunal Superior do Trabalho que aplicam direitos humanos e fundamentais às relações de trabalho da atualidade, verificamos que já há diversas decisões afinadas com os novos tempos, que aplicam corretamente os princípios jurídicos de parte a parte, sem prevalência abstrata dos interesses dos trabalhadores, mas reconhecendo a necessidade de conformação e proporcionalidade, tudo de modo a preservar o núcleo essencial que é a dignidade da pessoa humana, dos empregados e empregadores. No entanto, ainda há uma infinidade de outras decisões que precisam de uma urgente revisão, principalmente em relação aos aspectos de coerência, previsibilidade e segurança jurídica da jurisprudência majoritária que trata os direitos trabalhista como se fossem direitos irrenunciáveis, de forma absoluta, e os trabalhadores, mesmo em nível de negociação coletiva, sem condições de negociar parte das suas próprias condições de trabalho, nessa nova era da informação.



Referências

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, p. 55/66, jul./set. 1999.

ALMEIDA, Renato Rua de. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: ALMEIDA, Renato Rua de (coord.). **Direitos Fundamentais Aplicados ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, vol. 12, n. 80, p. 01/36, nov./dez. de 2012.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Responsabilidade do empregador por dano moral reflexo. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, Rio Grande do Sul, ano XII, n. 190, p. 45/53, março 2016.

_____; BOUCHINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O Dano Existencial e o Direito do Trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 79, n. 02, p. 240/261, abr./jun. 2013.

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. A jurisdição globalizada e a consistência argumentativa entre cortes constitucionais no diálogo transnacional. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 1, n. 3, p. 961/998, 2015.

_____. O diálogo institucional entre cortes constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais. **Revista da AGU**, ano XII, n. 39, p. 225/252, jan./mar. 2014.

_____. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **Revista da AGU**, ano XII, n. 38, p. 269/302, out./dez. 2013.

_____. O diálogo institucional entre cortes locais e cortes transnacionais. **Revista Virtual da AGU**, ano XIII, n. 134, p. 1/17, abril de 2013.

ARAÚJO, Nádia de. A influência das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VI, n. 6, p. 227/244, junho de 2005.

ARRUDA ALVIM, J. M. Notas sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, ano 36, v. 191, p. 299/320, janeiro de 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, ano 91, v. 797, p. 11-26, março 2002.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 105, p. 183-190, jan./mar. 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BEBBER, *Júlio Cesar*. **Cumprimento de Sentença no Processo do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) — breves considerações. **Revista LTr**, vol. 73, n. 01, p. 23/28, janeiro de 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. Breves comentários ao novo sistema recursal trabalhista (Lei 13.015/2014). **Revista LTr**, São Paulo, vol. 79, p. 17/26, janeiro de 2015.

BENKO, Georges. Modernidade, pós-modernidade e ciências sociais. Trad. Ricardo Castillo. **Revista do Departamento de Geografia**, USP, São Paulo, vol. 13, p. 187/213, novembro de 2011.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. As recentes reformas do CPC e as lacunas ontológicas e axiológicas do processo do trabalho: Necessidade de heterointegração do sistema processual não-penal brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 73, n. 01, p. 98/106, jan./mar. 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1990.

_____. **Reparação civil por danos morais**. 3 ed. São Paulo: RT, 1997.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, n. 57, p. 131/152, dezembro de 2008.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Na medida da pessoa humana**. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Dano moral: conceito, função, valoração. **Revista Forense**, vol. 413, p. 361-378, jan/jun. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Direitos fundamentais. Eficácia horizontal direta nas relações sociais entre capital e trabalho. Riscos do trabalho e a obrigação de reparar os danos deles decorrentes. In: ALMEIDA, Renato Rua (coord.). **Direitos Fundamentais Aplicados ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

BORGES, Thiago Carvalho. Sobre o dano moral à pessoa jurídica. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 41, p. 117/132, jan./mar. 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**. A justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

BURGOS, Osvaldo R. **Daños ao projecto de vida**. Buenos Aires: Astrea, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3 ed. São Paulo: RT, 2005.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.

