

TEORIA *dos* PRINCÍPIOS TRABALHISTAS

ANDRÉ ARAÚJO MOLINA

A APLICAÇÃO DO MODELO METODOLÓGICO
PÓS-POSITIVISTA AO DIREITO DO TRABALHO

atlas

Teoria dos
PRINCÍPIOS TRABALHISTAS

Para alguns livros é disponibilizado Material
Complementar e/ou de Apoio no site da editora.
Verifique se há material disponível para este livro em

atlas.com.br

ANDRÉ ARAÚJO MOLINA

Teoria dos
PRINCÍPIOS TRABALHISTAS

A Aplicação do Modelo Metodológico
Pós-positivista ao Direito do Trabalho

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2013

© 2013 by Editora Atlas S.A.

Capa: Leonardo Hermano
Composição: Formato Serviços de Editoração Ltda.



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Molina, André Araújo
Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico
pós-positivista ao direito do trabalho / André Araújo Molina. --
São Paulo: Atlas, 2013.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-7964-1
eISBN 978-85-224-7965-8

1. Direito – filosofia 2. Direito – Teoria 3. Direito do trabalho 4. Direitos
fundamentais I. Título.

13-04774
CDU-34:331

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito do trabalho 34:331

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total
ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos
direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184
do Código Penal.



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384
Campos Elísios
01203 904 São Paulo SP
011 3357 9144
atlas.com.br

Obras do Autor

O nexa causal nos acidentes de trabalho. *Revista LTr*, v. 76, nº 12, p. 1421-1432, dez. 2012.

Impugnação ou réplica no processo do trabalho. *Revista LTr*, v. 75, nº 2, p. 190-196, fev. 2011.

Imunidade jurisdicional das pessoas jurídicas de direito público externo: um diálogo com Georgenor de Souza Franco Filho. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, ano XXII, nº 253, p. 17-30, jul. 2010.

Renúncia e transação no Direito do Trabalho: uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. *Revista LTr*, v. 74, nº 2, p. 190-203, fev. 2010. (Em coautoria com Willis Santiago Guerra Filho.)

Competência em mandado de segurança: autoridade federal apontada como coatora e a ampliação de competência da Justiça do Trabalho. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, ano XX, nº 240, p. 49-59, jun. 2009.

A eficácia preclusiva da coisa julgada. *Revista O Trabalho*, v. 148, p. 5050-5060, junho de 2009.

Competência em mandado de segurança. *Revista ANAMATRA*, ano XIV, nº 57, Brasília, p. 54-59, maio 2009.

Competência material trabalhista: critério científico para interpretação do inciso I do art. 114 da CF/88. *Revista LTr*, v. 72, nº 8, p. 945-961, ago. 2008.

A prescrição das ações de responsabilidade civil na Justiça do Trabalho. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, ano XVIII, nº 217, p. 79-110, jul. 2007.

O novo inciso IV do art. 114 da Constituição Federal e a sua aplicabilidade, abrangência e procedimento na Justiça do Trabalho. In: CAMPANA PINHEIRO, Alexandre Augusto. (Org.). *Competência da Justiça do Trabalho – aspectos materiais e processuais*. São Paulo: LTr, 2005. p. 106-140.

Honorários advocatícios na Justiça do Trabalho: nova análise após a Emenda Constitucional nº 45/2004. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, ano XVII, nº 213, p. 15-26, mar. 2007.

A sub-rogação das tarifas e taxas públicas em razão da adjudicação e arrematação no âmbito da execução trabalhista. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, ano 4, v. XVII, Forense, p. 3-17, jan. 2005.

Contratação de servidor pela administração sem o devido concurso público constitucional. *Revista da Escola Judicial do TRT da 23ª Região*, ano 2004. Acesso em: <www.trt23.jus.br/escolajudicial>.

Sumário

Prefácio, xi

Apresentação, xvii

Introdução, 1

1 A Ciência Jurídica, 5

1.1 Evolução da ciência jurídica, 5

1.2 Jusnaturalismo, 6

1.3 Positivismo jurídico, 12

1.4 Pós-positivismo, 22

1.4.1 A posição de Ronald Dworkin, 24

1.4.2 A posição de Robert Alexy, 28

1.4.3 A posição de Willis Santiago Guerra Filho, 32

1.4.4 Mecanismos de interpretação e aplicação do Direito para o pós-positivismo, 36

1.4.5 Razoabilidade, 38

1.4.6 Proporcionalidade, 43

1.4.7 Conflito entre regra e princípio, 45

2 A Fórmula Política Constitucional como Vetor Interpretativo, 51

3 Direitos Fundamentais, 65

3.1 Conceito e conteúdo material, 65

3.2 A dignidade da pessoa humana, 69

3.3 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais, 78

3.3.1 Introdução, 78

- 3.3.2 Movimentos de confluência entre os sistemas jurídicos público e privado, 81
- 3.3.3 Desenvolvimento da teoria na Alemanha, 84
 - 3.3.3.1 A posição de Claus-Wilhelm Canaris, 88
 - 3.3.3.2 A posição de Jörg Neuner, 92
- 3.3.4 Desenvolvimento da teoria em Portugal, 95
- 3.3.5 Desenvolvimento da teoria na Espanha, 101
- 3.3.6 Desenvolvimento da teoria nos Estados Unidos da América, 108
- 3.3.7 O panorama brasileiro, 111
 - 3.3.7.1 Ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, 111
 - 3.3.7.2 Eficácia indireta e aplicabilidade mediata, 112
 - 3.3.7.3 Eficácia direta e aplicabilidade imediata, 114
 - 3.3.7.4 Teoria eclética ou mista, 117
 - 3.3.7.5 Posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, 120
 - 3.3.7.6 Posição adotada pela jurisprudência trabalhista, 123
- 3.4 Princípio da proibição do retrocesso social, 127
- 3.5 Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho: A nossa tese, 134

4 Considerações sobre o Direito do Trabalho, 143

- 4.1 Formação histórica e evolução do Direito do Trabalho, 143
- 4.2 O futuro do Direito do Trabalho brasileiro – algumas notas, 154
- 4.3 Princípios do Direito do Trabalho, 159
 - 4.3.1 Princípio da proteção, 161
 - 4.3.2 Princípio da indisponibilidade de direitos, 163
 - 4.3.3 Princípio da primazia da realidade, 167
 - 4.3.4 Princípio da continuidade da relação de emprego, 168
- 4.4 Aplicação dos princípios na visão da doutrina e jurisprudência trabalhista, 169
- 4.5 Visão panorâmica do Direito estrangeiro, 185
 - 4.5.1 Argentina, 185
 - 4.5.2 Uruguai, 187
 - 4.5.3 Venezuela, 188
 - 4.5.4 Chile, 192
 - 4.5.5 Espanha, 194

4.5.6 Portugal, 196

4.5.7 Projeto de Código-Tipo de Direito do Trabalho na América Latina,
200

5 Constitucionalização do Direito do Trabalho, 203

5.1 A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho, 203

5.2 Razoabilidade na prática trabalhista, 214

5.3 Proporcionalidade na prática trabalhista, 217

5.4 A dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho, 221

5.5 Restrições dos direitos fundamentais trabalhistas, 224

5.6 Renúncia dos direitos fundamentais trabalhistas, 227

5.7 O princípio da proteção na perspectiva pós-positivista, 229

6 Conclusões, 235

Bibliografia, 239

Prefácio

Muito me honrou o convite do autor da presente obra para prefaciá-la. Trata-se de uma contribuição que me parece de grande relevância para o campo específico do Direito a que se dirige, o laboral, ao trazer a oportunidade de fertilizá-lo, com discussões as mais atuais em teoria do direito, mas também dá ensejo a que se desenvolvam tais discussões, em nível mais geral, filosófico mesmo. Isso porque a reflexão filosófica, tal como a concebemos, não só é intrínseca a qualquer discussão mais aprofundada de problemas jurídicos, enquanto de importância vital para nós que, com eles confrontados, somos remetidos aos fundamentos mesmo de nossa existência, onde se situa o esforço filosófico de maneira mais própria, mas também por haver muito o que aprender, para quem estuda filosofia, com a prática de resolução de tais problemas, assim como ela se dá no Direito. Prova disso é o interesse atual pela temática jurídica, demonstrado por filósofos influentes, como Michel Serres, na França, desde sua importante obra *O contrato natural*, Jürgen Habermas, na Alemanha, especialmente desde a obra que entre nós foi intitulada *Direito e democracia*, ou Giorgio Agamben, na Itália, com sua série de estudos realizados sob a rubrica da antiga figura jurídico-penal romana do *homo sacer*. Isso para mencionar alguns dos maiores dentre os ainda vivos.

É certo que o Direito sempre se fez presente nas reflexões humanas, por essa sua característica de estar relacionado com as condições mesmas de manutenção dessa forma de vida que é a nossa, a requerer um cuidado especial para que chegue a prosperar, frágeis como somos, enquanto seres naturais. Na verdade, tenho procurado desenvolver, no atual estágio de minhas pesquisas e discussões, uma ideia que coloca o Direito em posição ainda mais fundamental, como partícipe não apenas da manutenção da vida em comum, essencial para que existamos os humanos, mas do próprio momento de criação deste ser que somos, portanto, de sua origem e produção, o que significa, em termos conceituais, associá-lo não apenas à nossa prática social, a *práxis*, reprodutiva e mantenedora, mas de nosso processo de (auto)produção e formação, a (auto)poiese, transformativa e inovadora.

A esse novo modo de pensar o Direito e, a partir dele, tudo o mais, que nos concerne de mais importante, temos chamado de jushumanismo, ou neojushumanismo, para evitar confusão com humanismos os mais diversos, desde aquele antigo, cosmológico, tão acentuado pelos sofistas, passando pelo teológico cristão, medieval, da religião em que Deus, o ser infinito, por obra de uma parte sua, o Espírito Santo, totalizou-se ao se fazer o que ainda não era, o ser que, por se saber finito, existindo, no tempo, não é (eterno), ou seja, o ser humano, para daí chegarmos ao hiper-humanismo renascentista e, depois, moderno, primeiro burguês, capitalista, depois socialista, em versões nacionalistas, como os diversos fascismos, ou internacionalistas, a exemplo do(s) anarquismo(s) e do comunismo. Interessante é observar que nesses diversos momentos do que seria a história da civilização ocidental encontramos postulações acerca do Direito que tanto podem ser tidas como jusnaturalistas, quando não o consideram algo que seria feito pelos homens, até por ser antes o Direito que faz os homens – isso fica bem claro na distinção que faziam os gregos entre si e os bárbaros, em que não identificavam o conhecimento e respeito por leis, divinas, da *Diké*, que consideravam responsáveis pela ordenação do universo, pessoal ou familiar, social e natural em um *cosmos* – e também juspositivistas, enquanto feitas pelos homens, postas e impostas pelos detentores do poder para tal – ao que os gregos antigos denominavam *Nomos*, reconhecendo que *nomina* tinham todos, inclusive os bárbaros, mas que demonstravam sua barbaridade justamente por não relacioná-las a um padrão superior, imutável. Daí que esse confronto entre concepções jusnaturalistas e juspositivistas, entre uma perspectiva mais alargada e outra mais estrita do que seja o Direito e direito se fazer, pode ser detectado em situações verdadeiramente fundantes e de grande repercussão cultural, como na tragédia Antígona, mas também em momentos, reais, como o do julgamento e condenação de Sócrates, ou de Jesus.

A ideia de um pós-positivismo, tal como a desenvolvi nos textos escritos por ocasião de meu doutoramento na Alemanha – sobretudo em 1988, na expectativa de renovação suscitada pela nossa Assembleia Constituinte –, publicados em 1989 sob o título de *Ensaio de teoria constitucional*, no marco do que depois veio a se denominar “neoconstitucionalismo” – lembro de um artigo de Robert Alexy, publicado naquela época, em que ele contrapunha, com termos latinos, o *Legalismus* da abordagem tradicional ao *Konstitutionalismus* daquela que então defendia, na esteira dos desenvolvimentos do segundo pós-guerra –, era uma ideia de superação, em nível teórico, de contradições que correspondiam, em nível político, àquela entre legalidade e legitimidade. No centro das preocupações, portanto, estava a questão da validade do Direito, no momento em que se recompunha a do nosso direito, no Brasil. E eu, que estava preparando um doutoramento em direito processual, dentro dos (elevados) padrões técnicos da dogmática alemã, em uma universidade que contava dentre as suas estrelas tutelares a figura de Niklas Luhmann, de quem tive a oportunidade de me aproximar, justo quando estava operando a

mudança paradigmática para a concepção autopoiética, pude assim perceber, sob o influxo de uma tal constelação, que a resposta para os impasses representados por concepções antagônicas, jusnaturalistas e positivistas não poderia ser definitiva e nem já dada de antemão, mas deveria resultar do conhecimento obtido concretamente no processo, cotidianamente renovado, de buscá-la.

Era preciso, portanto, escapar da disputa academicista entre escolas jurídicas da milenar tradição jusfilosófica e partir ao encontro do que o jusfilósofo espanhol, orteguiano, Recaséns Siches, em artigo publicado em 1956 na revista mexicana *Dianoia*, resumindo a última grande obra que viria a publicar, a *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, em que expõe a famosa proposta de uma lógica do razoável (ou do humano, como ali também a denomina), chamou de “filosofia jurídica não acadêmica”. Algo similar era o que, de minha parte, propus em um dos textos reunidos naquele opúsculo antes referido, dos anos 1980, sob a denominação de “filosofia do processo”, sendo o que penso ter iniciado antes mesmo de seguir para realizar os estudos na Alemanha, ainda por ocasião dos estudos pós-graduados na PUC-SP, quando escrevi artigo publicado na *Revista de Processo* sobre a natureza da coisa julgada como problema filosófico. Sim, porque é esse o ponto em que se produz integralmente o Direito, da perspectiva judicial, por ser quando uma decisão estabelece aos que não souberam ou não quiseram acordar o que lhes é devido, e se essa fixação se deu com base em concepções jusnaturalistas, juspositivistas, (neo)liberalistas, (neo)comunistas ou um misto de diversas outras, em se operando a coisa julgada e o caso dado por encerrado, torna-se indiferente a fundamentação dada. “Coisa julgada” é outra forma de estabelecer força de lei, validade formal, tal como também possuem decisões administrativas e, claro, as normas jurídicas produzidas propriamente pelo legislativo. O desafio maior, portanto, a ser enfrentado pelo que, de minha parte sempre, cuidei de alertar, denominar-se-ia, em caráter provisório, “pós-positivismo” (v., por exemplo, o artigo em que condenso minha docência sobre este ponto, em “Pós-modernismo, pós-positivismo e a filosofia do direito”. In: *Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, n. 15, 1996), estaria na capacidade de objetar a validade de tais decisões, ainda que emanadas de procedimentos em que se obedecia ao previsto para garantir, formalmente, esta validade.

Do que se trata, portanto, é de desenvolver uma capacidade, forjada teoricamente, para dizer que uma determinada interpretação, mesmo que cabível dentro da moldura normativa de kelseneana memória, teria de ser repelida. E aqui, solidário com Recaséns, diríamos ser mesmo de uma “lógica do humano” que podemos – e devemos – nos valer, mas que a diferença dele é preciso dizer que esse *logos* há de ser às vezes mais, às vezes menos, do que razoável. Para ser mais, é preciso que seja, além de razoável, proporcional. Em uma recente conversa com amigos, circunstancial e passageiramente também alunos, produzimos uma

metáfora que me pareceu esclarecedora sobre esta confusão que ainda se faz muito entre nós, entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Partimos do famoso *topos*, segundo o qual seria desproporcional abater pardais com balas de canhão. Sem dúvida, mas bem que se pode mostrar razoável abatê-los com os meios adequados e exigíveis ou necessários, isso podemos muito bem conceber, por se tratar de uma raça de pássaros que não é nativa e se mostra extremamente ofensiva àquelas nativas, que nossa lei ambiental visa proteger. O mais importante, contudo, e esse é outro aspecto, de máxima importância, que também nos escapa, quando confundimos o princípio da proporcionalidade com a mera ponderação, está na relação deste princípio, instrumental, processual (donde o jogo de linguagem de chamá-lo de “princípio dos princípios”, homenageando o grande Edmund Husserl), com o que seria o maior dos princípios, em um Estado Democrático de Direito, que é o da dignidade humana, o princípio do respeito humano.

Em seu conteúdo essencial e em sentido estrito, o princípio da proporcionalidade determina, a nosso ver, a preservação deste princípio que giza o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, sendo estes direitos, por sua vez, que formam a substância, a ordem axiológica material, de um Estado de Direito que se possa qualificar de Democrático, legitimando-o. E se as determinações de ponderação para examinar a adequação e necessidade permitem que se realize uma subsunção, tal como se faria com regras, figurando regras que remeteriam à situação do conflito de princípios e direitos fundamentais, quando se trata de verificar a violação da dignidade humana, o excesso, que vai além da mera restrição de algum direito ou princípio, pontual, em nome da expansão, justificável, de algum outro, aqui não há regra nem subsunção que se possa predicar. Há que se fazer uma exceção, de maneira clara, assumida e justificada, e não do modo como vem se tornando cada vez mais comum, de a pretexto do exercício de uma discricionariedade juridicamente concedida se praticar, de fato, o mero arbítrio. E é nesse momento, também, em que a racionalidade e mesmo a razoabilidade podem não ser suficientes, pois há uma sensibilidade, um sentimento jurídico, o *Rechtsgefühl* de que falou Jhering em suas célebres conferências vienenses (das quais conhecemos sobretudo a *Luta pelo direito*) que não pode ser desconsiderado, quando repudia certas respostas, ainda que plausíveis e subsumíveis a normas jurídicas, para conflitos humanos, por serem respostas desumanas.

Eis que somos remetidos, então, ao aprofundamento do que seja o modo humano de ser, donde a postulação de um jushumanismo como o modo verdadeiramente pós-positivista de se cultivar o Direito e sua(s) ciência(s). E nesse contexto, seguindo indicações como a de Hannah Arendt, em sua última obra, *The life of the mind*, quando preconiza o desenvolvimento de uma filosofia política a partir da terceira crítica kantiana, a crítica da faculdade de julgar, portanto do gosto e do juízo estético, ou ainda as de Martha Nussbaum, a parceira de Amartya Sen no célebre livro sobre a qualidade de vida, de 1992, quando refere a fragilidade

da bondade, a justiça poética, o caráter terapêutico do desejo e o conhecimento amoroso obtido na fruição filosófica da literatura (*The fragility of goodness: luck and ethics in greek tragedy and philosophy*, 1986; *The therapy of desire*, 1994; *Poetic justice*, 1996; *Love's knowledge: essays on philosophy and literature*, 1992), ou Dru-cilla Cornell (em *Philosophy of the limit*, 1992), com seu apelo à responsabilidade judicial na manutenção do ideal de justiça para além do que já esteja estabelecido como tal, positivamente, em normas jurídicas, sejam regras ou princípios, e também naquelas da moral pública ou da ética, por mais elaborada que esta seja – para ela, explicitamente, Dworkin e Habermas são ainda positivistas, o mesmo se podendo dizer de Alexy. A essa lista, que me parece não por acaso ser composta por filósofas, eu acrescentaria a franco-libanesa Nayla Farouki, por sua magistral e equilibrada abordagem do tema da relação entre religiosidade e direito.

Do que faz falta, então, é de promover uma (re)aproximação da teoria a um modo antes poético, do que científico e mesmo filosófico (ou religioso), de desenvolver a reflexão e sua exposição. Em meados do século XX, a obra de Theodor Viehweg, *Tópica e jurisprudência* (ou melhor, traduzindo mais fielmente, *Topik und Jurisprudenz: Tópica e Ciência do Direito*) teve grande impacto na filosofia jurídica e, mesmo, na filosofia em geral, ao postular um retorno a Vico para resgatar a racionalidade argumentativa ínsita a disciplinas, como a tópica e a retórica, desacreditadas pelo racionalismo cientificista da (primeira) modernidade, então caído ele próprio em descrédito, em face dos horrores das duas grandes guerras mundiais, impulsionadas pelo avanço do conhecimento, que ao invés de trazer a esperada melhoria das condições da humanidade a estava, então como ainda agora, ameaçando com a extinção.

Para Vico, como é sabido, os primeiros poetas foram teólogos que com a sua teologia estabeleceram os fundamentos da organização política, inicialmente republicana, expressando-se através de “*imagines humanae maiorum*”, antes que por conceitos, como se faz em teologia natural ou racional (cf. *Sinopsi del diritto universale*, in: Vico, *Il diritto universale*, a cura di Fausto Nicolini, Bari: Laterza, 1936, p. 6, 7, 10 e 17). Daí ser para ele a poética uma sabedoria (*sapientia*), a se diferenciar tanto das ciências, como a matemática, enquanto um emprego da razão com finalidade demonstrativa, como das “técnicas” (*ars*), de natureza preceptiva – e também daquelas disciplinas que, segundo ele, são em parte demonstrativas e em parte preceptivas, dando como exemplo a Medicina e o Direito, e preceptivas em um sentido mais amplo do que seria a retórica (*oratoria*) ou uma outra disciplina, que denomina *imperatoria*, designação que aponta para algo assim como o que outros chamariam “arte de governar”, pois aquelas prescrevem na forma do aconselhamento (*consilia*) combinado com demonstrações, enquanto estas últimas combinam os conselhos (*consilia*) com os preceitos propriamente ditos (*praeceptis*).

É preciso, portanto, que se retorne mais uma vez a Vico e aos que, tanto antes, como depois dele, postularam uma defesa da racionalidade contemplando o solo mesmo de onde ela brota, o húmus da cultura donde emerge o humano: a capacidade simbolizadora presente na linguagem, em suas mais diversas formas (sendo o direito uma delas), enquanto produtora (e produto) do esforço de produção de um sentido para a existência desse ser em aberto, livre, que somos.

Praia do Porto das Dunas (CE), Páscoa de 2012.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) e da Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela UFC. Pós-Doutor e Doutor em Filosofia pela UFRJ. Doutor em Ciência do Direito pela Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld, Alemanha. Mestre em Direito pela PUC-SP e Bacharel em Direito pela UFC.

Apresentação

Este livro é uma versão, com algumas alterações, da nossa dissertação de mestrado defendida perante o Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 2010, tendo como integrantes da banca examinadora os Professores Doutores Willis Santiago Guerra Filho, Renato Rua de Almeida e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug.

O objetivo da pesquisa foi encontrar o melhor método jurídico para o estudo do Direito do Trabalho brasileiro – principalmente diante da fase de constitucionalização dos direitos trabalhistas desde a Carta de 1934, elevando-os à categoria de direitos fundamentais –, na medida em que o modelo juspositivista clássico aplicado ao Direito do Trabalho não mais atende, adequadamente, à complexidade social pós-moderna e aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Procuramos encontrar o método mais adequado para aplicação dos direitos fundamentais, na perspectiva da teoria do direito, a partir das possibilidades reveladas pelo direito positivo, mormente pela Constituição de 88, afastando-nos das pretensões de matriz filosófica estrita, de valoração do sistema de direito positivo. O objetivo foi o desenvolvimento científico do direito trabalhista pela perspectiva de um novo método, com vistas à exploração das potencialidades do direito posto, e não a sua valoração crítica. Sentir-nos-emos satisfeitos com a acolhida das sugestões do livro, de modo a proporcionar uma nova interpretação racional (= construção) da Ciência do Direito do Trabalho, a partir dos limites permitidos pelo atual sistema de direito positivo.

Isso porque o Direito como fenômeno social pode ser objeto de estudo nas mais diversas áreas do conhecimento, conforme o recorte dado pelo observador. Os juristas sempre tentaram responder “o que é o Direito?” (objeto da Ciência Jurídica), bem como quais os métodos mais adequados para esse estudo. Dois grandes grupos se formaram. De um lado os jusnaturalistas, defendendo a existência de direitos inatos, anteriores às leis, coincidindo o direito eficaz ao justo; de outro

lado os juspositivistas, que negam a existência de direitos além do direito positivo, fazendo coincidir o objeto da ciência do direito com a legislação posta em dado momento temporal e espacial.

Recentemente, uma “terceira via” vem sendo pavimentada, a partir da ideia de que não há direito precedente à legislação, contudo o justo deve permeá-lo. Trata-se de uma posição metodológica intermediária, que não nega algumas das teses do juspositivismo, mas busca uma retomada da moral no Direito, por meio dos princípios jurídicos. Para essa nova vertente, o sistema jurídico não é formado apenas de regras, como queriam os positivistas, mas de regras e princípios; os princípios são as aberturas por meio das quais o Direito conecta-se à Moral. Essa posição foi, no Brasil, batizada de modelo metodológico pós-positivista.

A nosso ver, apenas o método pós-positivista é o adequado a dar concretude ao ideário constituinte, criando um mecanismo de aplicação dos direitos fundamentais, os quais possuem a estrutura de princípios. E o Direito do Trabalho, inserido que está na moldura da Constituição, também reclama um novo método de interpretação e de aplicação, na medida em que é pródigo na garantia de direitos fundamentais e no conflito entre ideais sociais e liberais, todos com estrutura de princípios jurídicos.

O livro procurou inserir o Direito do Trabalho pátrio no modelo metodológico pós-positivista, principalmente utilizando o princípio da proporcionalidade para ponderar princípios jurídicos nos casos de colisão. Para tanto, analisamos a formação do Direito do Trabalho, demonstrando sua raiz social-marxista, bem assim que o método juspositivista empregado pela quase unanimidade dos intérpretes do direito laboral não mais atende às complexidades da pós-modernidade e as diretrizes da Constituição.

Cuiabá-MT, dezembro de 2012.

André Araújo Molina

Agradecimentos

Na realização da pesquisa científica, inobstante o grande esforço pessoal, a empreitada não pode ser realizada sem a colaboração de diversas pessoas. E são elas as destinatárias das palavras que se seguem.

O primeiro agradecimento aos meus pais, Edmundo Molina e Marilene, que desde a infância ensinaram que o único caminho para a vitória pessoal era o estudo, construído sobre sólida formação familiar, retidão de caráter e princípios éticos.

Aos meus irmãos Tiago, Filipe e Mateus, pelo apoio que me proporcionaram, possibilitando a permanência em São Paulo para a realização da pesquisa. Ao Mateus também o agradecimento pela ajuda no levantamento de parte do material bibliográfico.

À Juliana, companheira fiel, que abdicou de sua própria vida, pessoal e profissional, para me acompanhar nos estudos, dando o suporte para que eu pudesse desfrutar da tranquilidade para a pesquisa. Ela que, com desprendimento, alegria e naturalidade, é uma vez mais indispensável na nova temporada em São Paulo, para me dar novamente sustentação para o dedicado período acadêmico do doutoramento.

À Cuiabá-MT, cidade onde nasci, terra do pacu assado, do guaraná ralado, de gente acolhedora, da Faculdade de Direito da UFMT, minha escola, na esperança de que também por estas bandas possa ser produzida pesquisa jurídica de qualidade.

No ambiente mágico da PUC-SP, pude desfrutar, ainda que por período curto, de consistente avanço em minha formação acadêmica. Agradeço sinceramente aos Professores Doutores Antonio Carlos Mendes, Carla Teresa Martins Romar, Maria Helena Diniz e Paulo de Barros Carvalho. Sintam-se homenageados, cada qual a sua maneira, pelo trabalho concluído. As lições de cada um de vocês encontram-se aqui materializadas, do início ao final.

Especialmente agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho, por todas as lições dadas, dentro e fora da sala de aula. A simplicidade,

própria daqueles agraciados com o dom da genialidade, proporcionou o contato fraterno e o meu desenvolvimento intelectual, ainda que novos passos precisem ser dados. Tenho certeza que a maior aula que terei em minha vida foi aquela ministrada quando da defesa pública, para melhor aprofundamento do trabalho, face à recomendação dos outros examinadores para a publicação da dissertação. Apesar de não ser da “praxe acadêmica” a arguição do orientando pelo seu orientador, como disse o Mestre na ocasião, suas palavras serão inesquecíveis, sustentadas que foram por estrondoso substrato filosófico e capacidade analítica de raciocínio.

Ao Professor Doutor Renato Rua de Almeida, não só pelos ensinamentos transmitidos durante as aulas, a devoção pela docência, o debate profícuo, o avanço intelectual, mas principalmente pela indicação bibliográfica e o cuidado quando da defesa pública. A maior homenagem que um professor pode prestar aos seus alunos é dedicar-lhes sua atenção e tempo, debater com profundidade as ideias dos discípulos, pesquisar acerca do tema examinado, ainda que seja, em parte, para a realização de críticas acadêmicas construtivas.

Ao Professor Doutor Tercio Sampaio Ferraz Jr., mestre de todos nós, luminar de toda uma geração, o sincero agradecimento pelo apoio acadêmico quando mais eu precisava. Se no futuro eu conseguir realizar o meu sonho de me tornar jurista, terão sido seus os exemplos mais marcantes de simplicidade, humildade e desprendimento.

Ao amigo Edson Bueno de Souza, pelos debates informais, despreziosos, filosóficos, que despertaram o meu interesse pela academia.

Cuiabá-MT, dezembro de 2012.

André Araújo Molina

Introdução

Rudimentarmente, desde o método cartesiano, o conhecimento científico era fruto das observações realizadas por um sujeito em relação a um objeto, com a ajuda de um método. A ciência era a metalinguagem descritiva da realidade. Vários estudos foram desenvolvidos com o escopo de perquirir quanto às variantes de sujeito, objeto e método, no que se convencionou chamar de Teoria do Conhecimento (epistemologia). Os estudos que focavam no observador receberam o epíteto de gnosiológica, no objeto ontologia, no método metodologia e na relação entre eles de fenomenologia. O método é a “regra do jogo” científico; é o que distingue a ciência do conhecimento vulgar.

O estudo gnosiológico do conhecimento científico trabalhista é profícuo, pois entendemos que o sujeito-observador trabalhista traz consigo uma pré-compreensão de viés socialista, tendente a privilegiar os direitos dos trabalhadores até a última medida, de modo que acaba por deturpar o método e altera, por conseguinte, o objeto, assim considerado o objeto como o resultado descritivo da atividade científica.

É muito relevante investigar essa pré-compreensão para, compreendendo-a, buscar alterá-la, para que deixe de ser socialista e passe a ser democrática de direito, uma terceira via que não abandona princípios socialistas, nem também aqueles de viés liberal, mas acaba por ser a compatibilização harmônica entre essas duas vertentes. A pré-compreensão democrática de direito é imposição da Constituição Federal de 1988, a qual adotou diversos princípios socialistas e outros liberais, espalhados em diversos artigos, sem que haja precedência *prima facie* e abstrata entre eles. Incumbe aos três poderes de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – realizar a compatibilização desses interesses contrapostos e carentes de harmonização em cada caso concreto. Vivemos no tempo do multiculturalismo e da complexidade. As soluções abstratas e generalizantes não são mais satisfató-

rias, bem por isso as soluções dadas aos casos, soluções específicas e adequadas, devem obedecer, por outro lado, itinerário seguro e procedimentalizado de fundamentação, na qualidade de ferramenta adequada para o controle do exercício do poder pelos cidadãos.

Consequência da alteração gnosiológica será a alteração do método, pois o método positivista normativista, estribado apenas na existência de regras no sistema jurídico, que se aplicam no modelo “tudo ou nada”, não mais atende à pré-compreensão democrática de direito e, principalmente, à correta incidência dos direitos fundamentais. O novo modelo metodológico é o pós-positivista, para o qual existem os princípios, com a mesma força normativa das regras, entretanto eles se aplicam por ponderação, na maior medida possível e de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Basicamente, são estes os quatro objetivos específicos do livro: (1) investigar a formação histórica do Direito do Trabalho, a fim de buscar as raízes da sua pré-compreensão socialista; (2) depois, inseri-lo no paradigma constitucional atual, com a adoção da fórmula política do estado democrático de direito; (3) como consequência, adotar o modelo metodológico pós-positivista para o Direito do Trabalho, na qualidade de ferramenta adequada para lidar com os princípios jurídicos em um sistema que não é mais composto apenas de regras; (4) o resultado é a maior plasticidade dos princípios trabalhistas, modulando a incidência nos casos concretos, conforme as circunstâncias fático-jurídicas, legitimando a decisão tomada pela racionalidade do procedimento de incidência, afastando-se do modelo estático juspositivista. A ciência, enquanto resultado da atividade descritiva do jurista pós-positivista, há de ser outra, ainda que impregnada de alguns matizes sociais que dignificam o Direito do Trabalho como ramo autônomo.

Isso se dá pela necessidade de adequação dos princípios próprios do Direito do Trabalho à teoria constitucional de interpretação, na medida em que constitui aquele um tronco próprio e especial do Direito, mas vinculado à árvore da ciência jurídica globalmente analisada, influenciada, com efeito, pela Constituição Federal.

Em palavras outras, o Direito do Trabalho não pode ter a pretensão de se isolar do ambiente em que vive, mantendo teorias e interpretações próprias, desfocadas da evolução da interpretação jurídico-constitucional vivida no país nos últimos anos, na esteira de todos os países ocidentais pós Segunda Guerra.

Logo, com os objetivos alhures, dividiremos o trabalho em várias etapas para melhor exposição das teses e a conclusão de nossa teoria. Inicialmente faremos um inventário das principais fases da ciência jurídica, apontando as características das suas três grandes fases, quais sejam, o jusnaturalismo, o juspositivismo e o pós-positivismo, a última calcada na força normativa dos princípios. Demonstraremos as bases de sustentação do pós-positivismo, os seus mecanismos de

interpretação e de aplicação de regras e princípios, balizados pela razoabilidade e proporcionalidade.

No segundo capítulo, faremos um estudo das constituições brasileiras, a fim de demonstrar que a atual de 1988 adotou a fórmula política do estado democrático de direito, linha ideológica que é a harmonizadora das ideologias liberal e social.

No capítulo seguinte, estudaremos a decorrência imediata da normatividade dos princípios jurídicos que é a sua eficácia nas relações entre particulares, no que se convencionou chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Investigar se, a despeito de sua origem como direitos de defesa do cidadão frente às investidas do Estado, os direitos fundamentais também se prestam à defesa dos particulares em face das ações nocivas de outros particulares que violem direitos fundamentais, como se dá nas relações entre empregados e empregadores, de parte a parte.

Já no quarto capítulo, cuidaremos de demonstrar a formação histórica e a evolução do Direito do Trabalho, a sua principiologia clássica e seus fundamentos de sustentação. Faremos a exposição das doutrinas nacionais e dos dispositivos legais em que se apoiam os princípios trabalhistas em nosso sistema. Cuidaremos de situá-los em relação ao direito estrangeiro, em uma remissão apenas panorâmica, mostrando a sua manipulação nos diversos sistemas jurídicos ibero-americanos.

No quinto capítulo, o tema é a constitucionalização do Direito do Trabalho. É a inserção do ramo especializado na interpretação constitucional pós-moderna, com a aplicação do método pós-positivista, com a utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade como métodos adequados de solução para os conflitos entre regras e princípios, autonomamente e entre si. Também estudaremos o princípio especial basilar trabalhista que é o da proteção. Aplicaremos todas as ferramentas de teoria do direito e de filosofia jurídica inventariadas nos capítulos anteriores para revisitar o protecionismo, de modo a reconstruí-lo conectado com o Direito do Trabalho pós-moderno, acenando ao seu futuro, quando interpretado com as matizes pós-positivistas.

Tais teses radicam, mais especificamente, na necessidade de compatibilizar o moderno conceito de princípio, ínsito na ideia de ponderação (*rectius*: flexibilidade) quando nos casos de colisão com outros princípios, importando em retração e renúncia, diversamente do que sempre pregou a doutrina e a jurisprudência especializadas.

Não pretendemos professar ideologia liberal, muito ao contrário, o que se pretende é dar um tratamento rigoroso ao tema, sem os casuísmos e a utilização de *topos* argumentativos quase inexplicáveis, muito ao gosto da doutrina trabalhista, no que é refletida pela jurisprudência dominante. Almejamos dar a feição científica

que a principiologia especializada reclama, atuando enquanto juristas na tarefa descritiva do ordenamento jurídico e sem assumir posição política ou ideológica.

Essa compatibilização entre o caráter tutelar do Direito do Trabalho e a nova ideia de ponderação de princípios, com concessões recíprocas, não é das mais fáceis de propor e, principalmente, sistematizar com rigor científico. A enorme dificuldade está na fixação dos limites para a manipulação dos direitos fundamentais dos trabalhadores (princípios). É dizer: tem-se que admitir a plasticidade dos princípios, até para justificar a sua própria conceituação (característica interna), mas não se pode, a pretexto de ponderar, admitir o decisionismo e a corrosão integral dos direitos fundamentais sociais.

A chave, a nosso ver, o limite dos limites, é o princípio da proporcionalidade, conjugado com o ônus de argumentação jurídica racional para quem pondera princípios trabalhistas. A moldura dentro da qual fica o legislador infraconstitucional, o intérprete, quer jurista quer julgador, e os particulares é construída pelos princípios da vedação do retrocesso social e pela dignidade da pessoa humana.

1

A Ciência Jurídica

1.1 EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA

O Direito é corolário da vida em sociedade, daí por que afirmam estudiosos de filosofia e história do direito¹ que nos grupos sociais primitivos a forma de vida era nômade, promíscua e sem normas de convivência predeterminadas. Nos tempos que se seguiram, com o fim da promiscuidade e nomadismo, os grupos passaram às fases do matriarcado e do patriarcado, sendo o chefe da família, ora a mulher ora o homem, quem detinha a palavra final quanto aos padrões de comportamento, mas tais padrões não eram uniformes e não observavam nenhuma racionalidade.

Com o desenvolvimento da agricultura, as famílias se congregaram em torno de grupos maiores, com a estrutura de sociedade. Os conflitos já não mais poderiam ser resolvidos pelos chefes das famílias, que não tinham ascensão sobre os membros das famílias alheias. Eram eles, então, resolvidos pela vingança privada, autotutela, de modo que uma das primeiras legislações, a lei de Talião, representa um profundo avanço na coibição das arbitrariedades, vinganças privadas desmedidas. Com algum esforço, pode-se dizer que a regra do “olho por olho, dente por dente” é o antecedente remoto do princípio da proporcionalidade, na medida em que balizou a atuação privada dentro de parâmetros de moderação, com verdadeira ponderação entre o mal sofrido e a vingança a ser, legalmente, praticada em contrapartida; solução harmoniosa entre os direitos do ofendido e os direitos naturais da vítima da vingança.

¹ Por todos: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. HESAPANHA. António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. 3. ed. Lisboa: Europa-América, 2003. NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Com as remotas legislações – a partir do Código de Hamurabi (2000 a. C.) – os reis tomaram dos chefes de família o poder de dizer o direito para a sociedade, ora delegando parte desse poder aos sacerdotes ora aos juízes. “Surge, assim, a fase da composição, pela qual os povos substituem a vingança privada [...]. Com a *compositio* tem-se a criação do processo judicial, caracterizado pela figura do julgador, existência do litígio e de regras sociais a serem aplicadas.”² Embora codificado, o Direito na antiguidade, assim como em Roma, onde sofreu sérios aprimoramentos, expressava a sedimentação dos usos e costumes da população.

A doutrina de história e filosofia do direito classifica, com algumas variações, a evolução da ciência jurídica em diversas fases; entretanto, observa-se, guardadas as pequenas diferenças, que ciclicamente os questionamentos se voltam à definição do objeto dessa ciência. As correntes dividem-se entre aqueles que defendem a existência de direitos pressupostos, anteriores à legislação e válidos em qualquer tempo e espaço, e, de outro lado, aqueles que teorizam que não há direito anterior à legislação, direito metapositivo, direito pressuposto, apenas direito posto, identificável no tempo e espaço.

Por razões didáticas, agruparemos as diversas variantes das correntes de pensamento jurídico em dois grandes grupos, conforme advoguem a tese da existência ou não de direitos anteriores à legislação.

Avançaremos para o delineamento de uma terceira linha epistemológica, intitulada entre nós de pós-positivista, que pretende ser a harmonizadora das correntes antagonicas do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, terceira via que entendemos seja a mais adequada a dar plena eficácia aos direitos fundamentais e, por corolário, aos direitos fundamentais trabalhistas no ambiente da pós-modernidade.

1.2 JUSNATURALISMO

Nos primórdios da filosofia grega invocava-se o princípio da autoridade para justificar a natureza das coisas e explicar a realidade da vida, lastreado quase sempre no misticismo. Era construída uma fé tradicional que guiava a conduta dos cidadãos, em todos os seus espaços, privados e públicos. Nessa fase identificava-se o Direito legislado com a vontade divina, reclamando a sua cega observância por todos.

Na segunda fase da filosofia grega, uma das correntes de pensamento que mais se destacou foi a dos Sofistas (Século V, a. C.), identificados entre outros na

² Nader, *Filosofia do direito*, p. 93.

figura de Protágoras. Tinham como métodos de fazer filosofia a dialética e crítica às posições culturalmente dominantes. Satisfaziam-se em criticar as crenças gregas, expondo-as a certos paradoxos. Uma primeira contribuição dos Sofistas para o futuro da filosofia e da ciência jurídica foi questionar qual era o conceito de justo. Na resposta à questão, com a utilização dos métodos críticos e dialéticos, passaram pela premissa de que não há uma verdade absoluta das coisas – a depender do ponto de vista de cada homem – e, como conclusão, que também não existia um conceito de justo absoluto e imutável, por isso a legislação escrita não se identificava com o justo *por natureza*, antes expressava o arbítrio e a força, a vontade dos poderosos. Afirmavam, deduzindo da premissa retroconstruída, que não havia identidade entre aquilo que era justo por natureza e aquilo que era justo por lei (pelo direito positivo), pois se assim fosse todas as leis seriam iguais e imutáveis, em qualquer espaço e tempo.

O paradoxo do conceito de justo apontado pelos Sofistas, ao mesmo tempo em que pretendeu comprovar a existência de um direito *por natureza*, diverso do direito escrito, também instigou os seus adversários à reflexão e ao debate, quando foram desenvolvidas teorias em torno da identificação do direito legislado com a natureza das coisas, do direito posto com o direito pressuposto, na busca de explicar a existência do justo absoluto. Sócrates foi o grande adversário dos Sofistas, desenvolvendo a teoria de que se deveria obedecer virtuosamente as leis, não só aquelas escritas pelos homens, mas, principalmente, as impostas pelos deuses. “Assim Sócrates afirmou a sua fé em uma justiça superior, por cuja validade não é necessária uma sanção positiva, nem uma formulação escrita. A obediência às leis do Estado é, pois, em todos os casos, para Sócrates, um dever. O bom cidadão deve obedecer também às leis más, para não encorajar o cidadão perverso a violar as boas.”³

As teses dos Sofistas e de Sócrates, respeitadas as diferenças quanto às fundamentações e conclusões, tinha o ponto de contato que era o reconhecimento da existência do justo por natureza, de direitos inerentes aos homens anteriores àqueles previstos na legislação, muito embora para os Sofistas os direitos naturais nem sempre coincidiam com a legislação, enquanto para Sócrates os direitos naturais eram sempre adotados pelo legislador, materializados nas leis, por isso, deveria o direito posto ser obedecido pelos cidadãos. A síntese que pode ser formulada a partir da dialética grega é o reconhecimento de direitos por natureza, anteriores àqueles previstos na legislação; é reconhecer a existência de duas ordens jurídicas, uma positiva e outra pressuposta, divergindo-se apenas se havia pontos de sobreposição entre ambas.

³ Del Vecchio, *História da filosofia do direito*, p. 18.

Roma não possuiu uma filosofia jurídica própria, se não o refinamento das teorias gregas, principalmente realizado por Cícero (106/43 a. C.), o qual não se filiou a nenhuma escola grega, mas adotou a premissa da existência de direitos por natureza. Para ele o direito não é produto do arbítrio, mas um dado da natureza. Segundo anota Del Vecchio em relação à Cícero, este “observa que nem tudo que é posto como direito é justo, que, em tal caso, também as leis dos tiranos formariam direito. O direito funda-se em opinião arbitrária, mas existe um justo natural, imutável e necessário, pelo testemunho inferido da própria consciência do homem”.⁴

A contribuição dos juristas romanos foi desenvolver a aplicação prática do *jus naturale*, concedendo aos julgadores a possibilidade de se invocar os direitos naturais contra o direito positivo, nos casos de violação daquele, invocando a equidade como critério de julgamento. “O simples reconhecimento de que o direito positivo é contrário ao direito natural não basta, por si, para aboli-lo, mas determina uma tendência à sua reforma ou modificação, também no momento da aplicação judicial, por meio da equidade.”⁵

Com a chegada da Idade Média, anunciada pela queda do Império Romano, formação das pequenas sociedades em torno dos feudos e o fim dos poderes centrais, a instituição que mais ganhou projeção foi a Igreja Católica. A partir de suas doutrinas, o Direito confundiu-se com o divino. As filosofias de Paulo de Tarso, São Paulo, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino – este último que divisou as três espécies de leis: a eterna, a natural e a humana⁶ – pavimentaram o caminho para o apogeu do Direito natural, em sua segunda fase teológica. A pedra de toque da doutrina de Santo Tomás de Aquino era a ideia de que as leis humanas eram criações terrenas para as situações particulares, eram “uma *especificação* maior daquilo que é afirmado de modo geral na *lex naturalis*”. Como consequência, “Não deve, porém, ser obedecida quando implique uma violação da *lex divina*.”⁷

O traço básico que se firmou quanto ao Direito natural é o reconhecimento da existência de direitos além daqueles previstos na legislação, sejam pressupostos do misticismo, em sua primeira fase grega, sejam pressupostos da teologia, na segunda fase medieval. Para ambos, o direito legislado deve submeter-se aos direitos naturais que se encontram em nível superior, possibilitando o controle da “justiça” do direito positivo pela atividade do aplicador.