_____. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal de justiça internacional. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 37/68, jul./dez. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTILHO, José Luciano de. A reforma do Poder Judiciário. O dissídio coletivo e o direito de greve. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 71, n. 01, p. 31-32, jan./abr. de 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais do homem**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição**. Coimbra: Almedina, 1985.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- CENDON, P.; ZIVIZ, P. **Il danno esistenziale**. Milano: Giuffrè, 2000.
- _____. **Il risarcimento del danno esistenziale**. Milano: Giuffrè, 2003.
- CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma no processo comum**: reflexos no direito judiciário do trabalho. São Paulo: LTr, 2006.
- CLÉMENT, Zlata Drnas de. La complejidad del principio *pro homine*. **Jurisprudencia argentina**, Buenos Aires, fascículo n. 12, p. 98/11, marzo 2015.
- COELHO, Débora. Pós-modernidade: um olhar sobre as modificações nas interações sociais cotidianas. **Revista Sessões do Imaginário**, Porto Alegre, ano XVIII, n. 29, p. 94/100, 2013/1.
- COELHO NETTO, José Teixeira. **Moderno e pós-moderno**. São Paulo: L&PM, 1986.
- CORDEIRO, Wolney de Macedo. Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao processo do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). **Direito Processual do Trabalho**: reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007, p. 26-51.
- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. 2 ed. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.
- DE MATTIA, Fabio. Direitos da Personalidade. In: **Enciclopédia Saraiva de Direito**, vol. 28, São Paulo, Saraiva, 1979.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DIAS, Maria da Graça dos Santos. Direito e pós-modernidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 11, n. 1, p. 103/115, jan./jun. 2006.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

André Araújo Molina

DIXON, Rosalind. Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers**, n. 349, may 2011.

DÜRIG, Günter. **Grundrechte und privatrechtsprechung**. München: Beck, 1956.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FACCHINI NETO, Eugenio; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “precificando” lágrimas? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p. 229-267, jul./dez. 2012.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil: aproximações críticas. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 79, p. 277/285, março de 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexandre Araújo de Souza e outros. São Paulo: RT, 2015.

FONSECA, José Geraldo da. Dano moral da pessoa jurídica. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 75, n. 4, p. 43/64, out./dez. 2009.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **Imunidade de jurisdição trabalhista dos entes de direito internacional público**. São Paulo: LTr, 1986.

FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida: reflexões à luz do direito comparado. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, volume 12, n. 80, nov-dez/2012.

GENTILE, Guido. Danno alla persona. **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffré, 1962, vol. XI.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do Trabalho e Dignidade da Pessoa Humana no contexto da Globalização Econômica**. Problemas e Perspectivas. São Paulo: LTr, 2005.

_____. A constitucionalização do Direito do Trabalho: interpretação e aplicação das normas trabalhistas para a efetiva inter-relação dos interesses econômicos com o respeito à dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 15, n. 58, janeiro-março 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional**. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Pacto de San José da Costa Rica. 3 ed. São Paulo: RT, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRÜN, Ernesto. **Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Trad. Miguel Carbonell. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito**: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Teoria Processual da Constituição**. 3 ed. São Paulo: RCS, 2007.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: RCS, 2007.

_____. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O direito como sistema autopoietico. **Revista Brasileira de Filosofia**, n. 163, p. 185/196, 1991.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade**. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2006.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, Costa Rica, vol. 39, p. 71/99, 2004.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade civil punitiva**. Os “punitive damages” no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. Comentários sobre a parte geral do novo CPC. In: BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estêvão. (Coord.). **Processo do Trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 131/171.

JAMESON, Fredric. **Pós-modernismo**. A lógica cultural do capitalismo tardio. 2 ed. Trad. Maria Elisa Cevalco. São Paulo: Ática, 2000.

JASPERS, Karl. **Filosofia da existência**. Rio de Janeiro: Imago, 1973.

JAVILLIER, Jean-Claude. Globalização e pesquisa jurídica: por uma nova dinâmica de direito social e de normas internacionais do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 70, n. 2, p. 42/49, jul./dez. 2004.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. **Recueil des Cours**, v. 251 (1995), pp. 9-267.

KAHN, Leo. **Julgamento em Nuremberg**. Epílogo da Tragédia. Tradução Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Renes, 1973.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- KIERKEGAARD, Sören. **O conceito da angústia**. Petrópolis: Vozes, 2010.
- KOURY, Luiz Ronan Neves. O *amicus curiae* no rito do recurso de revista repetitivo. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 79, p. 92/95, janeiro de 2015.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. As repercussões do novo Código de Processo Civil no Direito do Trabalho: avanço ou retrocesso? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 78, n. 03, p. 254/268, jul./set. 2012.
- KURI, Jorge Nader. El principio pro homine. Su desarrollo en el contexto de la convencionalidad internacional y la experiencia mexicana a partir de su incorporación constitucional. **Revista Académica**, Faculdade de Derecho de la Universidad La Salle, Mexico D.F., año XI, n. 22, p. 13/58, enero 2014.
- LEBRE DE FREITAS, José. **Introdução ao processo civil**. Conceito e princípios gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. **Duração do trabalho em todo o mundo**: Tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada. Trad. Oswaldo de Oliveira Teófilo. Brasília: OIT, 2009.
- LEISNER, Walter. **Grundrechte und Privatrecht**. München: C. H. Beck, 1960.
- LERER, Silvio. El marco de referencia de la mediación. **La Ley Actualidad**, Periodico Económico Tributario, Tomo 6, 02.03.1996.
- LIPOVETSKY, Gilles. **Metamorfoses da cultura liberal**: ética, mídia e empresa. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2004.
- LINDGREN ALVES, J. A. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 51, p. 52/71, jan/jun. 1999.
- LOCKE, John. **Ensaios sobre a lei da natureza**. Trad. Luiza de Souza Müller. São Paulo: USJT, 2005.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