⁴ Del Vecchio, op. cit., p. 35.

⁵ Del Vecchio, op. cit., p. 37.

⁶ TOMÁS DE AQUINO, S. *Suma teológica*. Tradução de Carlos Josaphat Pinto de Oliveira (Coord.). Tomo I-IX. São Paulo: Loyola, 2001-2006.

⁷ Del Vecchio, op. cit., p. 47.

Precedendo a chegada da modernidade, o Renascimento, com a retomada da autonomia dos indivíduos, com a liberdade de pesquisa e de crença (nascimento do protestantismo), com a retomada dos ideais da antiguidade, valorizaram-se o humanismo e o naturalismo, rompendo a dualidade entre Papado e Império, fatos que possibilitaram o desenvolvimento de teorias racionalistas em torno do Direito natural.

O Direito natural de vertente teológica sofreu dois sérios golpes a partir do século XIV, com as contribuições de Guilherme de Ochkam, franciscano, mas que, por valer-se do método empirista em sua filosofia, passou a divisar aquilo que era divino (metafísico) do que era científico – passível de comprovação pela experiência. O outro autor que deu um duro golpe no Direito natural teológico foi Hugo Grócio, já na Idade Moderna, século XVI, para quem o Direito natural independia da vontade divina, pois o direito natural existiria mesmo que Deus não existisse, sendo ele fruto da racionalidade do homem.⁸ É também dele a ideia rudimentar de contrato social que, posteriormente, foi aprimorada, em suas diversas vertentes, por Thomas Hobbes (absolutista), John Locke (liberalista), Samuel Puffendorf e Jean Jacques Rousseau, culminando com a lição deste último de que os cidadãos, para preservar seus direitos naturais inatos, haveriam de delegá-los ao Estado em troca dos direitos civis.⁹

A Escola Racionalista do Direito natural ancorava-se em quatro premissas, segundo nos ensina Paulo Nader: (1) o reconhecimento de que a natureza humana seria fonte do direito natural; (2) a admissão da existência, em épocas remotas, do estado de natureza, onde o homem vivia sem a intervenção do Estado e das leis positivadas; (3) o contrato social como origem da sociedade e do Estado e, na sua esteira, o surgimento da legislação; (4) por fim, existência de direitos naturais inatos, anteriores ao surgimento da lei.¹⁰

Foi Immanuel Kant o último e maior expoente do Direito natural racionalista. Para ele, o Direito natural decorria da liberdade humana, com total independência da legislação positiva. Essa seria apenas a aplicação com mais detalhe dos princípios racionais de origem natural. A legislação era uma decomposição dos direitos

⁸ Racionalismo que reflete a virada renascentista do teocentrismo para o antropocentrismo. As doutrinas também precisavam explicar a existência de regras de conduta social naqueles grupos sem uma cultura religiosa desenvolvida, como eram os bárbaros. Daí por que a afirmação de Hugo Grócio de que, mesmo que não existisse Deus, haveria o direito no seio das sociedades.

⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores.)

¹⁰ Nader, op. cit., p. 132.

naturais,¹¹ na mesma linha de raciocínio que acena às origens do direito natural místico; enquanto na primeira fase do jusnaturalismo as leis eram a especificação dos direitos divinos, para Kant eram reflexos da liberdade.

Uma das maiores contribuições do Direito natural racionalista foi o conceito de sistema, com seus pilares de ordenação e unidade. Teorizou-se que na construção e estudo do ordenamento jurídico dever-se-ia observar a sua organicidade, analisando-o em seu conjunto e não episodicamente. Também foi nessa fase que ganhou corpo o empirismo que, depois de difundido por Hume e Kant, deu ares de cientificidade ao Direito, mais a frente abrindo caminho para o desenvolvimento do positivismo filosófico e, na sua esteira, o positivismo jurídico, em suas mais variadas formas.

Para os adeptos do jusnaturalismo, das três etapas históricas, o sistema admite o afastamento de uma regra posta na legislação quando em contradição com o Direito natural, com o conceito de justo. Por encontrarem-se hierarquicamente acima das leis, os direitos naturais servem como paradigma para controle de legitimidade do direito positivo; uma legislação pode ser válida, conforme a pertinência ao sistema legislado, mas pode deixar de ser aplicada se ilegítima, ou seja, se violar o arcabouço de valores que integram o conceito de Direito natural (místico, teológico ou racional).

Carlos Santiago Nino resume o jusnaturalismo em duas premissas conjuntas e inafastáveis: (a) existem princípios morais e de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana; e (b) um sistema normativo ou uma norma não podem ser qualificados de “jurídicos” se contradizem aqueles princípios morais e de justiça. E conclui que “Se alguém rechaça algumas dessas teses, ainda quando aceite a outra (supondo que isso seja possível), não será considerado um jusnaturalista.”¹²

Por sua vez, o jusnaturalismo recebeu variadas críticas, que poderiam ser agrupadas a partir de quatro pontos de vista. Pela vertente epistemológica, os críticos diziam que a tese jusnaturalista é metafísica, seus conceitos situam-se além do alcance da experimentação, por isso não pode ser comprovada e considerada como científica.

No viés psicológico, a pretensão de um justo absoluto, imutável, que liberte os homens de responsabilidades e traga paz, impede as críticas e os movimentos de renovação, por isso facilmente converte-se em crenças místicas. Já no ponto de vista político, o Direito natural, com sua maleabilidade conceitual e falta de racional-

¹¹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores.)

¹² “Si alguien rechaza alguna de estas tesis, aun cuando acepte la otra (suponiendo que ello sea posible), no será considerado un iusnaturalista” (Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, p. 28).

dade, se presta a uma função conservadora do poder existente, lustrando-o com tintas de validade e legitimidade, como de resto se deu com a fase do absolutismo, ancorado em ideais jusnaturalistas, chegando ao ponto de Alf Ross vaticinar que “a semelhança de uma cortesã, o direito natural esta à disposição de qualquer um. Não há ideologia que não possa ser defendida recorrendo à lei natural”.¹³

Mas é sob o ponto de vista jurídico que as críticas foram mais agudas.

O mecanismo de aplicação do Direito para os adeptos do jusnaturalismo, em resumo, passa pela identificação da situação concreta sob apreciação, verificação de qual a solução dada pelo direito positivo, verificação da legitimidade dessa legislação em face dos direitos naturais e, após o teste, aplicam a sanção prevista na lei ou a solução recomendada pelo Direito natural, conforme sejam justas ou não as soluções legisladas, mecanismo que possibilita, por exemplo, a imposição de resultados distintos para situações idênticas, bastando invocarem-se argumentos de Direito natural para deixar de aplicar a sanção em um dos casos. Os opositores do jusnaturalismo anotam que a adoção de um método que admita o afastamento da legislação, com apoio no ideal rarefeito de justiça, ocasiona violação da segurança jurídica, da racionalidade e da previsibilidade, permitindo o decisionismo, com a possibilidade do emprego dos valores ideológicos de cada intérprete e do conceito de justiça de cada julgador.

Em crítica à maleabilidade do conceito de justo, anota Norberto Bobbio que os próprios autores jusnaturalistas jamais chegaram próximo de um consenso quanto ao padrão mínimo de justiça. “Para Kant (e em geral para todos os jusnaturalistas modernos) a liberdade era natural; mas, para Aristóteles, era natural a escravidão. Para Locke, era natural a propriedade individual, mas para todos os utopistas socialistas, de Campanella a Winstanley e a Morelly, a instituição mais adequada à natureza humana era a comunhão de bens”,¹⁴ demonstrando a impossibilidade de se dar segurança no momento do teste de legitimidade da legislação em confronto com os direitos inatos.

Várias correntes diversas do jusnaturalismo nasceram entre os séculos XIX e XX, cada qual com diretrizes que às vezes se aproximavam do Direito natural, às vezes identificando o Direito com o texto legal. Mas, enfim, a maior divergência com a corrente do jusnaturalismo foi inaugurada pela Escola da Exegese.

A Escola da Exegese francesa, com influência direta na formação da Escola Pandectista alemã e na Escola Analítica de Austin na Inglaterra, reconhecia a eficácia dos direitos naturais, porém pregava que o Direito natural influenciava o

¹³ “a semejanza de una cortesana, el derecho natural esta a disposición de cualquiera. No hay ideología que no puede ser defendida recurriendo a la ley natural” (Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, p. 221).

¹⁴ Bobbio, *Teoria da norma jurídica*, p. 56.

legislador e, por isso, os códigos refletiam os direitos inatos, por isso não pode o intérprete e o aplicador afastar-se do texto legal a pretexto da aplicação de direitos naturais, acenando à doutrina socrática. Ao assim procederem, estariam subvertendo os próprios direitos naturais que eles argumentavam prestigiar. Os métodos lógico-matemático e empirista utilizados pela Escola da Exegese pavimentaram o caminho para que o juspositivismo pudesse ser gestado, radicado na tese principal da obediência à legislação, sem a realização de testes de justiça.

A despeito dos pontos negativos, o jusnaturalismo não foi completamente superado pela passagem do tempo, antes se rivaliza com o juspositivismo, em etapas históricas cíclicas, ora com maioria de adeptos ora com minoria; às vezes com teorias mais refinadas às vezes não. São jusnaturalistas Gustav Radbruch e Jacques Maritain, e em nosso país Goffredo Telles Júnior, com seu direito quântico, e Paulo Nader.

1.3 POSITIVISMO JURÍDICO

Os pressupostos da corrente de pensamento filosófico do positivismo foram a queda da hegemonia da Igreja Católica, com o fim da Idade Média, quando retomou-se a crença na autoridade da razão humana. Abandonaram-se as hipóteses de origem divina e os mandamentos eclesiásticos, para a adoção de um método que valorizasse a racionalidade, com critérios empíricos e matemáticos.

Nessa perspectiva, foi escrito o *Curso de filosofia positiva*, em seis volumes, de Augusto Comte, entre os anos de 1830 e 1842, no qual o autor negava a metafísica e o racionalismo dedutivo, valorizando o empirismo e a experimentação dos fatos para comprovação da cientificidade das teses. Por essas razões, os filósofos de inclinação positivista negavam a natureza científica do Direito, que era visto como metafísico. Negavam, também, o Direito natural, seja teológico seja racional, o qual era carente de comprovação pela experiência sensorial.

Passagem histórica importante para explicar a aplicação dos métodos do positivismo filosófico ao Direito foi aquilo que se convencionou chamar de Círculo de Viena.¹⁵ O método experimental aplicado nos estudos das ciências da natureza atingiu enorme sucesso, com a valorização dos fatos concretos, experimentados, aplicando-se uma concepção mecanicista à natureza. O procedimento científico universal passou a ser decomposto em três etapas: (1) observação dos fatos; (2) formulação das hipóteses; (3) experimentação sensorial para a confirmação das

¹⁵ Para maiores aprofundamentos quanto ao movimento ver MENDES, Sônia Maria Broglia. *A validade jurídica: pré e pós giro linguístico*. São Paulo: Noeses, 2007; e CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

hipóteses, com posterior fixação do conhecimento como científico. Por outro lado, abandonou-se a metafísica, intitulando de não ciência aquilo que não era comprovado pela experiência, como era o Direito.

Foi nesse contexto histórico-filosófico que nos cafés de Viena, Áustria, por volta do ano de 1907,¹⁶ diversos estudiosos, das mais diversas áreas, reuniam-se uma vez por semana para discutir temas de filosofia. Um dos seus objetivos principais era a unificação do método científico, tanto para as ciências da natureza quanto para aquelas conceituadas de humanas. Os pilares de sustentação da empreitada eram a utilização do método lógico-matemático e a precisão da linguagem da ciência. Do grupo fizeram parte, por exemplo, Sigmund Freud, Bertrand Russel, Karl Popper, John Stuart Mill, Ostwald von Neurath, Rudolf Carnap, Felix Kaufmann e Moritz Schlick, este último integrante após o fim da Primeira Guerra Mundial, quando da retomada dos encontros.

Paulo de Barros Carvalho diz que alguns dos líderes do grupo de Viena, em 1929, publicaram um manifesto onde estava expresso o programa neopositivista, com as seguintes diretrizes: (a) formação de uma ciência unificada, abrangendo todas as formas de conhecimento; (b) o meio para tanto era o método lógico; (c) os resultados da aplicação desse método seriam a eliminação da metafísica e a clarificação de conceitos da matemática e das ciências empíricas; (d) estavam listados os seus precursores, cujas teorias empolgaram o movimento: David Hume, Gottlob Frege, Ernst Mach, Ludwing Josef Johann Wittgenstein e Augusto Comte.¹⁷

O grupo se desfez nas vésperas da Segunda Guerra Mundial, quando da ocupação da Áustria pelos nazistas, mas deixou plantadas sementes que frutificariam para o Direito anos depois. Em 1936, Moritz Schlick foi assassinado. A maioria de seus integrantes refugiou-se em diversos países, principalmente Inglaterra e EUA, e o grupo jamais foi refeito.

O único jurista a participar do grupo de Viena foi Hans Kelsen que, refletindo a influência do neopositivismo lógico, tentou empregar no estudo do Direito os métodos empírico-matemáticos unificados pelo Círculo de Viena. A sua obra célebre foi a *Teoria pura do direito* (1934, com a segunda edição contendo ampliações e correções de 1960). Uma de suas premissas era a pureza metódica, extremar, no estudo do Direito, a norma jurídica (objeto da Ciência) dos fatos e dos valores (política, ética e a moral).¹⁸ Não que os fatos e valores fossem irrelevantes para o

¹⁶ Com interrupção durante a Primeira Guerra Mundial, retornando por volta de 1922.

¹⁷ Carvalho, *Direito tributário*, p. 23-29, passim.

¹⁸ “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer

fenômeno jurídico, apenas não eram objeto da Ciência do Direito e sim de ciências paralelas, como são a Sociologia Jurídica e a Filosofia do Direito.¹⁹

Divisou ele vários sistemas de ordenação das condutas humanas, entre os quais o Direito e a Moral, que não se confundem. Enquanto para autores jusnaturalistas havia coincidência, total ou parcial, conforme a tese, entre os sistemas moral e jurídico, para Kelsen não há nenhum ponto de contato, 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. Mais ainda. 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 autor que devemos ter presente, porém, quando apreciamos “moralmente” uma ordem jurídica positiva, quando a valoramos como boa ou má, justa ou injusta, que o critério é um critério relativo, 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 ou critério fornecido por outro sistema moral.²⁰

A partir da premissa de que a comparação do direito positivo a uma ordem moral é relativa e irracional, avança Kelsen para sentenciar que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de adequarem-se à ordem moral, daí por que uma norma jurídica por ser válida ainda que contrarie a ordem moral. Diz ele:

A tese, rejeitada pela Teoria Pura do Direito, mas muito espalhada na jurisprudência tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência, deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, pressupõe, porém, uma Moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda a parte.²¹

isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental” (Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 1).

¹⁹ “um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. [...] Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar, ou muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscure a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (Kelsen, *op. cit.*, p. 1-2).

²⁰ Kelsen, *op. cit.*, p. 76.

²¹ Kelsen, *op. cit.*, p. 75-78.

Na linha da comparação entre os sistemas jurídicos e morais, principalmente quanto à relatividade deste último e a independência entre a justiça e a validade, anota Norberto Bobbio, difusor de Kelsen, que:

Um socialista dificilmente conceberá como justo um ordenamento que reconhece e protege a propriedade individual; assim como um reacionário dificilmente admitirá como justa uma norma que considere a greve lícita. E ainda, nem o socialista nem o reacionário terão dúvidas sobre o fato de que, em um ordenamento positivo como o italiano, tanto as normas que regulam a propriedade individual quanto as que reconhecem o direito de greve são válidas.²²

Essa divisão das ordens morais e jurídicas, e a independência entre elas, no sentido de que o direito positivo não precisa ser moralmente adequado ou justo para ser válido e eficaz, bastando conformar-se com o mecanismo procedimental de edição previsto nas constituições, rompeu com a premissa elementar do jus-naturalismo, a de que o direito positivo, para ser válido, deveria conformar-se ao justo *por natureza*, aos direitos naturais anteriores às positivações das legislações.

O autor vienense avança para doutrinar que não há um evento natural que seja, em si mesmo, relevante para o Direito, que seja por sua própria natureza um ato jurídico. É o legislador, respeitando os balizamentos procedimentais das constituições, quem atribui consequências jurídicas a um evento natural, transformando-o em um ato jurídico. São, pois, as normas jurídicas que atribuem-se-lhes essas consequências.

Acrescenta que: “o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”.²³

Para ele, as normas jurídicas, como resultado da atividade legislativa, são os átomos que compõem a ordem normativa da conduta humana que é o direito positivo. Não reconhece Kelsen, enfim, a existência de direitos *por natureza*, direitos anteriores à legislação ou eventos naturais que sejam jurídicos *a priori* ou de *per si*.

Também Hans Kelsen foi quem deu dignidade científica ao Direito, com o desenvolvimento de vários de seus conceitos atuais, tais como sanção, ilícito, dever jurídico, responsabilidade, direito subjetivo, relação jurídica, entre outros. No prefácio à primeira edição da *Teoria pura do direito* ele profetiza a sua intenção,

²² Bobbio, *Teoria da norma jurídica*, p. 49.

²³ Kelsen, *op. cit.*, p. 5.

reconhecida como alcançada por todos os juristas atuais, ainda que não seguidores das suas teses:

Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e precisão.

Em nosso sentir o principal conceito recolhido das lições kelseneanas, ainda muito útil para as correntes jurídicas pós-modernas, como é a do pós-positivismo, que nós adotamos como a mais adequada – que será vista nos tópicos que se seguem, é a precisa distinção entre os níveis de linguagem do direito positivo e da ciência jurídica, é a distinção entre o objeto de estudo, linguagem-objeto (normas jurídicas) e o resultado descritivo dessa atividade, a ciência, a metalinguagem (proposições jurídicas).²⁴

Essa distinção inicial formulada por Hans Kelsen possibilitou a construção de diversos outros conceitos jurídicos fundamentais. Em sede de teoria geral do direito é lição primordial que cabe ao legislador eleger entre os fatos sociais aqueles relevantes para o Direito, de modo a imputar-lhes consequências jurídicas, transmudando-os em fatos jurídicos. Em palavras outras, é o legislador quem constrói o sistema de direito positivo, cujos elementos são os textos ou dispositivos (para Kelsen, normas jurídicas).

Nas pegadas de Kelsen, não há um fato social que seja jurídico *a priori*, mas depende sempre da eleição pelo legislador, recolhendo-o pela legislação e imputando-lhe consequências jurídicas. Um único fato social, por corolário, pode ser recolhido pelo legislador como relevante em uma única situação ou em diversas perspectivas, sendo-lhe atribuídos diversos efeitos legislativos, como ocorre, por exemplo, nos limites do Direito do Trabalho, com um único fato social do acidente de um empregado, fato que é recolhido pelo legislador em diversas perspectivas, como a trabalhista, administrativa, civil, penal, previdenciária e tributária. O intérprete, ao confrontar-se com cada uma das situações, nas diferentes pers-

²⁴ “As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações deve, como *proposições* jurídicas, ser distinguidas das *normas* jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. *Proposições* jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas” (Kelsen, op. cit., p. 80).

pectivas, deve consultar a legislação específica, conforme esteja perquirindo as consequências civis ou previdenciárias do sinistro, por exemplo.²⁵

Ao contrário do que ordinariamente se pensava, não são os textos de lei que são aplicados pelo juiz aos casos concretos, mas o resultado da sua interpretação. O sistema de direito positivo é o objeto de análise do intérprete, quer jurista quer julgador, pelo que a proposição jurídica é o resultado dessa interpretação, cujas proposições, para os adeptos do positivismo, 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.

A corrente metodológica positivista, a despeito de eleger as regras jurídicas como os únicos elementos normativos do conjunto da ciência jurídica, não desconhecia a existência dos princípios. Entretanto, para os juspositivistas os princípios não tinham força normativa plena, mas apenas as funções secundárias de inspiração do legislador, de interpretação (no momento da construção das proposições a partir dos textos) e a função normativa restrita, esta última considerada apenas como fonte supletiva, no caso de ausência de normas e no preenchimento das lacunas do sistema.²⁶

Também é de Kelsen a formulação de que, enquanto átomos que compõem o sistema jurídico positivo, as normas jurídicas recolhem seus fundamentos de validade em normas hierarquicamente superiores, a partir de cuja implicação vertical deu a forma piramidal ao sistema jurídico, sendo a sua consequência principal a existência dos controles de constitucionalidade e legalidade dos atos normativos.

²⁵ Nesse caso, o intérprete deverá observar o direito positivo específico, conforme a perspectiva que ele esteja estudando. Se estiver analisando as consequências trabalhistas do acidente do empregado deve consultar a CLT, as consequências previdenciárias a Lei nº 8.213 de 1991, os efeitos de ordem penal o Código Penal, os efeitos civis o Código Civil, e assim por diante. Diferenciação que não é compreendida por diversos autores, entre eles Sebastião Geraldo de Oliveira e José Affonso Dallegrave Neto, quando ambos confundem ao invocar os requisitos da legislação previdenciária para o reconhecimento da responsabilidade civil do empregador por acidente. “Assim, a postulação judicial das indenizações por danos materiais, morais e/ou estéticos, por parte daquele empregado que foi vítima de acidente ou doença ocupacional, exige, previamente, que o evento danoso esteja enquadrado nas hipóteses que a Lei n. 8.213/91 considera como acidente do trabalho” (Oliveira, *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*, p. 34) e Dallegrave Neto, *Responsabilidade civil no direito do trabalho*, p. 201-202.

²⁶ Não é por outra razão que a legislação nacional anterior à Constituição de 1988, ainda inspirada pelas lições positivistas, prevê que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (Decreto-lei nº 4.657 de 1942). Recolhendo as mesmas lições positivistas o artigo 126 do CPC e o artigo 8º da CLT, os quais relegam aos princípios jurídicos um papel secundário, com baixa normatividade na regulação das condutas humanas.

Os autores contemporâneos, na esteira do mestre de Viena, apenas fizeram um refinamento terminológico, conceituando os elementos do sistema de direito positivo de *dispositivos ou textos* e as *normas jurídicas* como o resultado da interpretação.²⁷

Nesse contexto, para ilustração das modernas lições, colhemos em Paulo de Barros Carvalho a seguinte passagem:

Uma coisa são os *enunciados prescritivos*, isto é, usados na função pragmática de prescrever condutas; outras, as *normas jurídicas*, como significações construídas a partir dos textos positivados e estruturadas consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas.²⁸

Os juristas, enquanto intérpretes do direito positivo e construtores do sistema da ciência do direito, têm a obrigação de descrever (= construir) as normas jurídicas com a estrutura lógico-formal deôntica homogênea: “Se o antecedente, então deve-ser (proibido, permitido ou obrigatório) o consequente. Se não observado o consequente, deve-ser a sanção imposta pelo Estado”. Eis, em resumo, a estrutura formal de uma regra jurídica completa. O grande problema é que nem sempre o jurista encontrará todos os elementos para construir a regra jurídica completa em um único dispositivo. Nesses casos, deverá recorrer a outros dispositivos para recolher os demais elementos para construção da norma jurídica completa.²⁹

²⁷ 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).

²⁸ Carvalho, op. cit., p. 129.

²⁹ A norma jurídica completa, necessariamente, deve ser formada por um antecedente (ou hipótese) e um consequente (ou sanção) – “dado fato F, deve-ser a consequência C”. Esse é um trabalho do intérprete, dificultado, às vezes, por não encontrar no mesmo artigo de lei ou dispositivo as hipóteses de fatos e as sanções decorrentes. Seria o caso do artigo 114 da CF/88 que descreve a hipótese, mas não traz a sanção em caso de descumprimento. As sanções estão nos artigos 113, 122 e 485, II, do CPC. Enfim, a norma jurídica completa que regula a competência da Justiça do Trabalho pode ser assim enunciada: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações que tenham como causa de pedir a relação de trabalho, sob pena de, proposta perante outro ramo do Poder Judiciário, ser remetida de ofício para o juízo competente, com anulação dos atos decisórios; ser objeto de conflito de competência, com posterior reconhecimento da nulidade dos atos decisórios; ser objeto de ação rescisória, com anulação da sentença, mesmo já transitada em julgado, quando proferida pelo juiz absolutamente incompetente”.

A distinção entre dispositivo e norma também possibilitou o reconhecimento de que em alguns casos há norma jurídica, mas não dispositivo isolado que lhe sirva de suporte, como também poderá haver dispositivo sem qualquer norma jurídica que seja construída a partir dele. Também é válido que diversas normas podem ser construídas a partir de um único dispositivo legal, bem como uma única norma jurídica pode ser construída a partir da conjunção de dois ou mais dispositivos. “E o que isso quer dizer? Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro.”³⁰

E a distinção entre texto e norma pode ser bastante útil a todos os ramos da ciência jurídica, inclusive para o Direito do Trabalho e em tempos de pós-positivismo, aclarando, como pretendemos fazer com ineditismo,³¹ temas que permaneceram sem solução científica entre os autores especializados e a jurisprudência correlata.

Embora a primeira edição de sua *Teoria pura do direito* seja de 1934, Hans Kelsen desde 1911 já tinha publicado a obra *Problemas capitais da teoria do direito estatal*, assumido a cátedra de Filosofia Jurídica na Universidade de Viena em 1919, capitaneado a elaboração da nova Constituição austríaca de 1920, primeira no mundo a prever o controle de constitucionalidade, e foi Juiz da Corte Constitucional até 1929. Por ser judeu, refugiou-se nos EUA, diante da perseguição nazista, e na Universidade de Berkeley, Califórnia, encontrou tranquilidade para desenvolvimento de seu magistério, notadamente as alterações para a segunda edição da *Teoria pura do direito* de 1960, devido ao contato estreito que manteve com o sistema do *common law*.

Dois foram os mais célebres continuadores da empreitada do juspositivismo. Norberto Bobbio, na Universidade de Turim, Itália, e Herbet L. A. Hart, em Oxford, Inglaterra, sendo que este não foi um sucessor legítimo das ideias kelseneanas, mas o criador de tese positivista diferenciada, adequada ao sistema do *common law*. Para Hart, a tese juspositivista poderia ser resumida em quatro hipóteses: (1) Não há nexos entre o direito e a moral; (2) A identificação do direito com mandatos prescritivos de conduta; (3) O estudo do direito deve isolar-se de temas éticos, sociológicos, políticos e teleológicos; (4) Devido ao caráter lógico do direito, as decisões judiciais devem ser elaboradas sem apoio nas variantes do item anterior, mas apenas aplicando o direito positivo por subsunção.³²

³⁰ Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 30-31. No mesmo sentido: Carvalho, *Direito tributário*, e Guerra Filho, *Teoria da ciência jurídica*.

³¹ MOLINA, André Araújo. Impugnação ou réplica no processo do Trabalho. *Revista LTr*, v. 75, nº 2, p. 190-196, fev. 2011.

³² Hart, *O conceito de direito*, passim.

Já o autor italiano resume com exatidão a diferença elementar entre as duas correntes do jusnaturalismo e do juspositivismo. Enquanto para um jusnaturalista tem ou deveria ter valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria positivista, uma norma é justa somente se for válida. Para uns, a justiça é a confirmação da validade, para outros a validade é a confirmação da justiça. O conceito positivista de justo remonta à doutrina de Thomas Hobbes, para quem não existe outro critério de justo ou injusto fora da legislação.³³

Como visto, enquanto para o jusnaturalismo o maior valor é a justiça, com o inconveniente da falta de objetividade e racionalidade,³⁴ para o positivismo os valores mais prestigiados são a segurança jurídica e a cientificidade, com o inconveniente da impossibilidade de valoração da legitimidade das normas jurídicas pelo intérprete.

O mecanismo de interpretação e aplicação do Direito para juristas positivistas passa pelo estudo do direito positivo pelo jurista, construção das normas jurídicas a partir dos textos, cujas normas ocupam sempre a estrutura de regras, validação das regras intrasistemicamente com os testes de compatibilidade de forma e conteúdo com a Constituição (controle de constitucionalidade formal e material), hierarquização dentro do sistema, análise do caso concreto sobre apreciação e, por fim, aplicação da regra geral (premissa maior) ao caso concreto (premissa menor), por subsunção.

Em alguns casos pode ocorrer de não haver regra específica para a solução do caso particular (lacuna) ou o preenchimento de duas ou mais hipóteses fáticas de regras diversas (antinomias), quando o próprio ordenamento deve prever as soluções, sendo no caso do sistema jurídico brasileiro a invocação da analogia, dos costumes e princípios gerais do direito para integração de lacunas e a exclusão de uma das regras colidentes no caso das antinomias, por meio dos critérios de hierarquia, temporalidade e especialidade.³⁵

O “pecado original” do positivismo normativista foi o desprendimento incisivo da moral – da justiça e do Direito natural, como consequência –, daí por que foi teoria fértil para que sementes totalitárias fossem plantadas. O regime nazista, que perseguiu Kelsen, utilizou de vários expedientes positivistas para justificar as suas

³³ Bobbio, *Teoria da norma jurídica*, p. 59.

³⁴ “Mas então, se a observação da natureza não oferece base suficiente para determinar o que é justo e o que é injusto de modo universalmente reconhecível, a redução da validade à justiça leva a apenas uma só e grave consequência: a destruição de um dos valores fundamentais sobre o qual se apoia o direito positivo (entendido como direito válido), o valor da *certeza*” (Bobbio, *op. cit.*, p. 57).

³⁵ Decreto-lei nº 4.657 de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

atitudes pela legislação. A violação praticada contra a dignidade humana durante a Segunda Guerra Mundial, cujas arbitrariedades estavam previstas no sistema legal, despertaram críticas ao juspositivismo, apontando para a necessidade de uma reaproximação do Direito à Moral. E o mecanismo utilizado pelos antipositivistas foi dar uma maior importância aos princípios e aos direitos fundamentais previstos nas constituições do pós-guerra.

Por ironia da História, foi justamente na Alemanha, berço do nazismo e das maiores violações à dignidade humana, que nasceram as modernas interpretações das constituições e o modelo metodológico pós-positivista atual. Justifica-se pelo fato de que a unificação alemã foi tardia (1871 – Império), com a edição da Constituição que trazia apenas direitos do soberano, mas nenhum direito fundamental – enquanto desde 1789 a França já havia proclamado seu catálogo de direitos humanos. Apenas com a Constituição de Weimar, 1919, é que houve a proclamação da República e que direitos fundamentais foram enunciados em solo tedesco, contudo o reflexo foi uma falta de habilidade constitucional, ausência de cultura jurídica e histórica na manipulação dos direitos humanos, considerando-os ainda como promessas políticas, cartas formais de intenção. A letargia alemã da época de Weimar permitiu aos nazistas realizar reformas constitucionais, abolindo garantias e violando direitos fundamentais. Em suma, após a fim da Segunda Guerra Mundial e já sob os auspícios da Lei Fundamental de 1949, o povo alemão reuniu-se em um pacto social para prevalência dos direitos humanos.³⁶

Os métodos hermenêuticos e argumentativos germânicos para a eficácia dos direitos fundamentais ganharam corpo nas universidades e na Corte Constitucional, e se expandiram para todos os países de moderno constitucionalismo, como Portugal, Espanha e Brasil. A Constituição Federal brasileira de 1988 tem muitos mecanismos colhidos diretamente da Constituição portuguesa de 1976 e, na essência, inaugurados com a Lei Fundamental alemã de 1949, especialmente a centralidade da dignidade da pessoa humana e a enunciação dos direitos fundamentais.

Calha aqui dizer, como feito em relação ao tópico do jusnaturalismo, que as novas teorias pós-positivistas não tiveram o condão de sepultar o juspositivismo, tanto é que a maioria do direito positivo nacional foi inspirada e desenvolvida a partir de ideias e métodos positivistas. Como reflexo, a maioria dos juristas ainda desenvolve a sua ciência com apoio no método kelseneano, notadamente aqueles da área trabalhista.³⁷

³⁶ Cf. Konrad Hesse, *Temas fundamentais do direito constitucional*, p. 26-29.

³⁷ O principal deles, Américo Plá Rodríguez, alinhando-se à lição kelseneana, reconhece nos princípios jurídicos apenas as funções de informação da legislação, normativa (no sentido, apenas, de integração de lacunas) e interpretativa (Rodríguez, *Princípios de direito do trabalho*, p. 43-44).

1.4 PÓS-POSITIVISMO

Certo de que o jusnaturalismo, com seus alargamentos e as possibilidades infinitas de interpretação, e o positivismo normativista, com a submissão acrítica à lei, não mais atendiam as necessidades para o estudo do Direito, principalmente das novas constituições do segundo pós-guerra, foi que surgiu o novo modelo metodológico pós-positivista, podendo ser conceituado como o método jurídico que revisita institutos do jusnaturalismo, com exacerbação da justiça das decisões e a efetivação dos direitos fundamentais, mas que também adota diversos institutos do positivismo, desejando a racionalidade e cientificidade, na medida em que o sistema da ciência do direito para os pós-positivistas (metasistema) também é composto de regras, para cuja interpretação e aplicação o modelo metodológico positivista ainda é, em parte, satisfatório.³⁸

O avanço do pós-positivismo foi reconhecer a força normativa dos princípios, na medida em que no modelo positivista estes eram relegados a uma função apenas secundária, utilizados para colmatar lacunas, ainda assim depois da analogia e dos costumes,³⁹ além de seu viés interpretativo e informador do legislador. Seu campo de aplicação era restritíssimo; agora, no novo modelo, tem força igual a das regras.

Esse novo grupo de juristas críticos ao positivismo normativista, identificado nas figuras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, e aqui no Brasil, Paulo Bonavides, Willis Santiago Guerra Filho, Humberto B. Ávila e Virgílio Afonso da Silva, procurou buscar não um retorno ao Direito natural, mas aproximar o Direito da Moral, sem descuidar da segurança jurídica como um valor fundamental. A grande contribuição foi reconhecer a força normativa dos princípios jurídicos⁴⁰ e a formação do sistema tanto pelos princípios quanto pelas regras, cada qual com seus métodos de aplicação. O traço diferencial entre esse grupo e aquele do Direito natural é que no jusnaturalismo se desenvolve a posição da existência de direitos inatos, anteriores à legislação. Já para o grupo do pós-positivismo, a Moral interpenetra no Direito por meio dos princípios, colhidos no direito positivo, principalmente

³⁸ “Normas constitucionais assumem o caráter, em geral, de *princípios*, enquanto as demais normas costumam adotar a estrutura de *regras*, no sentido acima apresentado, e, se para essas últimas os cânones tradicionais da hermenêutica jurídica bastam para aplicá-las de forma adequada, para aquelas os mesmos cânones são necessários mas não suficientes. Isso pelo simples motivo de que a elas próprias faltam normas superiores, como elas são para as demais normas, para ajudar na determinação de seu alcance e significado” (Guerra Filho, *Teoria da ciência jurídica*, p. 127).

³⁹ No Brasil, por exemplo, os artigos 4º da LINDB e 126 do CPC.

⁴⁰ Antes de Dworkin e Alexy, alguns juristas já fizeram referência aos princípios, mas sem sistematizá-los com profundidade. Por todos: ESSER, Josef. *Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

na forma de direitos fundamentais.⁴¹ Os princípios, enfim, não são induzidos da Moral, mas são construídos a partir do direito positivo.

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

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.⁴²

Importante consignar que os referidos juristas estrangeiros não se intitulavam pós-positivistas, sendo essa nomenclatura lhes atribuída pelos juristas brasileiros que seguiram suas lições. Tanto Dworkin quanto Alexy intitulavam-se contrários ao modelo positivista normativista, mas não atribuíram ao modelo que estavam teorizando a pecha de uma “terceira via”, superadora da dualidade jusnaturalismo × juspositivismo.⁴³ Foram as propostas que se seguiram, desenvolvendo a dogmática dos direitos fundamentais, que inaugurou uma nova fase na epistemologia jurídica.

Alguns juristas pátrios, adeptos do pós-positivismo, também se intitularam de neoconstitucionalistas, nomenclatura empregada na Espanha e na Itália, como de resto se deu com o grupo da UERJ liderado por Luís Roberto Barroso.⁴⁴

⁴¹ Daí se ter desenvolvido toda uma discussão em torno dos conceitos de direito humanos e direitos fundamentais, conforme estejam ou não contemplados pelas constituições. Direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões etc. Por todos: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴² Guerra Filho, *Teoria da ciência jurídica*, p. 117.

⁴³ “O principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista” (Alexy, *Conceito e validade do direito*, p. 1) e “Bentham foi o último filósofo da corrente anglo-americana a propor uma teoria do direito que é geral no sentido acima descrito. [...] A parte conceitual de sua teoria – o positivismo jurídico – foi bastante aperfeiçoada. A mais influente versão contemporânea do positivismo é a proposta por H. L. A. Hart e é essa versão que este livro critica” (Dworkin, *Levando os direitos a sério*, p. XI).

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

A nosso sentir, o moderno 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 aos infraconstitucionais. O primeiro grupo, que reconhece força normativa aos princípios constitucionais, são os neoconstitucionalistas, enquanto o segundo grupo, mais amplo e englobando o primeiro, são os pós-positivistas.

1.4.1 A posição de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin é norte-americano da cidade de Worcester, Massachusetts, de 11 de dezembro de 1931. cursou Direito na *Harvard Law School* e foi professor de Teoria do Direito (*Jurisprudence*) na Universidade de Yale. Já no ano de 1969 sucedeu Herbert L. A. Hart na Universidade de Oxford, Inglaterra, na cátedra de Teoria do Direito, da qual já se aposentou. Hodiernamente é *Quain Professor of Jurisprudence*, University College London, desde 1998, e também *Frank Henry Sommer Professor of Law*, New York University School of Law, desde 1975, nas cátedras de Teoria do Direito e Filosofia do Direito.⁴⁵

A sua linha ideológica é crítica ao liberalismo, por essa razão sua lição de Direito tem como mote o ataque ao utilitarismo econômico e ao positivismo jurídico.⁴⁶ Os seus primeiros ensaios foram refundidos e ampliados na obra *Taking rights seriously* de 1977, pela Harvard University Press, traduzida no Brasil pela Editora Martins Fontes, São Paulo, 2002.⁴⁷ Referida obra é considerada o marco doutrinário do modelo pós-positivista, razão pela qual será analisada nas linhas que se seguem.

Esclarece o autor no início de sua obra que o contexto jurídico-histórico em que ela foi pensada refletia uma fase de transição, com questionamentos filosóficos profundos, da magnitude de questionar o que era o Direito. Diz ele que uma teoria geral do direito, para ter a pretensão de ser completa, deve ser normativa e conceitual. A primeira parte deve conter uma teoria acerca da aplicação do direito

⁴⁵ O resumo de seus dados biográficos foi colhido da sua página pessoal no sítio da Universidade de Nova Iorque, acesso em 4-1-2010, no endereço <<http://its.law.nyu.edu/facultyprofiles>>.

⁴⁶ Não é por outra razão que o autor utiliza como objeto de sua crítica as teorias desenvolvidas pelo jurista positivista Herbert Hart, seu antecessor em Oxford: “Desejo examinar a solidez do positivismo jurídico, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H. L. A. Hart. Resolvi concentrar-me na sua posição não apenas devido a sua clareza e elegância, mas porque neste caso, como em quase todas as outras áreas da filosofia do direito, o pensamento que visa construir deve começar com um exame das concepções de Hart” (Dworkin, *Levando os direitos a sério*, p. 27).

⁴⁷ A versão utilizada para a pesquisa foi DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

pelos juízes aos casos difíceis (*hard cases*), tópico esse que empolgou o desenvolvimento do que a sua tese tinha de inovadora, qual seja, o reconhecimento de que, ao lado das regras, o direito era composto também por princípios, aplicados pelos juízes nos casos difíceis.

Dworkin encontra na teoria geral do direito positivista, tanto em Hart quanto em Austin, uma ausência de explicação racional para os casos submetidos aos juízes quando não há regras de direito para solução do caso. Aqui, argumentam os próceres do positivismo, o magistrado exercitaria o seu poder discricionário, criando direito novo.

Contudo, entende Dworkin que quando “os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”.⁴⁸

Para exemplificar a invocação de princípios nas decisões, quando o direito positivo não fornece a solução adequada ao caso, ou até mesmo em razão de uma injustiça, Dworkin rememora o caso *Riggs vs Palmer*,⁴⁹ de 1889, quando um Tribunal de Nova Iorque teve que decidir, com fundamento em princípios e contra as regras de direito positivo, que um herdeiro testamentário não teria direito ao quinhão da herança por ter assassinado o testador, seu avô. Naquele caso, nada obstante presentes todos os requisitos formais e materiais para recebimento da herança, o Tribunal entendeu que “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiando-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime”.⁵⁰

Como dizem os positivistas, no caso em comentário, os juízes criaram uma regra nova que dizia que um assassino não pode beneficiar-se do testamento de sua vítima, aplicando-a, posteriormente, por subsunção. Já Dworkin defende que esquecem que essa “nova” regra, na verdade, se trata da incidência de um princípio geral ao caso em julgamento, como, por exemplo, de que ninguém pode beneficiar-se de sua própria torpeza. Sempre que houver uma decisão judicial específica, haverá a construção de uma nova “lei para as partes”, mas essa nova lei será sempre construída a partir de padrões jurídicos preexistentes, que apresentam estrutura de regras ou a estrutura de princípios jurídicos. Acrescenta o autor que:

⁴⁸ Dworkin, op. cit., p. 35-36.

⁴⁹ 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

⁵⁰ Dworkin, op. cit., p. 37.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.⁵¹

Já os princípios possuem uma dimensão de peso, pelo que uns são mais importantes que outros, bem como a sua estrutura não aponta uma única solução, mas diretrizes e valores a serem alcançados. Os princípios não são aplicáveis pelo método da subsunção, mas são aplicáveis por ponderação, em cada caso concreto, de acordo com o peso dos princípios contrapostos em determinado caso objeto de julgamento. É como se os princípios pudessem, estaticamente, ser ranqueados de acordo com a sua importância para o sistema, de modo que em cada caso, pesando os princípios em colisão, o julgador daria prevalência para aquele melhor ranqueado, sem que aquele afastado fosse extirpado do ordenamento por invalidade. Em outro caso de colisão, aquele princípio outrora afastado, desde que possua um peso maior, deverá prevalecer sobre outro princípio diverso e contraposto, de menor peso.

Em palavras suas:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia.⁵²

Importante passagem da doutrina de Dworkin é quando ele conceitua que as normas jurídicas que têm estrutura de princípios refletem apenas proteção aos direitos individuais, enquanto os interesses coletivos são protegidos por normas que recebem o epíteto de políticas, mas ambas aplicam-se por ponderação aos casos concretos.

Depois de demonstrar que, a despeito de fundamentar que estavam criando direito novo, os juízes na verdade aplicavam normas jurídicas que não tinham a forma de regras e sim de princípios e políticas, principalmente na solução dos casos difíceis, o autor homenageado avançou para questionar se os novos padrões

⁵¹ Dworkin, *op. cit.*, p. 39.

⁵² Dworkin, *op. cit.*, p. 42.

que tinham a forma de princípios integravam também o sistema jurídico ou, se não faziam parte do direito, os juízes, quando de sua aplicação, colhiam diretrizes fora do sistema. Dessa sua pertinência ou não ao sistema decorre a conclusão de saber se os princípios são ou não obrigatórios, assim como as regras jurídicas, nada obstante o método de aplicação ser diverso.⁵³

O positivismo normativista, seja na versão de Hans Kelsen (norma hipotética fundamental) seja na versão de Herbert Hart (regra de reconhecimento), defende que o direito é composto apenas por regras jurídicas, na medida em que estas podem ser comprovadas por um esquema lógico-matemático de imputação, como integrantes do sistema de direito positivo. No modelo do *commom law*, lastreado em precedentes, acrescenta-se que uma regra é jurídica não só pela pertinencialidade lógica ao sistema de direito positivo, mas também por integrar aquela constelação forjada pela prática jurisprudencial. Para os princípios jurídicos, nenhum dos dois testes é satisfatório.

Para Dworkin, diferentemente dos testes de pertinencialidade ao sistema, os princípios podem ser reconhecidos como integrantes do Direito a partir de um teste de desenvolvimento gradual, em um sentido de oportunidade e conveniência, dados pela sociedade e pela prática dos tribunais (direito costumeiro). O autor defende que existem direitos anteriores a qualquer forma de legislação, com a forma de princípios de ordem moral, invocados na resolução dos casos difíceis, quando não há regra posta no direito positivo. Devido a essa passagem de sua lição, chegou ao ponto de Rodolfo Luis Vigo considerar Ronald Dworkin como um novo adepto do jusnaturalismo.⁵⁴

Dworkin não admite a ponderação de princípios – pelo menos na acepção da versão mais moderna do pós-positivismo –, na medida em que na resolução dos casos concretos apenas um princípio irá prevalecer, aquele de maior peso, não se falando em harmonização dos princípios contrapostos, com prestígio, na maior medida possível, de todos aqueles envolvidos no caso de colisão.

A sua grande contribuição à epistemologia foi reconhecer que o Direito não é formado apenas de regras jurídicas, como quer a doutrina positivista normativista de Kelsen, secundada por Hart, mas que também princípios jurídicos compõem o Direito, com igual força normativa e, por corolário, obrigando as decisões judiciais.