André Araújo Molina

LOSANO, Mario G. Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais. Trad. Marcela Varejão. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, ano 8, n. 16, p. 264/284, jul./dez. 2005.

_____. **Sistema e estrutura no direito**. Do século XX à pós-modernidade. Vol. 3. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora UNB, 1980.

_____. **Sociologia do Direito**. Vol 1. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Trad. Peter Naumann e Vera Jacob de Fradera. **Revista AJURIS**, ano XVII, n. 49, jul. 1990, p. 149-168.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 5 ed. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? **Revista de Processo**, vol. 133, p. 67/79, março 2006.

_____. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 109, p. 389/414, jan./dez. 2014.

MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e Século XXI: A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. Novo CPC e fundamentação sentencial exaustiva: breves pinceladas críticas. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 79, n. 05, p. 529/537, maio de 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

_____. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 77, n. 3, p. 223/248, jul/set 2011.

_____. O procedimento comum clássico e a classificação trinária das sentenças como obstáculos à efetividade da tutela dos direitos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 65, n. 1, p. 229/250, out./dez. 1999.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2015.

_____; MONTEIRO, Luís Miguel; VASCONCELOS, Pedro Madeira de Brito; DRAY, Guilherme Machado. **Código do Trabalho Anotado**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 3 (2014), n. 9, p. 7073/7122.

MATURANA, Humberto R; VARELA, Francisco G. **De máquinas y seres vivos**. Autopoiesis: la organización de lo vivo. Santiago: Editorial Universitaria, 1973.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista Forense**, vol. 378, ano 101, p. 89-109, mar./abr. 2005.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Direito dos Tratados**. São Paulo: RT, 2011.

_____. Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 43, 2013, p. 71/94.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 9 ed. São Paulo: RT. 2015.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 78, n. 4, p. out./dez. 2012.

André Araújo Molina

MEIRELES, Edilton. O novo CPC e as regras supletiva e subsidiária ao processo do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 40, n. 157, p. 129-137, mai/jun 2014.

MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. **Tempo Social**, Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 1, p. 351-373, junho de 2006.

MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí: Unijuí, 2005.

MOLINA, André Araújo. **Teoria dos Princípios Trabalhistas**. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.

_____.; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e transação no direito do trabalho: Uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. **Revista LTr**, São Paulo, ano 74, n. 02, p. 190-203, fevereiro de 2010.

_____. Imunidade jurisdicional das pessoas jurídicas de direito público externo: um diálogo com Georgenor de Souza Franco Filho. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, ano XXII, n. 253, p. 17/30, julho 2010.

_____. Sistemas de responsabilidade civil objetiva e os acidentes de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 79, n. 2, p. 70-117, abr./jun. 2013.

_____. Dano existencial por jornada de trabalho excessiva: critérios objetivos (horizontais e verticais) de configuração. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 41, n. 164, p. 15/43, jul./ago. 2015.

_____. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 81, n. 3, p. 19/36, jul./set. 2015.

MONTBRUN, Alberto. Hacia la democracia directa. **Diário Los Andes**, Suplemento Cultura, Mendoza, Argentina, 12.09.2002.

MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, ano 12, n. 48, p. 135/153, out./nov./dez. 2013.

MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo multinacional**. Uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAIS, Dalton Santos. Democracia e direitos fundamentais: propostas para uma jurisdição constitucional democrática. **Revista da AGU**, ano X, n. 34, p. 83/112, out./dez. 2012.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 16, abril-junho 2008, n. 63.

_____. A teoria das restrições dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 17, outubro-dezembro 2009, n. 69, p. 86-109.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. **Revista LTr**, vol. 78, n. 08, p. 965/972, agosto 2014.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. Novos Paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Ronovar, 2006.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **A constitucionalização simbólica**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NIPPERDEY, Hans Carl. **Die grundrechte: handbuch der theorie und praxis der grundrechte**. Berlin: Dunker & Humblot, 1954.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

André Araújo Molina

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: RT, 2005.

PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. **Direito do Trabalho**. Parte I – Dogmática Geral. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 60.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos das coisas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

PILATI, José Isaac. A dimensão filosófica da pós-modernidade jurídica: ponto de partida da uma reconstrução paradigmática. **Revista Sequência**, n. 63, p. 291/317, dezembro de 2011.

PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, ano 81, n. 3, p. 95/164, jul./set. 2015.

PINTO, Mónica. El principio pro homine: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (Coord.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, p. 163/174.

PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. O dano morte. A existência jurídica do *pretium mortis*. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, vol. 27, n. 318, p. 72/88, dezembro 2015.

PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. **A boa-fé nas negociações coletivas trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011.

PUERTAS, Carlos Calderón. **Daño a la persona**. Origen, desarrollo y vicisitudes em el derecho civil peruano. Lima: Motivensa, 2014.

QUEIROZ, Marisse Costa de. O direito como sistema autopoietico: contribuições para a sociologia jurídica. **Revista Sequência**, n. 46, p. 77-91, julho de 2003.

RAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. Elementos da história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973. **Revista Justiça & História**, vol. 09, n. 17-18, 2012.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

ROCHA, Andréa Presas. A efetividade dos direitos de cidadania nas relações de emprego – em defesa de uma eficácia direta. In: ALMEIDA, Renato Rua de (coord.). **Direitos Fundamentais Aplicados ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Dumping social* ou delinquência patronal na relação de emprego? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 77, n. 3, p. 136/153, jul./set. 2011.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. Trad. Wagner Giglio e Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2004.

ROMITA, Arion Sayão. Dano moral coletivo. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 73, n. 02, p. 79/87, abr/jun 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Hacia un entendimiento postmoderno del derecho. Trad. Hortensia Adrianza de Casas. **Revista Frónesis**, Maracaibo-Venezuela, ano 1, n. 2, p. 163/177, dezembro de 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

André Araújo Molina

_____. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional.** São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

SARTRE, Jean Paul. **O ser e o nada.** Ensaio de ontologia fenomenológica. Petrópolis: Vozes, 2002.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile em droit français civil, administratif, professionnel, procedural:** conséquences et aspects divers. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939, t. II.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem constitucional:** construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SESSAREGO, Carlos Fernandez. **Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984.** Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas. Lima: Motivensa, 2009.

_____. Apuntes sobre el daño a la persona, **Ius et Veritas**, Edición Especial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 1/40, noviembre del 2002.

_____. Hacia una nueva sistematización del daño a la persona, **Cuadernos de Derecho**, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, n. 3, p. 28/42, septiembre de 1993.

_____. El daño al proyecto de vida, **Derecho PUC**, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n. 50, p. 1/25, diciembre de 1996.

_____. Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual, **Revista Themis**, n. 38, p. 179/209,

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89/94, abr./jun. 1998.

_____. **Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. Da legitimidade para postular indenização por danos morais. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, ano XXIV, vol. 70, p. 185-205, jul.1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, ano 91, volume 798, abril de 2002, p. 23-50.

_____. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do Direito**. Novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101/112.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. **Revista LTr**, vol. 70, n. 08, p. 920/930, agosto de 2006.

SOUZA, Zoraide Amaral de. A Organização Internacional do Trabalho – OIT. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, n. 9, p. 425/465, dezembro de 2006.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUPIOT, Alain. **Derecho del Trabajo**. Trad. Patrícia Rubini-Blanco. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

_____. **Homo juridicus**. Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

André Araújo Molina

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva Constitucional. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TESSARO, Ivan José. Limites do poder diretivo. Monitoramento da correspondência eletrônica – possibilidade. In: CESÁRIO, João Humberto (coord.). **Justiça do Trabalho e dignidade da pessoa humana**. Algumas relações do Direito do Trabalho com os Direitos Civil, Ambiental, Processual e Eleitoral. São Paulo: LTr, 2007, p. 119/138.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

URIARTE, Oscar Ermida. Aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos trabalhistas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, n. 2, p. 133/145, abr./jun. 2011.

VICENTE, Alfredo Fernández. Consideración sistémica del caso jurídico. El caos como almohada. **Revista La Justicia Uruguay**, Tomo 113, p. 39/43, mar./abr. 1996.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, p. 121/174, junho de 2009.

WESENDONCK, Tula; ETTORI, Daniella Guimarães. *Pretium Mortis*: questões controvertidas acerca da responsabilidade civil em decorrência do dano morte – um estudo comparado entre o direito brasileiro e o português. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3 (2017), n. 1, p. 729/761.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3 ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. **Tratado de Daños a las Personas**. Disminuciones psicofísicas. Buenos Aires: Astrea, 2011.