⁵³ “Os princípios mais fundamentais da Constituição, que definem o modo de fazer as leis e quem é competente para fazê-las, podem ser considerados como partes integrantes do direito? Essa questão conceitual remete, claramente, a outros problemas de legitimidade e jurisdição. Se os princípios políticos inscritos na Constituição fazem parte do direito, a prerrogativa dos juízes para decidir o que determina a Constituição fica confirmada, pelo menos *prima facie*” (Dworkin, op. cit. p. X).

⁵⁴ VIGO, Rodolfo Luis. *Perspectivas iusfilosóficas contemporâneas*: Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Finnis. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

1.4.2 A posição de Robert Alexy

Robert Alexy é alemão da cidade de Oldenburg, nascido em 9 de setembro de 1945. Graduiu-se em Direito e Filosofia pela Universidade de Göttingen. Depois, com a tese sobre a Teoria da Argumentação Jurídica obteve o doutoramento (1976) e a habilitação ou livre-docência com a Teoria dos Direitos Fundamentais (1984). Professor Catedrático de Direito Público e Filosofia do Direito na Universidade *Christian Albrechts* de Kiel, Alemanha. A sua tese de habilitação⁵⁵ é considerada uma das obras mais influentes acerca da dogmática dos direitos fundamentais, dando-lhes máxima eficácia e construindo o seu sistema jurídico com duas espécies normativas: regras e princípios, bem como desenvolveu os mecanismos de interação entre elas, para dar ordenação e unidade ao sistema da ciência jurídica.

No início de sua Teoria dos Direitos Fundamentais, Robert Alexy faz a opção metodológica de construir sua teoria tendo como objeto a Constituição alemã, excluindo as teorias históricas, filosóficas e sociológicas, abstratamente consideradas. Para ele, “A análise a ser aqui desenvolvida diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã”,⁵⁶ por exemplo, respondendo quais direitos os cidadãos possuem enquanto membros da comunidade alemã, quais princípios vinculam a legislação estatal, conforme enuncia a Lei Fundamental, e quais as exigências para a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade.

Alexy procura desenvolver um mecanismo racional e fundamentado para dar resposta às questões que envolvem a atividade valorativa do intérprete quando aplica o direito positivo a uma determinada situação.⁵⁷ E pretende fazê-lo reconhecendo a força normativa dos princípios e a aplicação do método de sopesamento (ponderação).

Diferencia, nas pegadas de Kelsen, enunciado normativo (ou texto) de norma jurídica, sendo esta o resultado da interpretação, para depois conceituar normas de direitos fundamentais como aquelas fruto da interpretação de algumas disposições da Constituição alemã, escolhidas conforme possam ser objeto de reclamação ao

⁵⁵ *Theorie der Grundrechte* (1985, 5. edição de 2006). ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁵⁶ Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 31.

⁵⁷ “A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Isso faz com que a dogmática jurídica seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor. Mais adiante será demonstrado que isso é em princípio possível” (Alexy, *op. cit.*, p. 36).

Tribunal Constitucional.⁵⁸ Como decorrência lógica, nem todos os dispositivos constitucionais enunciam normas de direitos fundamentais, mas apenas alguns. Mais ainda. Aqueles dispositivos que enunciam direitos fundamentais proporcionam tanto a construção de regras como de princípios pelo intérprete. Por isso, “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”.⁵⁹

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas existentes. São *mandamentos de otimização* que podem ser atendidos em diversos graus, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, estas últimas sendo determinadas pelos princípios e regras colidentes. Por outro lado, as regras jurídicas são normas que contêm determinações definitivas, de modo que ou são satisfeitas integralmente ou não são, dependendo o primeiro caso de sua validade dentro do sistema. Portanto, a diferença entre regras e princípios não é uma distinção de grau ou de hierarquia, mas uma distinção qualitativa.⁶⁰ Também não há hierarquia entre os princípios que refletem normas de direitos fundamentais. Eles estão, abstratamente, no mesmo nível, mas quando sopesados à luz das circunstâncias concretas um deles ou alguns passam a ter maior peso, conforme essas circunstâncias. É o que Alexy intitula “lei de colisão”.

Decorrência da distinção qualitativa é que o mecanismo de solução em caso de choque é diverso. As regras entram em conflito, os princípios em colisão. O conflito entre regras é resolvido quando se introduz uma cláusula de exceção ou quando uma delas é declarada inválida, cuja declaração observa os critérios da temporalidade, da hierarquia e da especialidade. Já quanto aos princípios a colisão não é resolvida com a inclusão de uma cláusula de exceção, muito menos com a declaração de invalidade de um dos princípios em tensão.

Acrescenta Robert Alexy que:

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade,

⁵⁸ Guardadas as devidas proporções, seria como enunciar que seriam, na nossa Constituição de 1988, dispositivos de direitos fundamentais aqueles que desafiam o manejo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF, do § 1º do artigo 102 da CF/88. As demais disposições constitucionais, que não admitem ADPF ao STF, não seriam textos que enunciam direitos fundamentais.

⁵⁹ Alexy, op. cit., p. 85.

⁶⁰ Alexy, op. cit., p. 90-91.

enquanto colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso.⁶¹

O autor debate e afasta três possíveis objeções à sua teoria dos princípios.

A primeira seria acerca da possibilidade da declaração de invalidade de um princípio, no mesmo modo que se dá com as regras. Alexy diz que poderão ocorrer situações em que princípios sejam declarados inválidos, como, por exemplo, aquele da segregação racial, que chocaria com os princípios da República, sendo, assim, inválido, ou seja, inconstitucional. Ocorre que quando se fala em colisão de princípios se está tratando de um método de resolução de antinomias dentro do ordenamento jurídico, considerando princípios que já passaram pelo crivo da constitucionalidade ou validade. É dizer, para que um princípio possa ser objeto de sopesamento, pressupor-se-á a sua pertinência ao ordenamento jurídico. A ressalva lançada sobre sua tese apenas ajuda a aclarar a teoria dos princípios.

A outra objeção seria a existência de princípios absolutos no ordenamento, como o princípio da dignidade da pessoa humana, quando a Constituição alemã diz que “A dignidade humana é inviolável”, o qual não admitiria ponderação, fazendo ruir a sua tese de que os princípios sempre serão sopesados. Defende Alexy que a partir desse dispositivo da Lei Fundamental podem ser construídas pelo intérprete duas normas, uma regra da dignidade humana como também um princípio da dignidade humana. O ponto merece uma melhor explicação.

Quando dois princípios válidos entram em colisão em determinado caso, o resultado do sopesamento representará uma regra jurídica que será aplicada àquele caso concreto. Essas regras construídas a partir da ponderação e que determinarão que a dignidade humana prevaleça sob determinadas condições, não afasta o princípio genérico da dignidade, em sua acepção abstrata, o qual será objeto de ponderação, como todos os outros, e poderá sofrer retração sob outras condições, reforçando a sua classificação como princípio, como faz o Tribunal Federal Constitucional. Em suma, não existem princípios que sejam absolutos, sequer a dignidade humana, ao menos em sua acepção abstrata, enquanto princípio jurídico.

A última objeção é que os princípios possuem conceito bastante amplo, mas não há razão alguma para estreitar essa conceituação, na medida em que princípios, na essência, devem mesmo apenas indicar as direções para a realização de um valor, bem por isso não são aplicáveis por subsunção. Divergindo de Dworkin, Robert Alexy defende que os princípios podem tanto representar direitos individuais quanto coletivos.

⁶¹ Alexy, op. cit., p. 93-94.

O autor homenageado recorre ao conceito da proporcionalidade, advertindo que há uma conexão entre ela e a teoria dos princípios. Somente haverá como verificar o resultado do sopesamento de princípios a partir da máxima da proporcionalidade. O autor deixa bastante claro que a máxima da proporcionalidade é também intitulada como princípio da proporcionalidade, mas esse conceito estrito de princípio não deve ser confundido com o conceito de princípio formulado acima, como espécie de norma. A proporcionalidade é um critério para solução de colisões de princípios, por isso não há falar na possível ponderação do princípio da proporcionalidade. Ele é dividido entre três máximas parciais, os quais funcionam como regras.

Os três testes parciais que compõem a proporcionalidade são a adequação, a necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito). Com a aplicação dos testes da proporcionalidade, Robert Alexy acredita que a sua teoria confere racionalidade no trato dos valores no Direito, os quais ocupam a estrutura de princípios, eis que a sua aplicação em cada caso concreto deve obedecer a “lei de colisão”, consubstanciada na máxima de proporcionalidade, com os seus três testes, que funcionam como regras, por corolário são aplicáveis por subsunção e racionalmente controláveis pelo aplicador.

No entanto, necessário fixar a advertência de Alexy que:

Embora o processo de sopesamento seja, como já foi demonstrado, um processo racional, ele não é um processo que sempre leva a uma única solução para cada caso concreto. Decidir qual solução será considerada correta após o sopesamento é algo que depende de valorações que não são controláveis pelo próprio processo de sopesar. Nesse sentido, o sopesamento é um procedimento aberto. A vigência das normas de direitos fundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto *em face da Moral*.⁶²

Depois de aprofundar algumas teorias paralelas, que escapam do objetivo deste livro, retoma Alexy a discussão acerca das restrições aos direitos fundamentais e as possibilidades em que isso ocorre. Em um ordenamento jurídico que contemple direitos fundamentais é impossível desenvolver a tese de que esses direitos seriam absolutos e, por isso, não poderiam sofrer restrições, simplesmente porque não há como garantir direitos fundamentais, individuais ou coletivos, sem se recorrer à ideia de retração episódica quando das colisões em casos concretos.

Por serem direitos de hierarquia constitucional, os direitos fundamentais só podem ser restringidos pela própria Constituição ou em razão dela. São duas espécies de restrição: (1) as restrições diretamente constitucionais; (2) as restrições

⁶² Alexy, op. cit., p. 543-544.

indiretamente constitucionais, essa última dividida em explícitas e implícitas. As restrições diretas são feitas pelo próprio constituinte no bojo da Constituição Federal. As restrições indiretas ficam delegadas à legislação infraconstitucional. As delegações são explícitas quando o texto da Constituição determina que o legislador comum module determinado direito fundamental. A última hipótese é quando, implicitamente, o constituinte admite que os legisladores infraconstitucionais criem restrições aos direitos fundamentais. Restrições, com efeito, absolutamente necessárias e proporcionais, sob pena de controle negativo de constitucionalidade da legislação restritiva.

A medida de liberdade em que o legislador infraconstitucional pode restringir direitos fundamentais é a garantia do conteúdo essencial destes direitos, conforme diz o art. 19, § 2º, da Constituição alemã, na interpretação dada pelo Tribunal Constitucional. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que não pode ser violado, deve ser encontrado a partir da máxima da proporcionalidade, coincidindo com o seu resultado, após a aplicação. O núcleo essencial do direito fundamental coincide com o resultado da ponderação, em cada caso concreto, por isso não havendo como definir qual o seu núcleo essencial, abstratamente. Referida conclusão decorre das diversas teses acerca do suporte fático, amplo ou restrito, as quais, no entanto, fogem ao objeto de estudo.⁶³

Ao final, Alexy defende que a racionalidade dada pela proporcionalidade é complementada pela utilização da correta argumentação jurídica no âmbito das colisões e restrições dos direitos fundamentais. Essa argumentação racional e legitimadora das decisões é dividida em duas partes: uma base de argumentação e um procedimento. Fazem parte da base o texto, a vontade do legislador constitucional, a interpretação que lhe deu o Tribunal Constitucional (na forma de precedente)⁶⁴ e a doutrina. A partir dessa base de argumentação, a solução da colisão deve prosseguir de modo procedimentado, construído racionalmente com um mecanismo de imputação próprio dos discursos práticos (e jurídicos como uma de suas espécies).

1.4.3 A posição de Willis Santiago Guerra Filho

Foi Willis Santiago Guerra Filho quem introduziu no país as discussões sobre o princípio da proporcionalidade, inserindo o Brasil no paradigma que se conven-

⁶³ Para aprofundamento: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; e SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁶⁴ “As duas regras principais para utilização de precedentes são: (1) Se é possível utilizar um precedente favorável ou contrário a uma decisão, ele deverá ser utilizado. (2) Aquele que pretende afastar o precedente tem o ônus argumentativo para tanto” (Alexy, op. cit., p. 556).

cionou chamar de pós-positivista. E foi o introdutor do tema, na medida em que vivenciou ainda na década de 1980, quando do doutoramento na Universidade de Bielefeld, Alemanha, as experiências da Corte Constitucional tedesca e as doutrinas correlatas.⁶⁵

Guerra Filho também divide as normas jurídicas em regras e princípios. As primeiras possuem estrutura lógica, com descrição ou “tipificação” de um fato e uma qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou consequência). Por outro lado, os direitos fundamentais, previstos fundamentalmente na Constituição, também dotados de força normativa e ocupantes da estrutura de princípios, não se reportam a fatos em específico, que se possam precisar com facilidade, extraíndo, disso, consequências previstas na norma. Bem ao contrário, os princípios apenas apontam uma diretriz a ser observada pelos destinatários, sem dar a solução por subsunção.

As regras não davam conta de disciplinar todas as situações imaginadas nas relações sociais. A imprevisibilidade das condutas humanas reclamava uma espécie de norma jurídica mais aberta, abstrata, plástica, que refletisse os objetivos e valores que deveriam ser buscados, sem formular aprioristicamente uma conduta e uma sanção, de modo que foi reconhecida a existência de normas com a estrutura de princípios.

Estes últimos têm como característica a possibilidade de serem implícitos, pressupostos no ordenamento, ao contrário das regras. Revisitando a lição de Kelsen, a partir do ordenamento posto, os juristas positivistas constroem normas apenas com a estrutura de regras, enquanto os juristas pós-positivistas, ao lado das regras, constroem normas saturadas com a estrutura de princípios, podendo esses ser construídos a partir de diretrizes adotadas pelo ordenamento jurídico globalmente analisado, explícita ou implicitamente, não havendo necessariamente de derivar de determinado texto legal em específico,⁶⁶ como se dá, por exemplo, com os princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica, induzidos do sistema positivo constitucional.

Adverte acerca dos princípios que:

Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se

⁶⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa da Universidade Federal do Ceará, 1989. Refundida na obra *Teoria processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

⁶⁶ Como, no Brasil, autorizado expressamente pela Constituição Federal de 1988 pelo § 1º do artigo 5º.

conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si.⁶⁷

Acrescenta o professor, talvez aí a grande inovação de sua tese, o caráter procedimental da Constituição, assim entendida a necessidade do estabelecimento de procedimentos seguros para a efetivação dos direitos fundamentais, em sua maioria princípios. É o procedimento que dará racionalidade na busca da Justiça. A aplicação dos princípios desafia um esforço muito maior do que a aplicação das regras. Estas últimas observam o procedimento da subsunção (premissa maior, premissa menor e resultado – adequação dos fatos à norma), com muito mais razão, diante da grande abstração dos princípios, deve-se ter um procedimento rigoroso para se chegar a uma opção fundamentada. Por corolário, quanto mais se aumenta a frequência com que se recorra aos princípios para dar solução aos casos concretos, cresce a importância dos procedimentos eleitos para a tomada de decisão.

O procedimento para a aplicação dos princípios, notadamente a resolução da colisão que necessariamente haverá entre eles, o “princípio dos princípios” segundo o mestre de Fortaleza, é a proporcionalidade. Decomposta, como no modelo germânico, nas máximas da adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. Diz ele que “pode-se dizer que uma medida é *adequada*, se atinge o fim almejado, *exigível*, por causar menor prejuízo possível e finalmente *proporcional em sentido estrito*, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”.⁶⁸

Willis Santiago Guerra Filho elege como premissa de seus estudos acerca dos direitos fundamentais o *topos* de que a proporcionalidade é o princípio dos princípios, fazendo às vezes da norma hipotética fundamental de Kelsen. Ao contrário do mestre de Viena, Guerra Filho defende que a proporcionalidade transita tanto do cume da pirâmide normativa – aludindo à estrutura kelseneana – quanto à base, quando da sua aplicação para resolução dos casos concretos.

Citamos trecho elucidativo de sua posição:

É esse *equilíbrio* a própria ideia do Direito, manifestado inclusive na simbologia da balança, e é a ele que se pretende chegar, com Estado de direito e Democracia. A proporcionalidade na aplicação é o que permite a co-existência de princípios divergentes, podendo mesmo dizer-se que entre esses e ela, proporcionalidade, há uma relação de mútua implicação, já que os princípios fornecem os valores para serem sopesados, e sem isso eles não podem ser aplicados.

⁶⁷ Guerra Filho, *Teoria processual da Constituição*, p. 9.

⁶⁸ Guerra Filho, *op. cit.*, p. 66.

Aquela máxima de proporcionalidade, contudo, não é puramente formal e abstrata, já que se pode determinar com bastante precisão o seu, não acatamento, o que deve ter como consequência uma anulação de pleno direito – já se chegou mesmo a falar que ela é passível de subsunções, – o que a torna um misto de regra e princípio. (!) Nela se pode vislumbrar a norma fundamental que procurávamos, que não se situa somente no ápice de uma “pirâmide” normativa, estática, sendo passível de emprego também na “base” do ordenamento jurídico, em decisões de autoridades judiciais, ou administrativas, instaurando encadeamentos novos e válidos de normas, para atender às necessidades de transformações e adaptações do sistema normativo.⁶⁹

Como pressuposto da ponderação entre os princípios é a sua característica de relatividade. “Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra – por exemplo, coletiva.”⁷⁰

Um traço característico importante da teoria dos princípios é a necessidade de rigorosa exposição analítica das razões que levaram o intérprete à tomada de uma decisão. Expor, com aprofundamento, quais foram os critérios que levaram o intérprete a adotar uma entre várias soluções possíveis, imputando como desproporcionais as não adotadas. A fundamentação rigorosa proporcionará o controle pelos demais atores sociais, afastando a crítica de que a aplicação dos princípios importa em casuísmos e ataque ao ideal de segurança jurídica.

Para a completa *procedimentalização* da interpretação, eficácia e aplicação da Constituição, passa a ser imprescindível a existência de um Tribunal Constitucional, como na Europa ocidental, com formação plural, legitimada pela participação de todos os setores da sociedade civil. Incumbiria à Corte Constitucional permitir a participação dos sujeitos interessados na solução do caso, notadamente os “sujeitos coletivos”, cada qual com o seu ponto de vista sobre a questão debatida. A legitimação da resposta dada pela Corte estaria em sua formação plural e no procedimento adotado.

A decisão assumiria um caráter vinculante para os casos futuros e idênticos, atendendo ao ideal de segurança jurídica, mas sem impedir eventuais adaptações que a experiência de sua aplicação demonstrasse, sob novas perspectivas. As decisões da Corte Constitucional funcionariam como regras jurídicas indicativas do resultado correto a funcionar nos casos de colisão daqueles determinados

⁶⁹ Guerra Filho, op. cit., p. 160.

⁷⁰ Guerra Filho, op. cit., p. 128.

princípios, sob as mesmas condições, como a ponderação realizada pelo legislador quando cria regra de exceção.

1.4.4 Mecanismos de interpretação e aplicação do Direito para o pós-positivismo

Reconhecido que o pós-positivismo é o método adequado para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais previstos nas constituições do pós-guerra, como a Constituição Federal de 1988 – inspirada diretamente na Constituição portuguesa de 1976 e remotamente na Lei Fundamental alemã de 1949 – reservaremos o tópico para inventariar todos os mecanismos pós-positivistas, mormente as suas técnicas para a integração das lacunas do sistema e resolução das antinomias normativas.

A primeira premissa é reconhecer que os juristas pós-positivistas estudam o direito positivo e a partir dele constroem o sistema da Ciência do Direito. Constroem os elementos desse sistema que são as normas jurídicas, as quais podem ocupar tanto a estrutura de princípios como a de regras jurídicas, ordenando-se conjuntamente.⁷¹

André Rufino do Vale defende que “considerando-se que as normas são o resultado da interpretação das disposições (textos), haverá tantas normas de direitos fundamentais quantas interpretações forem possíveis de uma mesma disposição constitucional”.⁷² Virgílio Afonso da Silva refina a distinção para acrescentar 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.”⁷³ Acrescentamos nós que a partir de um mesmo dispositivo um jurista positivista construirá uma regra e poderão dois juristas pós-positivistas construir um uma regra e o outro um princípio, conforme o método de interpretação. A questão é

⁷¹ Se a estrutura formal da regra jurídica pode ser enunciada, resumidamente, com a seguinte fórmula “Dado o FJA deve-ser P, se não-P deve ser S”, entendemos que o princípio pode ser enunciado com a seguinte estrutura “Dado o FJA deve-ser, na maior medida possível e de acordo com as circunstâncias do caso concreto, P, se não-P deve ser S”. Considera-se P como a conduta legislativamente obrigatória, proibida ou facultada, não-P como a violação (ilícito) e S a sanção. As circunstâncias do caso concreto que modulam a eficácia dos princípios são, principalmente, outras regras ou princípios colidentes naquela situação.

⁷² Vale, *Estrutura das normas de direitos fundamentais*, p. 14.

⁷³ Silva, *Direitos fundamentais*, p. 57.

que cada sistema seja coerente e racional. Não há como afirmar que um sistema científico construído por um jurista seja melhor que o de outro, mas apenas que um deles ou ambos são coerentes intrasistemicamente.

O mecanismo de interpretação e aplicação do Direito para os novos juristas passa, então, pela análise do direito positivo pelo intérprete, principalmente os direitos fundamentais previstos nas constituições, construção das normas jurídicas a partir dos dispositivos, cujas normas podem ocupar a estrutura de regras ou princípios, validação das normas intrasistemicamente com os testes de compatibilidade de forma e conteúdo com a Constituição (controle de constitucionalidade formal e material), hierarquização dentro do sistema, análise do caso concreto sobre apreciação e, por fim, aplicação da norma jurídica ao caso, conforme a hipótese fática da norma esteja preenchida.

Para a aplicação das regras, os mecanismos juspositivistas revisitados acima ainda são satisfatórios, assim como os métodos para solução de antinomias. Já quando da aplicação de princípios, há uma investigação de todos os princípios incidentes, conforme o preenchimento das suas hipóteses fáticas, verificação de pré-ponderação legislativa, com a existência de regra jurídica restritiva dos princípios, em não havendo, juízo de ponderação (proporcionalidade) e a imposição da solução procedimentalizada, adequada a cada caso concreto, harmonizadora dos princípios conflitantes e respeitante do núcleo essencial dos direitos fundamentais que é a dignidade da pessoa humana. Os princípios não admitem incidência pelo método da subsunção, mas a sua incidência é modulada, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas, por ponderação.

No sistema juspositivista, formado apenas por regras jurídicas, pode ocorrer que nenhuma delas tenha a hipótese fática preenchida pelo caso concreto – casos difíceis na concepção de Dworkin – quando haveria lacuna normativa. As lacunas são integradas pela analogia, costumes e princípios gerais do direito. Diferentemente, no sistema jurídico pós-positivista, entendemos nós, não há a existência de lacunas. Em resumo – e sem abrir discussão sobre tema paralelo ao objeto do livro – 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 à conclusão de que não há na realidade nenhuma relação fática que não esteja alcançada 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.

O mecanismo juspositivista que determina a integração das lacunas com os princípios gerais do direito reforça a nossa tese, na medida em que ao determinar expressamente a aplicação dos princípios nos casos de inexistência de regras jurídicas, estar-se-á, implicitamente, reconhecendo que mesmo em não havendo nenhuma regra que satisfaça a hipótese fática, sempre haverá um princípio que a alcançará. Assim, para nós, partindo do pressuposto que os princípios têm a mesma força normativa que as regras, no modelo pós-positivista, fica claro que sempre haverá uma regra ou um princípio incidentes diretamente na hipótese, impossibilitando a existência das lacunas normativas.

Quanto ao tema das antinomias, no sistema jurídico pós-positivista poderá ocorrer conflitos entre regras, entre princípios e entre as duas espécies normativas, de modo que os mecanismos de solução serão diversos em cada uma das hipóteses. Os conflitos entre regras jurídicas resolvem-se pelos critérios da hierarquia, especialidade e temporalidade. A colisão de princípios pela ponderação (sopesamento), utilizando-se a máxima da proporcionalidade como critério de solução. Também haverá conflitos entre uma regra e um princípio. Essas duas últimas hipóteses serão tratadas nos tópicos que se seguem, devido ao maior refinamento do mecanismo de solução.

Concluimos que, recorrendo-se ao texto legislativo, à vontade do legislador, aos precedentes do Tribunal Constitucional, à doutrina especializada e aplicando-se a máxima da proporcionalidade, com as suas três sub-regras, a incidência dos princípios ganha coerência e racionalidade, permitindo a coexistência dos dois ideais do Direito – justiça e segurança –, com soluções adequadas e previsíveis, harmonizando as correntes do jusnaturalismo e do juspositivismo, recolhendo o que cada uma tem de melhor.

1.4.5 Razoabilidade

Diversos autores de nossa experiência dogmática constitucional entendem que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são conceitos similares,⁷⁴ contudo pensamos como aqueles que os diferencia.⁷⁵ Antes mesmo de expormos

⁷⁴ “Guardada a circunstância de que suas origens reconduzem a sistemas diversos – ao americano em um caso e ao alemão em outro – razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis” (Barroso, op. cit., p. 36). No mesmo sentido BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 57 e 72.

⁷⁵ Por todos: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

a razão que nos leva a defender que a razoabilidade e a proporcionalidade são distintas, é necessário realizar algumas depurações semânticas.

Ambos são classificados como princípios, mas essa classificação não atende aos padrões do pós-positivismo. Para essa linha metodológica, como já visto, normas jurídicas podem ocupar a estrutura de regras ou de princípios. Ambos possuem força normativa e aplicam-se por métodos particulares (subsunção e ponderação). Se bem analisadas, a razoabilidade e a proporcionalidade não se enquadram em nenhuma das duas espécies normativas, não desempenham o papel de princípios, muito menos o de regras jurídicas. Elas executam a função de critérios de solução de antinomias dentro do sistema jurídico pós-positivista. São metacritérios que se localizam fora do sistema, por isso recebendo, na doutrina especializada, diversas outras nomenclaturas, como a de máximas, normas de segundo grau ou postulados normativos aplicativos. Com efeito, a nomenclatura utilizada é de pouca importância, desde que, com Virgílio Afonso da Silva, concluamos que “mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo ‘princípio’ é deixar claro que ele, na expressão ‘princípio da proporcionalidade’, não tem o mesmo significado de ‘princípio’ na distinção entre regras e princípios, na acepção de teoria de Robert Alexy”.⁷⁶

Como corolário dessa depuração, a razoabilidade e a proporcionalidade não podem e não devem ser aplicadas como princípios jurídicos. Por não integrar o sistema jurídico, não há como haver colisão com outros princípios, bem por isso não há falar em sopesamento entre razoabilidade e proporcionalidade ou mesmo com outros princípios. Eles são utilizados como mecanismos de aplicação das normas; são as ferramentas utilizadas pelo jurista pós-positivista para corrigir defeitos sistemáticos e para dar maior racionalidade na fundamentação.

A razoabilidade diferencia-se da proporcionalidade tanto na origem histórica, como na estrutura e aplicação. A primeira, objeto específico do tópico, surgiu dentro da experiência jurisprudencial anglo-saxônica, quando era invocada para rejeitar alguns atos estatais que fossem *irrazoáveis*. É da tradição dos países do *common law* que o Poder Judiciário não se imiscua na análise de atos dos demais poderes, por isso, em situações extremas, quando um ato estatal fosse de tal forma desmedido, absurdo, o Judiciário estaria autorizado a afastar a sua aplicação. Não existiam critérios racionais para dizer se um ato estatal era ou não razoável.

A depuração do princípio da razoabilidade indicou que ele visa investigar o itinerário utilizado pelo poder público para perseguir um fim buscado. Se os meios estão adequados para alcançar aquele fim almejado, sem que para isso sacrifique de forma desmedida outros direitos, quando o ato seria razoável, chegando ao ponto de Virgílio Afonso da Silva defender que a razoabilidade corresponde apenas

⁷⁶ Silva, *O proporcional e o razoável*, p. 26.

à primeira regra do teste de proporcionalidade.⁷⁷ A razoabilidade, enfim, seria uma condição necessária, mas não suficiente, para que um ato seja tido como proporcional. Nessa perspectiva, funcionaria ela como um dos métodos de solução de antinomias entre princípios.

Nas primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal a razoabilidade era utilizada no modelo norte-americano, como critério de medida da equidade, logicidade, prudência, dos atos estatais, como sendo desarrazoado que procuradores do Estado, portadores de mandato judicial legal, tivessem que reafirmar essa condição juntando procuração nos autos,⁷⁸ bem como que a realização de um novo concurso público, quando há candidatos aprovados no limite de vagas ofertadas pelo concurso anterior, constituiria abuso e desvio de poder.⁷⁹

No entanto, existem outros autores, como Humberto Ávila, que reconstruam o princípio da razoabilidade – postulado normativo aplicativo para Ávila – a partir de alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal. A razoabilidade é utilizada para indicar equidade, congruência e equivalência.⁸⁰ Em resumo das três vertentes, a razoabilidade funcionaria como um instrumento de verificação de critério e medida, remontando sua origem ao direito de igualdade do artigo 5º, *caput*, da Constituição. Visaria o postulado da razoabilidade funcionar como um instrumento para analisar se atos estatais não distorcem, desmedidamente, a ideia de igualdade material da norma constitucional.

Humberto Ávila adverte que:

Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada.

⁷⁷ Silva, op. cit., p. 33.

⁷⁸ STF – 2ª Turma – RE 192.553/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 16-4-1999.

⁷⁹ STF – 2ª Turma – RE 192.568/PI – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 13-9-1996.

⁸⁰ “O postulado da razoabilidade aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas” (Ávila, op. cit., p. 182).

Essas considerações levam à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (preâmbulo e art. 3º da CF).⁸¹

A razoabilidade funciona como metacritério que autoriza, em situações muito excepcionais, que uma regra não seja aplicada a determinado caso concreto, mesmo que a hipótese fática (antecedente da norma) esteja satisfeita. A razoabilidade não tem aplicação na ponderação de princípios, mas é um critério utilizado na incidência ou não das sanções previstas em regras jurídicas, quando a sua hipótese estiver preenchida, pelo que pode até ser invocada também por juspositivistas.

Um exemplo pode explicar a razoabilidade. Há uma lei municipal que proíbe a entrada de animais domésticos em restaurantes. Trata-se de uma regra jurídica que se aplica por subsunção. Contudo, em situações excepcionais, como no exemplo de uma chamada policial para que um cão farejador verifique a existência de bomba em um dado restaurante, nada obstante preenchido o antecedente da regra, ela não deve ser aplicada nesse determinado caso concreto. E isso porque o que a regra jurídica visa prestigiar é a higiene e a saúde pública dos cidadãos, de modo que permitir a entrada do cão da polícia nesse caso especialíssimo não irá contrariar o objetivo genérico da regra, muito pelo contrário, aplicar a regra e impedir a sua entrada violaria exatamente o que a ela visa fomentar, que é a saúde das pessoas. Negar os seus efeitos nesse caso especial atenderia os objetivos da própria norma e, mais ainda, prestigiaria a igualdade material com o tratamento diferenciado entre os cães normais e o cão policial, na exata medida das suas desigualdades.

O Supremo Tribunal Federal, embora não tenha manifestado expressamente a adoção do postulado da razoabilidade para deixar de aplicar uma sanção quando a hipótese normativa estivesse preenchida, aplicou o raciocínio da razoabilidade em dois julgados quanto a fatos similares. A reconstrução das decisões pode demonstrar com clareza a aplicação da razoabilidade como critério de justiça e de igualdade material.

Nas duas situações tratava-se da hipótese em que homens maiores de idade mantiveram conjunção carnal com mulheres menores de 14 anos, hipótese em que a violência é presumida e o tipo penal preenchido (artigo 224, *a*, do Código Penal).

No primeiro caso,⁸² um homem de 24 anos manteve relação com uma menor de 12 anos, contudo a prova dos autos demonstrou que a menor tinha compleição

⁸¹ Ávila, *op. cit.*, p. 142.

⁸² STF – 2ª Turma – HC n. 73.662/MG – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 23-5-1996.

física e mental que aparentava maior idade, principalmente confessou que consentia com as relações íntimas, inclusive que já havia mantido relação sexual com outros homens e mantinha vida promíscua. O Ministro Marco Aurélio anota que quando o Código Penal foi editado as mulheres menores de 14 anos não tinham completo discernimento dos sustos da vida, contudo as mulheres de hoje, devido a mudança dos costumes, impulsionada pelos meios de comunicação, demonstram que não há mais crianças, mas moças de 12 anos, precocemente amadurecidas, principalmente no caso dos autos em que a vítima confessou consentir espontaneamente com a relação. Na sequência, o Ministro relator afirma que “não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações”. Como conclusão, concedeu-se a ordem para absolver o paciente.

Houve expressamente a aplicação da igualdade na perspectiva material para afastar a sanção, ainda que preenchida a hipótese da norma penal. A regra penal visa evitar que jovens sejam aliciadas, por despreparo emotivo e falta de amadurecimento, à conjunção carnal, vetor que não foi violado no caso em julgamento, na medida em que absolver o paciente não importaria em violação da regra, pois as circunstâncias dos autos demonstraram que a vítima tinha completa, adequada e espontânea noção dos seus atos e das consequências.

No segundo caso,⁸³ invocando-se expressamente o entendimento vazado no precedente anterior, um homem maior de idade que manteve conjunção carnal com uma menor de 13 anos pleiteava a inaplicabilidade da sanção penal. Embora a Corte tenha concluído pela extinção da punibilidade em face da manifestação da vítima de que não tem interesse no prosseguimento da ação e que já havia contraído matrimônio com outro homem, verifica-se na fundamentação do acórdão que as circunstâncias dos autos levaram os Ministros a dizer que “não estamos diante de uma daquelas situações especialíssimas que impõe ao juiz a atenuação da norma penal para adaptá-la ao caso concreto, sob pena de cometer injustiça consciente”.

No corpo da ementa desse segundo julgado há manifestação expressa que, embora não tenha sido a hipótese dos autos, o Tribunal admite que, por critério de justiça, a sanção de uma regra pode deixar de ser aplicada mesmo quando a hipótese foi preenchida: “1. No caso de estupro praticado contra menor de 14 anos, a violência, que é circunstância elementar do crime (CP, art. 213), não precisa ser real, pois é presumida pela Lei (CP, art. 224, a). 2. Inocorrência, no caso, de qualquer peculiaridade especialíssima que possa justificar a mitigação do rigor da norma, a fim de que não seja feita injustiça.”

A razoabilidade, enfim, enquanto critério de aplicação de regras jurídicas, foi recepcionada pelo ordenamento jurídico nacional, podendo ela ser induzida do

⁸³ STF – 2ª Turma – HC n. 74.700/PR – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 20-3-1997.

princípio da igualdade, em sua perspectiva material, bem como do princípio da justiça. Não se trata da importação inadequada da doutrina norte-americana, mas do reconhecimento de sua adoção pelo sistema constitucional nacional.

O mais importante de ficar consignado é que a razoabilidade não autoriza que o aplicador, invocando-a como um *topoi*, afaste a aplicação de regras jurídicas quando o seu antecedente esteja satisfeito, sob pena de desmoronamento de todo o sistema de direito positivo. As regras jurídicas são criadas para serem aplicadas por subsunção, no modelo “tudo-ou-nada”, daí por que é temerário generalizar-se o seu uso, flexibilizando as regras jurídicas, conforme as circunstâncias dos casos concretos, como se princípios fossem. Se os princípios fomentam o ideal de justiça, as regras, o da segurança jurídica. Por isso, naquelas hipóteses-limite em que a aplicação da sanção subverteria o próprio conteúdo axiológico da regra, deve o julgador demonstrar analiticamente essa condição e, principalmente, fundamentar exaustivamente a sua decisão.

Principalmente os precedentes do Supremo Tribunal Federal é que servirão de pauta informativa de quais e especiais situações a razoabilidade teria aplicação.

1.4.6 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é fruto da experiência jurisprudencial alemã do segundo pós-guerra, quando o Tribunal desenvolveu uma doutrina, dentro do direito administrativo, para dizer que determinados atos estatais eram contrários aos direitos fundamentais. Utilizava-o como critério métrico da inconstitucionalidade material de atos estatais restritivos de direito fundamental, auxiliando no controle de constitucionalidade.

A posição decantada no Tribunal tedesco e que foi recepcionada na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, divide o princípio da proporcionalidade em três máximas distintas e sucessivas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A proporcionalidade encontra fundamento de existência 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, princípio republicano, estado democrático de direito e no devido processual legal substancial, ou mesmo decorre da estrutura própria dos direitos fundamentais (princípios jurídicos).

Analisemos as três máximas em que se decompõe a proporcionalidade.

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 desproporcio-

nais. A regra primeira da proporcionalidade, a adequação, não indica uma única solução correta, mas apenas exclui 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.

Atendidos os dois primeiros testes, a medida restritiva deve passar pelo seu último desafio, a proporcionalidade em sentido estrito, considerada “um sopeamento 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”.⁸⁴ Essa terceira máxima visa analisar, nas circunstâncias concretas, se os princípios colidentes foram otimizados na maior medida possível. Que a restrição é inevitável, já é pressuposto da teoria dos princípios, mas a restrição dos princípios em colisão deve ser a menor possível, para tanto se utilizam as três máximas.

Virgílio Afonso da Silva, engenhosamente, cria um exemplo para demonstrar a aplicabilidade do teste. Seria o caso de o 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 à conclusão que os fins buscados (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 de segregação seria inconstitucional.

Humberto Ávila sintetiza os três testes da proporcionalidade:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e

⁸⁴ Silva, op. cit., p. 40.

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.⁸⁵

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.⁸⁶

O princípio da proporcionalidade atua em duas direções. Funciona como um mecanismo de controle de constitucionalidade de atos restritivos de princípios jurídicos e também como mecanismo 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 total 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.

1.4.7 Conflito entre regra e princípio

Já tivemos ocasião de desenvolver a posição de que a Constituição Federal 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

⁸⁵ Ávila, op. cit., p. 158.

⁸⁶ 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 sem sentido estrito” (STF – Tribunal Pleno – IF n. 2.915/SP – Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes – DJU 28-11-2003).

entendemos que nem todos os princípios construídos a partir da Constituição são direitos fundamentais. Estes 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 única solução 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 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 são restrições a eles e, por isso, devem prevalecer nos casos concretos de colisão, por opção expressa do legislador.⁸⁷

Humberto Ávila também defende 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”.⁸⁸

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, à luz do princípio da proporcionalidade, da regra que veda a admissão das provas ilícitas nos processos, para tanto invocando o princípio 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 o Tribunal não atendeu ao pedido de ponderação ao argumento de que “foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo,

⁸⁷ “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).

⁸⁸ Ávila, op. cit., p. 106.

se necessário, da eficácia da persecução criminal – por valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita”.⁸⁹

Quanto ao mesmo tema, mas tendo em análise a Constituição portuguesa,⁹⁰ Jorge Reis Novais defende que quando o constituinte prescreve a nulidade das provas obtidas mediante abusiva intromissão essa 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”.⁹¹ Por 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”.⁹²

Se o confronto horizontal entre regras e princípios é sempre resolvido em favor da regra, eventual conflito vertical 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 e, em último caso, pelo intérprete quando houver necessidade de solucionar colisão entre eles, sem nenhuma solução 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 do livro.

O constituinte originário pode enunciar um direito fundamental, mas delegar ao legislador ordinário a possibilidade de sua conformação, autorizando a sua restrição. Contudo, o legislador ordinário, sob pena de se esvaziar o princípio constitucional, deve modular a restrição legislativa dentro dos parâmetros da proporcionalidade, daí resulta que uma regra ordinária restritiva de princípios constitucionais, caso não atenda aos parâmetros da proporcionalidade, será tida como inconstitucional. Se todas as regras restritivas de direitos fundamentais previstas na redação originária constitucional devem ser aplicadas – e não admitem

⁸⁹ STF – Tribunal Pleno – HC n. 79.512/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 16-5-2003.

⁹⁰ “Artigo 32, nº 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.”

⁹¹ Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, p. 374-375.

⁹² Idem.

seu afastamento ao argumento da ponderação –, não são todas as regras restritivas ordinárias que o serão, posto que devem antes passar pelo crivo do controle de constitucionalidade material.

Avançando nas hipóteses de restrições de 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 protecção 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.⁹³

Importante frisar que a Constituição portuguesa prevê no artigo 18: “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 o professor Novais encontrou grande eco com sua tese ao admitir a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais não expressamente autorizada pela Constituição, doutrina que também foi recepcionada pela Corte Constitucional portuguesa.

Os princípios constitucionais podem sofrer restrições por regras originárias do próprio texto constitucional, por regras da legislação expressamente autorizadas e por regras jurídicas implicitamente autorizadas. Em todos os casos, deve-se entender que o legislador, constitucional ou ordinário, já realizou uma pré-ponderação entre dois princípios colidentes em abstrato e deu a solução por meio de uma regra jurídica, a qual deve ser prestigiada, salvo nos casos de inconstitucionalidade – quando a restrição feita pelas regras da legislação ordinária não atender a proporcionalidade, hipótese em que a regra será declarada inconstitucional e o princípio será aplicado. Nesta última situação, contudo, não houve prevalência do princípio no conflito com uma regra, mas apenas o reconhecimento de que a

⁹³ Novais, op. cit., p. 548.

regra não era válida no sistema, logo o conflito era aparente, confirmando que sempre que uma regra, de qualquer hierarquia, proporcional e constitucional, ou seja, válida, conflitar com um princípio a regra jurídica irá sempre prevalecer, respeitando-se a vontade legislativa democraticamente instituída.

Nessa linha de ideias, Virgílio Afonso da Silva doutrina 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 princípios 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*.⁹⁴

Concluimos o tópico reconhecendo que os princípios constitucionais podem sofrer restrições pela legislação infraconstitucional, na medida em que necessárias para conformação dos demais princípios antagônicos. Nesse caso, é o legislador quem já realiza a ponderação *in abstracto* e expõe o resultado por meio de regras jurídicas, as quais, se constitucionais (proporcionais), devem ser aplicadas. No Direito do Trabalho, como consequência, admitimos a restrição proporcional dos direitos fundamentais dos trabalhadores, restrição realizada, primordialmente, pelo legislador e por meio de regras – não é por outra razão que as diversas regras restritivas, editadas durante a fase política do neoliberalismo, retraíram direitos fundamentais previstos na Constituição e são tidas como legítimas.⁹⁵

⁹⁴ Silva, *Direitos fundamentais*, p. 52.

⁹⁵ O aumento das hipóteses de contratação temporária a título precário (Lei nº 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 nº 9.601 de 1998, inclusive.

Significa isso dizer que não está o magistrado autorizado a deixar de aplicar uma regra jurídica ordinária restritiva de direitos fundamentais ao argumento de que ela conflita com um princípio constitucional. Somente poderá fazê-lo por controle difuso de constitucionalidade, declarando a invalidade da regra jurídica, quando a gravidade da decisão exige manifestação expressa, quórum qualificado nos Tribunais⁹⁶ e admite a sindicância da decisão até em recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.⁹⁷

⁹⁶ Cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da Constituição c/c Súmula Vinculante nº 10 do STF).

⁹⁷ Artigo 102, III, *b*, da Constituição.

2

A Fórmula Política Constitucional como Vetor Interpretativo

Karl Marx, em sua primeira fase, era estudante de Direito da Universidade de Berlim, quando verificou que as ideias defendidas por seu professor Savigny, na prática desenvolvida pelo próprio mestre, eram subvertidas. Este último, baluarte da Escola Histórica do Direito, pregava doutrinariamente que dever-se-ia dar maior valor ao direito costumeiro ao contrário da tendência legislativa daqueles tempos. Entretanto, enquanto Ministro da Legislação da Prússia, Savigny patrocinou a edição de uma nova lei que criminalizava as pessoas que coletavam lenhas em florestas privadas, convertendo uma prática costumeira da época em crime. Provavelmente descrente do Direito, Karl Marx passou a tratar dos pontos antecedentes a ele: a política e a economia, na medida em que, na visão dele, estes influenciavam na criação do Direito. Entendendo a política e a economia, por corolário o Direito também o seria, pois este nada mais é que um reflexo das opções políticas e econômicas do momento de edição da legislação.¹

Reportamo-nos a Marx para dizer que já é lugar-comum na doutrina jurídica que a política e a economia são quem, decisivamente, condicionam o Direito. E é assim no mundo todo e com as nossas constituições brasileiras não foi diferente.

Ciclicamente, verificamos momentos de maior ascensão do liberalismo, como em outros a prevalência das ideias socializantes. Nos Estados Unidos da América, na qualidade de modelo liberal ocidental, também essas fases foram bastante marcadas. A opção político-ideológica liberal sofreu seu primeiro golpe com a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, quando o país, modelo de industrialização e desenvolvimento, mostrou sinais de pobreza, recessão na economia e desemprego.

¹ Para um maior aprofundamento das contribuições de Marx ao direito, com sua crítica à legislação, remetemos à obra já referida de Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria da ciência jurídica*.

Os ideólogos do liberalismo, mesmo naquele momento de aguda crise, continuaram a defender que, com o passar do tempo, o próprio mercado reagiria, sem a necessidade da intervenção do Estado na economia. De outro lado, algumas vozes, como a de J. M. Keynes diziam que “A longo prazo, todos estaremos mortos.”²

Enquanto o Secretário de Comércio Herbert Hoover aguardava o mercado “dar a volta por cima”, as pressões populares levaram ao poder Franklin Roosevelt que, no início de seu mandato, em 1933, cria um programa de intensa produção legislativa para uma necessária intervenção do governo na economia. As medidas legislativas, em conjunto com outras medidas por ele tomadas, vieram a ser conhecidas como *New Deal*, inaugurando uma nova fase de Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

O fim da Primeira Grande Guerra Mundial expandiu para o mundo os ideais do Estado de Bem-Estar Social, com a positivação de seus pilares nas constituições, eis que os países em reconstrução dependiam da interveniência estatal. Não por acaso, começaram as novas constituições a positivar direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais, ao lado daqueles direitos fundamentais individuais de matriz liberal, no que se convencionou chamar de direitos fundamentais de segunda geração.

Mesmo com o auge do *Welfare State*, extremado pela ideologia socialista do Leste Europeu, alguns críticos de economia continuaram pregando um retorno ao ideal liberal de Adam Smith.³ Ele voltou a ser a vertente político-ideológica de governar a economia e refletiu no Direito, basicamente com as eleições de Margaret Thatcher na Inglaterra e Ronald Reagan nos Estados Unidos, respingando no Brasil com as eleições de Fernando Collor de Melo, José Sarney e, principalmente, Fernando Henrique Cardoso, políticos de militância mais conservadora.

O momento que vivemos hoje, com o colapso da economia norte-americana, insuflada pela total falta de regulamentação do sistema financeiro, gerou uma virada com a eleição de Barack Obama e uma maior intervenção do Estado na economia.

Aqui no Brasil, um estudo das nossas constituições pode demonstrar esses movimentos pendulares, com a concepção que defendemos de que a Carta atual não adotou nenhum dos modelos econômico-ideológicos prioritariamente, mas a síntese entre eles, que reflete no campo jurídico com a ideia do estado democrático de direito.

² KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Atlas, 1982.

³ O marco teórico-acadêmico do neoliberalismo é a obra, de 1944, do economista austríaco Friedrich Hayek, já traduzida, intitulada de *O caminho para a servidão*. São Paulo: Edições 70, 2009.

Absolutamente todas as nossas constituições adotaram o modelo econômico capitalista, centrado na defesa da propriedade privada, nada obstante em cada qual se verifique uma maior ou menor intervenção do Estado, retratando fielmente o panorama político da época de sua elaboração.

As Cartas de 1824 e 1891 adotaram o modelo liberal clássico (influenciadas pelo Código Civil francês), garantindo o direito de propriedade quase que como direito absoluto, bem assim uma total liberdade de trabalho, cultura, indústria ou comércio. De outro lado, não havia a positivação de nenhum direito de índole social, principalmente de direito do trabalho, educação, saúde, muito menos intervenção do Estado nas áreas econômicas e de trabalho.⁴

Influenciado por diversos eventos mundiais que apontavam pela decadência do modelo liberal clássico, como o fim da Primeira Guerra Mundial, as constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, bem assim da Revolução Russa de 1917 e do *New Deal* de Roosevelt, no Brasil a Carta de 1934 também demonstrou uma virada histórica, eis que pela primeira vez foi introduzido um Título para a Ordem Econômica e Social. Entre os “novos direitos” de estatura constitucional estavam os de liberdade de trabalho, com respeito às exigências legais e ao interesse público (artigo 113, 13); a garantia do direito de propriedade, mas desta feita condicionada ao interesse coletivo e social, inclusive admitindo-se a desapropriação (artigo 113, 17); ordem econômica com vista aos princípios da Justiça e da dignidade, limitando-se a liberdade (artigo 115); a possibilidade de monopólio da União em alguns setores da economia (artigo 116); e a intervenção do Estado na economia para fomentar o desenvolvimento popular e a concessão de crédito (artigo 117), entre tantas outras mudanças de paradigma.

Entre os direitos dos trabalhadores foram proclamados, ineditamente:

Art. 121 – A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º – A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

⁴ Na Constituição de 1824 têm-se o paradigmático dispositivo: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle previamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização.”

- b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;
- c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;
- d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;
- e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos;
- f) férias anuais remuneradas;
- g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;
- h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;
- i) regulamentação do exercício de todas as profissões;
- j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

[...]

Art. 122 – Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.

Parágrafo único – A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual.

Com a adoção do modelo socializante da Constituição de 1934, não poderia ser outra a ideologia que a CLT de 1943 adotou. O Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio do Governo Vargas era Lindolfo Collor, também reconhecidamente defensor do intervencionismo. Eis palavras suas:

A proteção aos interesses dos operários deve ser completa; a conquista das 8 horas de trabalho, o aperfeiçoamento e ampliação da lei de férias, dos salários mínimos, a proteção das mulheres e dos menores, todo esse novo mundo moral que se levanta nos dias atuais em amparo ao proletariado deve ser contemplado pela nossa legislação, para que não se continue a ofender os brios morais dos nossos trabalhadores com a alegação de que o problema social é um caso de polícia.⁵

⁵ Cf. Süsskind, *Curso de direito do trabalho*, p. 36.

As Constituições seguintes até a de 1967, inclusive com a Emenda nº 1 de 1969, mantiveram o modelo socializante inaugurado pela Carta de 1934, sendo que, a nosso sentir, o panorama político-econômico somente foi alterado com a Constituição de 1988, a qual, convém repetirmos, não abandonou completamente o modelo social, mas resgatou alguns ideais de cunho liberal (*rectius*: neoliberal), principalmente a partir da década de 1990, com as diversas Emendas Constitucionais.

Calha fazermos um breve esboço do momento político-econômico da época da elaboração da atual Carta de 1988. O Anteprojeto da Constituição estava redigido, pela Comissão Afonso Arinos, com a previsão das diretrizes da ordem econômica da seguinte forma:

Artigo 316. A ordem econômica fundamenta-se na justiça social e no desenvolvimento, devendo assegurar a todos uma existência digna.

Parágrafo único – A ordenação da atividade econômica terá como princípios:

I – a valorização do trabalho;

II – a liberdade de iniciativa;

III – a função social da propriedade e da empresa;

IV – a harmonia entre as categorias sociais de produção;

V – o pleno emprego;

VI – a redução das desigualdades sociais e regionais;

VII – o fortalecimento da empresa nacional;

VIII – o estímulo às tecnologias inovadoras e adequadas ao desenvolvimento nacional.

Art. 317 – O exercício da atividade econômica, seja qual for o seu agente, está subordinado ao interesse geral, devendo realizar-se em consonância com os princípios e objetivos definidos neste Título.

O texto original foi modificado pelas discussões temáticas.

Acerca da luta de interesses políticos na Comissão da Ordem Econômica da Assembleia Nacional Constituinte, destacamos alguns trechos no que se refere aos interesses dos que defendiam o sistema social e daqueles de viés liberal, para apontar que a redação final procurou comportar ambas as ideologias em conflito e não, como se entende, a sobreposição dos direitos trabalhistas aos de cunho liberal. Transcrevemos:

O SR. CONSTITUINTE LUIZ SALOMÃO: – Sr. Presidente, Sr. Relator, Srs. Constituintes: Gostaria de tecer alguns comentários sobre o projeto da Subcomissão 6A

que resultou num longo processo de discussão, de apresentação de propostas e de uma votação, cujas anomalias foram registradas e resultaram num projeto que, a meu juízo, não corresponde às necessidades da sociedade e da economia brasileira. Creio, inclusive, que se esta formulação prosperar, ele corre o risco de sair natimorta, no sentido de que alguns preceitos constitucionais, algumas conquistas do povo brasileiro foram derogadas por esse projeto, finalmente votado, pela Subcomissão 6A. Isso, em decorrência da formação de uma maioria circunstancial, que votou em bloco numa determinada linha, criando um verdadeiro substitutivo completamente diverso do anteprojeto do Relator.

Eu gostaria de destacar cinco pontos dessa resultante dos trabalhos que, a meu ver, devem merecer a atenção especial do Relator, a fim de que se formule um novo projeto da Comissão, que consulte a média das opiniões desta Comissão. O primeiro ponto, que eu gostaria de destacar, foi a exclusão do art. 1º de qualquer referência a componentes do trabalho, como um dos elementos da formação da produção e que foi, simplesmente, abolido dessa formulação do art. 1º. O Relator, originalmente, propôs que a ordem econômica fosse fundada no trabalho. Isso foi substituído para que a ordem econômica fosse fundada na livre iniciativa. Se se propusesse que fosse fundada no capital e no trabalho, ainda haveria um mínimo de coerência, em relação aos elementos que formam a produção. Mas, colocar a livre iniciativa e a valorização do trabalho no caput dessa proposição, parece-me uma forma pouco coerente com o próprio processo produtivo. De modo que todos os princípios, a propriedade privada e os meios de produção, a livre concorrência, a igualdade e oportunidade, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente, de certa forma, ignoraram essa conquista já consagrada nas Constituições brasileiras de uma atenção especial para o trabalho, com uma componente tão ou mais importante do que o capital no processo produtivo.

[...]

O SR. CONSTITUINTE ANTÔNIO UENO: – Sr. Presidente, Srs. Constituintes: Acredito na livre iniciativa, na economia de mercado. Quanto menos a intervenção do Estado, mais poderemos ativar a economia do País. Só naqueles setores onde a iniciativa privada não tem condições de atuar é que deve entrar o Estado.

[...]

O SR. CONSTITUINTE RUBEM MEDINA: – Sr. Presidente, queria justificar, inclusive a justificativa já encaminhei ao ilustre Relator da Comissão, que diz o seguinte: *“A emenda preconiza a organização da atividade econômica à luz de dois princípios fundamentais: a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano.”*

No anteprojeto do ilustre Relator a livre iniciativa é colocada em plano secundário, reconhecida apenas nos termos da lei. Entre as 11 diretrizes anunciadas no art. 6A-02, tal atitude leva a uma distorção estatizante da ordem econômica. No moderno Estado Liberal o princípio da livre iniciativa convive harmonicamente com os postulados da justiça social. A emenda não ignora a função social da pro-

priedade, nem as mais recentes preocupações com a defesa do consumidor e do meio ambiente. Fundiu-se na emenda os textos dos arts. 6A-01 e 6A-02, devendo, com a nova redação proposta, serem eliminados.⁶

Parece-nos bastante claro que a média das posições parlamentares foi no sentido de se prestigiar tanto a valorização do trabalho como a livre iniciativa, tanto os ideais sociais como os liberais (ou neoliberais), inclusive houve quase a aprovação de um texto sem que o trabalho fosse um dos fundamentos da economia e da nova ordem constitucional. Felizmente, as forças se equilibraram, com prestígio da democracia, de modo a positivar no artigo 170 ambos os princípios antagônicos, mas que merecem harmonização, sem que um prevaleça sobre o outro, *a priori* e abstratamente.

Em importante obra editada em comemoração aos 20 anos da positivação dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988, os organizadores resumiram, com extrema precisão, o panorama político da Assembleia nacional constituinte:

Durante todo o tempo de sua elaboração ficou claro que os debates eram marcadamente ideológicos. Por um lado, setores mais conservadores aglutinados em torno do Centrão, como se convencionou chamar a reunião de parlamentares de diferentes matizes partidárias e defensores de uma linha claramente liberal; de outro, os mais à esquerda, também de diferentes vertentes partidárias, querendo imprimir um perfil à Constituição mais social e fortemente influenciada pelas recentes Constituições portuguesa e espanhola, ambas resultantes da redemocratização. No meio deles, parlamentares que ora compunham uma maioria liberal e ora estavam mais próximos da vertente social da Carta.

O resultado de seu trabalho pode ser questionado em termos técnicos, políticos e até mesmo econômicos, mas não pode deixar de reconhecer que é, sem qualquer dúvida, um reflexo da composição do Congresso Constituinte que a elaborou. Ao mesmo tempo era o resultado de um desejo reprimido de mais de vinte anos por liberdade, por justiça social e por direitos e garantias individuais, mesclada pela nossa compulsão legislativa para regular sobre tudo e sobre qualquer fato social, dos juro máximos ao que seria empresa nacional.⁷

E não poderia ser outra a miscigenação que a nossa Constituição reflete, eis que o panorama político e econômico mundial continha a eferescência de regramentos liberais clássicos, estados sociais (inclusive àqueles de vertente comunista), bem como nessa quadra da história surgiu a ideologia neoliberal, representada pelas eleições de Margaret Thatcher na Inglaterra (1979), Ronald Reagan nos EUA (1980)

⁶ Diário da Assembleia Nacional Constituinte.

⁷ Montesso et al., *Direitos sociais na Constituição de 1988*, p. 10.

e Helmut Kohl na Alemanha (1982), todos representantes das maiores economias do mundo e ávidos pela desregulamentação do Estado de Bem-Estar Social.

Ingo Sarlet, embora classifique a Constituição de 1988, quanto à sua linha ideológica, como Social de Direito, compreende o seu pluralismo, fruto da tentativa de conciliar posições e reivindicações das diversas tendências envolvidas no processo constituinte. Comparada à Constituição portuguesa de 76, anota o autor que “também, no caso brasileiro, o Constituinte se inspirou preponderantemente nas teorias liberal e social dos direitos fundamentais, incluindo suas diversas variantes e manifestações”.⁸

No que toca ao reflexo da referida opção constituinte nos campos político e econômico, adverte Renato Janine Ribeiro que:

Hoje, para dizer a verdade, parece difícil imaginar um regime econômico que substitua e supere o capitalismo. Ele pode ser corrigido e melhorado. Mas, em suma, não há razão para achar que Lênin fosse mais fiel a Marx do que o SPD alemão. Talvez, o que tenha ficado do socialismo não seja um sistema econômico, que não sabemos como seria, mas uma inspiração de solidariedade, de igualdade, de fraternidade. Talvez, não haja boa Política hoje sem uma dosagem, variável, de socialismo e liberalismo. Puros, não são tão bons. Melhoram com a mistura. Talvez uma boa Política, hoje, tenha de ser mestiça.⁹

A dialética entre os socialistas e liberalistas foi compatibilizada com a fórmula do estado democrático de direito (Preâmbulo e artigo 1º). Um Estado democrático deve comportar linhas ideológicas as mais diversas, representar a vontade da maioria, mas resguardar alguns direitos das minorias, interesses conflitantes entre si se vistos isoladamente, mas que reclamam conformação quando vistos globalmente. Essa ideia de conformação e equilíbrio que brota do artigo 1º deve bafejar democracia em relação à legislação infraconstitucional, que deve ser interpretada à luz da Constituição, sob pena de inconstitucionalidade.

Para Daniel Sarmento:

Mas se, por um lado, a Constituição demonstra esta inclinação pelo social, por outro ela não abandona o regime capitalista de produção, nos seus pilares essenciais. Neste sentido, a livre iniciativa é consagrada como fundamento da ordem econômica, a liberdade de imprensa é assegurada e a propriedade privada protegida como direito fundamental. Estes valores são, contudo, temperados, pela preocupação constante com a solidariedade e a justiça social, mediante a adoção de variadas fórmulas compromissórias.

⁸ Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 77.

⁹ Ribeiro, *Elogio ao socialismo*, p. 16-17.

Portanto, se é verdade que o constituinte rejeitou o modelo econômico socialista, de economia planificada, com apropriação coletiva dos meios de produção, ele também não aderiu ao *laissez-faire*, preferindo um regime intermediário, mais consentâneo com as demandas da sociedade contemporânea, que aposta na força criativa e empreendedora da iniciativa privada, mas que não foge à responsabilidade de discipliná-la e corrigi-la, sempre que isto se faça necessário para promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça social.¹⁰

Lênio Luiz Streck, com lucidez, adverte: “Com efeito, do Estado Liberal já passamos – formalmente – por um Estado Social (*não realizado*) e, a partir de 1988, passamos a ter uma Constituição que instituiu o Estado Democrático de Direito.”¹¹

Ricardo Lobo Torres, para os direitos humanos, sintetiza o momento:

Presencia-se hoje à mudança de paradigmas jurídicos, até mesmo como consequência da reconfiguração do próprio Estado de Direito, que passa, após a queda do muro de Berlim, da sua fase de Estado Social (ou Estado de Bem-Estar Social, ou Estado-Providência, ou Estado da Sociedade Industrial) para a de Estado Democrático (ou Estado Pós-socialista, ou Estado da Sociedade de Riscos, ou Estado Subsidiário). A mudança de paradigmas implica a reaproximação entre *direito e ética* e entre *liberdade e justiça*, bem como a preeminência dos *princípios jurídicos* no quadro do ordenamento, seja a dos princípios fundamentais (art. 1º da Constituição Federal) seja a dos princípios vinculados às ideias de liberdade, justiça e segurança (arts. 5º, 6º, 7º, 150, 170 e 195 da Constituição Federal). O novo paradigma é, sobretudo, *pós-positivista*, no sentido de que pretende superar assim o positivismo normativista e legalista que o positivismo historicista e economicista. No plano dos direitos humanos a mudança se dá do paradigma da norma e do fato para o dos princípios e do da eficácia para o da legitimação.¹²

Em capítulo especial de suas lições, Willis Santiago Guerra Filho ensina que o legislador constituinte originário não é ilimitado como se defendia classicamente, mas encontra-se jungido à fórmula política adotada pelos detentores do poder – o povo –, no momento da delegação da atividade legislativa. No caso da Constituição Federal atual, o preâmbulo já diz que os constituintes se reuniram com a missão de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”.

Em consequência dos limites dessa delegação, “todo o restante do texto constitucional pode ser entendido como uma explicitação do conteúdo dessa *fórmula*

¹⁰ Sarmento, *Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada*, p. 216-217.

¹¹ Streck, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 70.

¹² Torres, *Legitimação dos direitos humanos*, p. 1-2.

política, explicitação essa que, por mais extenso que seja esse texto, ainda é e sempre será uma tarefa inconclusa”.¹³ A fórmula política é a expressão ideológica que organiza a estrutura social e a convivência legislativa. “Trata-se, portanto, do elemento caracterizador da Constituição, principal vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, através delas, de todo o ordenamento jurídico”.¹⁴

Partindo dessa premissa, identifica Willis Santiago Guerra Filho, em outra obra genial sua, a opção ideológica por um Estado Democrático de Direito na nossa atual Constituição, “fórmula política que representa a síntese em que se supera, dialeticamente, Estado liberal de Direito e *Welfare State*, de um lado, e, de outro, Estado social e socialista de Direito”.¹⁵

Contudo, embora inspirados pela mesma Constituição, democrática e plural, ainda os autores de Direito do Trabalho continuam defendendo atualmente que a Carta Política é social ou representante do modelo do *Welfare State*, bem por isso tendem a interpretar todas as normas trabalhistas, principalmente princípios, privilegiando os de vertente social até a última medida, sem levar em conta a existência de princípios de estatura liberal, que estão no mesmo grau de hierarquia, formal e material.¹⁶

João Caupers, na nota prévia de seu livro de 1985 já dizia que “Esta primeira incursão na importante área do Direito Constitucional do Trabalho tem a justificá-la o desejo de investigar com seriedade um campo onde motivações políticas e ideológicas diversas têm contribuído para obscurecer o rigor científico.”¹⁷

Em interessante obra,¹⁸ Miguel Reale disserta acerca das três fases do direito moderno, assim consideradas aquelas posteriores à Revolução Francesa. Para ele,

¹³ Guerra Filho, *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 16.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Guerra Filho, *Teoria da ciência jurídica*, p. 154.

¹⁶ Chegando ao ponto extremo de Maurício Godinho Delgado defender que o Direito do Trabalho ocupa posição central na Constituição de 1988, de modo que seus princípios específicos devem influenciar a leitura de todos os demais ramos do Direito. Diz ele que: “Ao constitucionalizar o Direito do Trabalho, a Carta de 1988 praticamente impôs ao restante do universo jurídico uma influência e inspiração justtrabalhista até então desconhecidas na história do país. O potencial matizador, característico ao Direito do Trabalho, pelo qual ele imprime feição própria àqueles elementos que lhe provém de outros segmentos da ciência jurídica, foi, por obra da nova Carta Constitucional, disseminado por além das fronteiras justtrabalhista, impondo-se a outros ramos do Direito. Nesse quadro, a Carta de 1988 retirou o Direito do Trabalho de seu local delimitado (e, no Brasil, até mesmo isolado), lançando sua influência sobre o conjunto da cultura jurídica do país” (*Curso de direito do trabalho*, p. 125).

¹⁷ Caupers, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, *passim*.

¹⁸ REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

a primeira fase se estende da revolução até o fim do século XIX, fixando como seu termo a edição do Código Civil alemão de 1900. Nesse quadrante, o ideal prevalente era o individual-liberal, com pensamento sistemático-formal, utilizando-se de métodos cartesianos. Os códigos civis eram os monumentos legislativos, relegando à segundo plano o papel das constituições. A segurança jurídica era o valor principal, na defesa de certeza para as relações econômicas da burguesia.

Eram a autonomia de vontade e a propriedade privada os dois pilares que sustentavam as legislações da época, marcadas pelo distanciamento do Estado (livre iniciativa) e a finalidade essencial deste último de salvaguarda dos direitos individuais. O método jurídico reinante era aquele da Escola da Exegese francesa, antecedente do positivismo jurídico normativista, como já visto no primeiro capítulo.

A segunda fase tem como marco social a descontrolada exploração da força de trabalho pelo capitalismo, fato que empolgou críticas de Karl Marx em relação ao novo sistema econômico, que era ancorado no legalismo e nos códigos civis. Foi aí que os contratos de trabalho separaram-se do Direito Civil e fizeram surgir regulações de cunho especial e, em decorrência, o Direito do Trabalho nasceu como ramo autônomo.

Foi aí que as legislações passaram a, paulatinamente, beber nas fontes da nova dogmática jurídica de cunho social, relativizando o direito de propriedade com a busca de sua função social, os contratos passaram a carregar uma carga axiológica e também social. O princípio da autonomia de vontade sofreu, como se vê, duro golpe. Embora a vertente ideológica da segunda fase fosse a social, o método jurídico vigente era o positivismo normativista, na versão poderosa que lhe deu Kelsen. Exatamente por isso, tencionaram os autores da segunda fase a aplicar os novos princípios sociais como se regras fossem, no modelo “tudo-ou-nada”, por subsunção, absolutizando-os e desconsiderando os princípios de vertente liberal também incidentes na hipótese.

Entretanto, como já era de se prever, a mudança repentina de foco da lei aos valores, do individual ao social, do cidadão para o Estado, contribuiu para a fortificação deste último, proporcionando o surgimento de regimes totalitários, amparados na lei.

Coincidentemente, ao lado das características políticas e jurídicas das outras fases, pode-se observar que instrumentos culturais marcantes foram decisivos para a configuração das três fases. Se foi o vapor que deu início à primeira e a energia elétrica à segunda, certamente a energia atômica e a eletrônica delineiam esses tempos da terceira etapa da evolução jurídica.¹⁹

¹⁹ Reale, op. cit., p. 113.

O Estado do Bem-Estar Social não conseguiu ser provido pelos Estados, fato demonstrado pelas políticas revisionistas de Gorbatchov na União Soviética; nos países de terceiro mundo muito menos. As novas ideologias conclamavam uma nova fase de minimização do Estado como solução para os males sociais.

Para Miguel Reale, a terceira fase exige a necessidade de reciclagem das ideologias, tanto daquela individualista da primeira fase como da social do segundo lapso. Defende o autor que necessitamos de um complexo de ideias fundamentais, nem por isso inflexíveis e imutáveis, como linhas de indicação. O que se busca é um social-liberalismo, um equilíbrio de forças, diante da globalização e da re-afecção das fronteiras entre os países de díspares culturas e formação ideológica e, por conseguinte, jurídicas tão diferentes. Vivemos na época dos valores, bem retratada pela Constituição de 1988.

As codificações pátrias atuais, desde a Constituição de 1988, como o Código de Defesa do Consumidor de 90 e o Código Civil de 2002, e tantas outras legislações, preocuparam-se com o equilíbrio dos valores contrapostos, garantindo o individualismo, a propriedade privada e a racionalidade, mas sem se descuidar de matizes sociais, como a função social da propriedade, as cláusulas abertas dos citados códigos, bem por isso o intérprete tem especial papel nessa terceira fase, obrigando-o a promover o equilíbrio entre as ideologias conflitantes das duas fases anteriores e já ultrapassadas. Se os juristas mantiverem a inclinação ideológica socializante, deturparão a moderna legislação, interpretando-a e aplicando-a como se ainda vivêssemos na segunda fase do direito moderno, em total desprestígio da fórmula política da Constituição de 1988, estado democrático de direito que, nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho, é o principal vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, através delas, de todo o ordenamento jurídico.

Entendemos que os juristas trabalhistas brasileiros encontram-se ainda na segunda fase do direito moderno, interpretando a Constituição e toda a legislação como se fossem reflexos da ideologia socializante, razão pela qual pensamos que o Direito do Trabalho, na visão dos autores e da jurisprudência, não se desenvolve cientificamente, como advertiu João Caupers linhas acima. Convive-se, no Brasil, placidamente com um princípio da irrenunciabilidade, tido como absoluto pela doutrina clássica, e decisões de homologação de acordos em milhares de execuções trabalhistas, com renúncia parcial dos direitos integrantes do patrimônio jurídico dos trabalhadores, em total desprestígio da cientificidade e da racionalidade que o Direito exige.

Miguel Reale conclui sua lição dizendo que:

O que se impõe é a ruptura com as atitudes intransigentes, reconhecendo-se que, tais sejam as conjecturas, será aconselhável optar-se, aqui, pela iniciativa privada, acolhendo-se, acolá, de bom grado a participação do Estado em vários

ramos da atividade social, numa adequação pragmática entre a ideologia política e a realidade cambiante e variegada a que nos couber dar entendimento. Assim sendo, o contraste entre Estado onnipresente e Estado evanescente – que esteve no centro dos debates nas épocas anteriores – perde todo sentido, passando-se a reconhecer a indispensabilidade do Estado, cujas funções, no entanto, cumpre objetivamente rever, tendo como centro de referência o *primado da sociedade civil sobre as estruturas burocráticas*.²⁰

Para nós, tal qual o Código Civil de 2002 que agregou ideais de viés social e coletivo, como boa-fé objetiva, função social dos contratos, teoria da imprevisão, com suavização da cláusula do *pacta sunt servanda* etc., com a superação do Código Civil de 1916, de matiz liberal e individualista, deve também a CLT e o Direito do Trabalho suavizar seu caráter apenas social e colher alguns ideais de liberdade, como uma maior valorização da vontade das partes, a admissão de renúncias e transações justificadas, valorização das negociações coletivas etc.

As legislações civis e trabalhistas, ao invés de trilharem caminhos opostos e estanques, devem caminhar pela mesma via, pavimentada pelo amálgama democrático da atual Carta Política de 1988, evidentemente cada um dos ramos especializados com suas características especiais, como de resto deve se dar com toda a legislação.

Na medida em que a Constituição tem força normativa, estando inserida no mesmo sistema de toda a legislação, influenciando-a em razão de sua supremacia, seja formal ou material, não há dúvida de que a legislação trabalhista, notadamente a CLT de 1943, deve ser interpretada atualmente a partir do modelo constitucional vigente, com a sua parcial modernização, mesmo sem necessidade de alteração do texto, nos limites possíveis da interpretação e das modernas teorias hermenêuticas.

E a mudança de paradigma com a fórmula política do estado democrático de direito da Carta Constitucional deve ser incorporada pelos seus intérpretes, eis que em se mantendo os paradigmas ideológicos sociais para o Direito do Trabalho e liberais para o Direito Civil, as tentativas de mudança serão soterradas pela pré-compreensão do intérprete. Tanto o intérprete deve se despir da pré-compreensão de outrora, quanto valer-se do método mais adequado a lidar com uma Constituição que prestigia direitos fundamentais, que é o pós-positivista, enquanto mecanismo racional e adequado para realizar, em cada caso concreto e de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, a ponderação dos princípios, então colidentes, de matriz liberal ou social.

Por exemplo, é interessante observar o resultado da interpretação feita por diversos autores, cada qual com pré-compreensão diversa, ora liberal, ora social

²⁰ Reale, op. cit., p. 118.

ou mesmo democrática de direito. Exemplificativamente, em relação ao artigo 1º, IV, da Constituição Federal, são as seguintes passagens doutrinárias:

Para Uadi Lammêgo Bulos:

É curioso notar que a fórmula adotada pelo constituinte foi infeliz no tocante à caracterização da livre iniciativa como valor social, demonstrando a existência de concessões ideológicas, e fazendo prevalecer o espírito antiliberal em termos de economia. Ao elevar a livre iniciativa ao posto de valor social, o constituinte procurou satisfazer as correntes menos progressistas, incluindo no léxico da Constituição o binômio trabalho e capital. Mesmo assim é impróprio e atécnico, porque a sua ideia não se compactua com elementos estruturantes da política republicana. A livre iniciativa, em realidade, participa de um modelo econômico, calcado no modelo liberal, não corroborando elemento inerente à configuração estrutural da República. Bem andariam os constituintes se tivessem seguido a técnica alvitrada na Constituição de 1946, que vaticinou em seu art. 45: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.”²¹

De outro lado, Fábio Leite:

Da inserção dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil, só duas alternativas são possíveis: i) ou o dispositivo se refere ao valor social do trabalho e ao valor social da livre iniciativa, ii) ou aos valores sociais do trabalho e aos valores sociais da livre iniciativa. Não haveria espaço, portanto, para advogar a tese da livre iniciativa – e não o(s) seu(s) valor(es) social(is) – como fundamento da República.²²

Paulo Bonavides: “Tocante aos direitos sociais básicos, a Constituição define princípios fundamentais, como os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa.”²³

Parece-nos com razão o Mestre de Fortaleza, afinado com a fórmula política do estado democrático de direito, para quem a Constituição elegeu como princípios tanto os valores sociais do trabalho como a livre iniciativa, sem precedência entre eles. Por serem princípios constitucionais, não há hierarquia entre as duas normas, quando vistas abstratamente. Em determinados casos concretos, uma delas poderá ser mais privilegiada, enquanto, quando as condições se inverterem, deverá a precedência se inverter também, balizada pelo princípio da proporcionalidade.

²¹ Bulos, *Constituição Federal anotada*, p. 86.

²² Leite, *Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro*.

²³ Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 339.

3

Direitos Fundamentais

3.1 CONCEITO E CONTEÚDO MATERIAL

A conceituação dos direitos fundamentais requer um passo ao passado, mais especialmente à teoria contratualista de Estado. Thomas Hobbes e John Locke foram os dois autores que mais desenvolveram a teoria contratualista. Para eles, os homens viviam em *estado de natureza* de forma livre, sendo o senhor absoluto de sua própria pessoa e seus bens, contudo a sua liberdade era passível de violação por outros, tão livres e soberanos. Essas incertezas, exposições e estado de tensão os fizeram deixar a liberdade absoluta para reunir-se em sociedade, mediante o contrato que criava uma instituição com o objetivo de conservar a vida, a liberdade e a propriedade. O Estado é a instituição que estabelece os padrões de comportamento, julgando, imparcialmente, quem os viole. O contrato social garante aos homens a defesa da paz e da propriedade, assegurando os seus direitos naturais, mas os cidadãos abrem mão de parcela de sua liberdade em benefício do Estado, na passagem do estado de natureza para o civil.

A divergência entre as teorias de Hobbes e Locke é que, para o primeiro, seria necessário um Estado absolutista, com poder de coação, representado por um soberano que não poderia ser questionado jamais, ainda que as suas vontades sejam moralmente erradas – ainda assim não deixando de ser lei.¹ Para John Locke o Estado é depositário da confiança e do consentimento dos cidadãos, devendo preservar os direitos naturais. A margem de atuação estatal coincide com o respeito aos direitos naturais dos homens, não se admitindo exorbitância. Se o Estado violar a confiança nele depositada, os cidadãos poderão rebelar-se

¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

e, como consequência, destituir o governante.² O ponto de contato entre as duas teorias contratualistas é que não eram os Estados que concediam aos cidadãos os direitos naturais, mas apenas conservava-os, eis que já existentes e anteriores à formação do Estado Civil.

Com a adoção do modelo de Estado absolutista em diversos países, sendo a França do século XVIII o principal representante, os soberanos exorbitaram dos seus poderes, passando a violar os direitos naturais. A reação dos cidadãos não foi aquela subalterna pregada por Hobbes, mas a exigência da enunciação de direitos naturais que deveriam servir como barreira intransponível às investidas estatais, na linha da tese de Locke. Nesse contexto foi publicada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, sendo considerado o primeiro documento formal que enunciou os direitos naturais de forma universalista – a *Magna Charta* de 1250 já havia enunciado alguns direitos naturais, mas restritos a algumas elites sociais. Essa enunciação dos direitos naturais, enquanto barreiras à atuação estatal, também foi o mote da doutrina do constitucionalismo moderno que culminou com a positivação dos direitos naturais e da organização do Estado por meio das constituições.

No antigo constitucionalismo havia as declarações de direitos (pacto social) e as constituições (pacto político), havendo a unificação de ambas nas constituições modernas. Atualmente, por força do preâmbulo da constituição francesa, a Declaração de 1789 continua vigente e, pelo mecanismo preambular, foi incorporada à Carta com a mesma hierarquia, integrando o chamado “bloco de constitucionalidade”, cuja violação dos direitos naturais reclama intervenção do Conselho Constitucional.

Os direitos naturais que no início eram reconhecidos nas declarações foram incluídos nas constituições e, depois, em tratados internacionais. Quando positivados nas constituições são conceituados como direitos fundamentais, enquanto previstos nas normas internacionais como direitos humanos.³ Gomes Canotilho diz que os “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente; [...] os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”⁴

José Carlos Vieira de Andrade desenvolve uma teoria tridimensional dos direitos fundamentais, conforme a perspectiva em que se os analise. Podem os direitos fundamentais ser vistos como direitos naturais de todos os homens, independente de espaço e tempo (*jusnaturalismo*), enquanto direitos mais importantes das

² LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

³ Nesse mesmo sentido, Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 35-37.

⁴ Canotilho, *Direito constitucional*, p. 393.

pessoas e enunciados num tempo e lugar (constitucionalismo) ou mesmo como direitos essenciais dos cidadãos num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, na maior parte do mundo (internacionalismo ou universalismo).⁵

A se conceituar os direitos fundamentais pela perspectiva jusnaturalista, uma decorrência seria classificá-los como absolutos, imutáveis, irrenunciáveis, atemporais e imprescritíveis, acenando ao conceito de justo absoluto do jusnaturalismo místico dos primórdios gregos,⁶ tese incompatível com a perspectiva constitucional atual em que os direitos fundamentais, de todas as vertentes, estão catalogados nas constituições e tratados internacionais, reclamando harmonização nos casos concretos, por intermédio dos recursos às técnicas do sopesamento e das restrições legislativas, executivas e judiciais. A nota característica dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional é a sua relatividade. Não há direito fundamental que seja absoluto.⁷

A Constituição Federal de 1988 recolheu 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).

Nas modernas constituições encontra-se a dignidade da pessoa humana em posição central, enquanto direito fundamental originário, sendo os demais direitos suas decorrências nas mais diversas esferas. Os direitos fundamentais foram ciclicamente, em ondas evolutivas, ganhando maior condensação, tendo iniciado com os direitos de liberdade, proteções dos cidadãos em face das violações cometidas pelos Estados.

Os direitos de liberdade – civis e políticos – são os de primeira dimensão, oponíveis em face do Estado, enquanto direitos de resistência. A sua origem é com o movimento do constitucionalismo, confirmados já no século XIX e inseridos no

⁵ Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 17.

⁶ Nesse ponto se percebe claramente que a doutrina trabalhista apreendeu os direitos fundamentais dos trabalhadores pela perspectiva jusnaturalista que alude Vieira de Andrade, qualificando-os como irrenunciáveis, absolutos, imprescritíveis e atemporais, posição frontalmente colidente com a perspectiva atual em que os direitos fundamentais ganharam estatura constitucional positiva. Ao tempo dos Estados absolutos e das declarações de direitos como documentos estilísticos a perspectiva absolutizante até que prestava alguma função de proteção dos cidadãos das investidas estatais, mas atualmente, em tempos de eficácia jurídica plena dos direitos fundamentais, de Estados democráticos e constituições modernas, a acepção absolutizante não presta mais nenhuma função, antes conflita com o sistema constitucional brasileiro de 1988, em absoluta defasagem dogmática trabalhista.

⁷ Característica que foi apreendida pelo STF: “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto” (MS 23.452/RJ – Rel. Min. Celso de Mello).

momento em que vigorava o Estado Liberal de Direito. Os direitos de primeira dimensão são os individuais concernentes à liberdade e propriedade, em essência.

Os de segunda dimensão – direitos de igualdade, garantidores dos direitos sociais, culturais e econômicos (coletivos em sentido amplo) – frutificaram com a égide do Estado Social de Direito (Weimar, 1919), caracterizando-se como direitos exigíveis do Estado, direitos a uma prestação positiva com vistas a fomentar a igualdade em seu sentido material. Nesse contexto do Estado Social é que os direitos dos trabalhadores foram inseridos nas Constituições enquanto direitos fundamentais sociais.

Os direitos de terceira dimensão identificam-se com a solidariedade entre os povos, inseridos que estão no final do século XX no paradigma da globalização. Direitos à fraternidade, à paz, ao meio ambiente equilibrado, à comunicação, ao patrimônio comum e ao desenvolvimento. Também são direitos prestacionais, exigentes de atitude positiva do Estado, marcando a segunda fase do Estado Social, ainda no século XX.

Há autores, como Paulo Bonavides,⁸ aos quais nos alinhamos, defensores de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, enquanto direitos decorrentes da globalização política, com o enfraquecimento da soberania e das barreiras nacionais. Os direitos dessa nova dimensão identificam-se com o direito à democracia (direta, em situação ideal, ou pelo menos participativa), possível apenas com um adequado direito à informação e respeito ao pluralismo, tendentes à universalização (reconhecimento e respeito aos tratados internacionais). Os direitos de quarta dimensão não se coadunam com os modelos liberais e sociais de Estado, mas com a terceira diretriz que é a do estado democrático de direito.

A Constituição Federal de 88 recolheu e enunciou direitos fundamentais das quatro dimensões – direitos de liberdade, igualdade, solidariedade e universalidade –, acenando ao futuro para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, tendo como pilares centrais a dignidade da pessoa humana (perspectiva material originária) e a democracia direta/participativa (perspectiva processual originária). O futuro do direito material será proteger, especificar e fomentar a dignidade da pessoa humana em todos os ramos da ciência jurídica, por sua vez deve o direito processual criar mecanismos procedimentais de participação democrática e pluralista dos atores sociais (pessoas físicas, pessoas jurídicas – de direito público e de direito privado –, grupos e Estados) na construção das soluções dos conflitos, materializando a dignidade humana.

Recolhendo a experiência constitucional portuguesa, a Constituição de 1988 adotou o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais. O artigo 5º, § 2º, é uma cláusula de recepção que reconhece a existência de outros direitos funda-

⁸ Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 570-572.

mentais que não apenas aqueles enumerados no Título II. Há normas com natureza jurídica de direitos fundamentais recepcionadas pela cláusula constitucional que não se encontram no catálogo exaustivo dos artigos 5º ao 17. Disposições de tratados internacionais de direitos humanos (artigo 5º, § 3º) são recepcionadas como direitos fundamentais, assim como disposições de legislação ordinária podem sê-lo. São, com efeito, normas com natureza formal diversa, mas materialmente fundamentais, usufruindo de todo o *status* que gozam os direitos fundamentais típicos, por exemplo, servindo de paradigma para controle de constitucionalidade, proteção contra reformas e supressões (adquirindo a natureza de cláusulas pétreas e invocando a doutrina da vedação do retrocesso social), e a sua incidência com eficácia horizontal nas relações entre particulares.

Por outro lado, há algumas disposições do Título II que não têm natureza de direitos fundamentais (embora formalmente o sejam), por exemplo, as disposições do artigo 5º, XLII e XLIII, bem como do artigo 14, § 3º, incisos I a VI, e §§ 4º e 8º.

Tendo em vista a Constituição Federal brasileira atual, operacionalmente, os direitos fundamentais poderiam ser identificados como aqueles enunciados no Título II, artigos 5º ao 17, mas também os tratados internacionais de direitos humanos (normas presentes nas Convenções da OIT), algumas disposições da legislação e, também, disposições dos demais títulos da Constituição, como direitos fundamentais tributários (artigos 150 a 152), administrativos (artigo 37), dos servidores públicos (artigos 37 ao 41), dos militares (artigo 42), iniciativa popular de lei (artigo 61, § 2º), segurança pública (artigo 144), atividade econômica (artigo 170), saúde (artigo 196), educação (artigos 205 e 206), cultura (artigo 215) e meio ambiente (artigo 225), notadamente a própria dignidade da pessoa humana que encontra residência no Título I, artigo 1º, que é o direito humano e fundamental originário.

Apenas a atuação da Corte Constitucional poderá ir demonstrando quais são os direitos considerados materialmente fundamentais e que se encontram fora do rol do Título II da Constituição, principalmente em outros títulos e na legislação ordinária.⁹

3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na perspectiva filosófica, a dignidade humana foi referida por Kant ainda no século XVIII quando dividiu as *coisas* – incluindo os animais – das *pessoas*, atribuindo às últimas a dignidade como patrimônio, assim considerada como valor

⁹ Por exemplo, o STF reconheceu como direito fundamental o princípio da anterioridade tributária do artigo 150, III, alínea *b*, no julgamento da ADI n. 939, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18-3-1994.

intrínseco dos seres racionais.¹⁰ Como consequência dessa divisão, a premissa construída é a de que viola a dignidade da pessoa humana reduzi-la a mero instrumento, tratá-la como objeto, como coisas (coisificação).

Na perspectiva jurídica, a dignidade humana foi positivada no período da reconstrução europeia do pós-guerra,¹¹ explicitamente em contraposição às violações que os conflitos ocasionaram, quando os seres humanos foram tratados como coisas, sendo o primeiro veículo o preâmbulo da Carta das Nações Unidas (1945),¹² seguindo-se a Constituição italiana (1947),¹³ a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948),¹⁴ a Lei Fundamental alemã (1949)¹⁵ e, na experiência ibero-americana, com a Constituição portuguesa (1976).¹⁶

Na esteira do movimento de centralização da dignidade da pessoa humana nos sistemas jurídicos, impulsionado pela repulsa gerada pelo período de ditadura, no qual houve violências institucionalizadas à dignidade humana, a Constituição brasileira a consagra como um dos fundamentos da República Federativa (artigo 1º, IV). E nem precisaria fazê-lo expressamente, eis que a extensiva preocupação do constituinte com os direitos fundamentais, garantindo direitos individuais, sociais, coletivos e universais em toda a Constituição já é reconhecimento de que em nosso sistema jurídico vigente a dignidade da pessoa humana ocupa posição

¹⁰ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008.

¹¹ 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.”

¹² “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.”

¹³ “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.”

¹⁴ “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.”

¹⁵ “Art. 1.1. A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o Poder Público.”

¹⁶ “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.”

central.¹⁷ No entanto, não é condição suficiente para a sua implementação a mera divulgação formal no texto, retomando a tradição das antigas declarações de direitos, por isso incumbe aos poderes estatais e aos cidadãos fazê-la efetiva.

Consagrada a expressão nos diversos veículos legislativos da atualidade, passa a ser necessário um esforço interpretativo e argumentativo em torno da definição dos fundamentos, conteúdo e eficácias. Realizar a indispensável construção, ainda que operacional e transitória, de uma base material mínima, sob pena de se incorrer no equívoco a que nos alude Antonio Junqueira de Azevedo:¹⁸

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 dos quatro” – os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem pública, boa-fé, interesse público –, preenchendo-os, pela lei, doutrina e jurisprudência, com alguma diretriz material, surge, agora, no século XXI, problema idêntico com a expressão “dignidade da pessoa humana”!

O professor das Arcadas contribuiu doutrinariamente com a tarefa de lhe dar uma base material. A sua tese passa pela discussão filosófica acerca da concepção adequada de dignidade humana, recomendando o abandono da “concepção insular”, antropocêntrica, moderno-europeia, 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 das pessoas, 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 5º da Carta, agrupados em três categorias, hierarquizadas sucessivamente: (I) condições naturais (integridade física e psíquica, incluindo a proteção dos direitos de personalidade), (II) condições materiais (meios para o exercício da vida digna, donde provém a doutrina do “mínimo existencial”)¹⁹ e as (III) condições culturais (liberdade e convivência igualitária).

¹⁷ E a nossa Corte Constitucional também compreendeu a nota de centralidade da dignidade humana: “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 10-6-2005).

¹⁸ Azevedo, *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*, p. 15.

¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Antonio Junqueira de Azevedo não cuidou de pesquisar acerca das diversas eficácias da dignidade e os seus destinatários, concluindo sua tese com o inventário de situações jurídicas exemplificativas em que a dignidade humana teria incidência.

Por se constituir a dignidade humana em uma palavra que possui contornos imprecisos, tenciona-se a reconhecer que muitas situações podem ser apontadas como violadoras de dignidade, mas não será possível a enumeração exaustiva, até mesmo pontual, de diversas outras em que supostamente a dignidade foi violada. Corolário da plasticidade do seu conceito é o reconhecimento de que a dignidade deve servir como pauta informativa de análise dos problemas, mas nunca isoladamente e prescindindo do estudo das circunstâncias dos casos concretos. A dignidade, inserida que está em uma sociedade multiculturalista, tem seus contornos definidos pela atividade dos atores sociais, privados e públicos, primordialmente a Corte Constitucional – em nosso caso, ainda que não seja um genuíno Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Federal.²⁰

A dignidade da pessoa humana funciona como fundamento dos modernos Estados Democráticos, sendo os direitos fundamentais positivados pelas constituições as especificações da dignidade nos diversos ramos do Direito. Cada direito fundamental enunciado representa uma parcela da dignidade humana, um reflexo em determinada situação específica, ou seja, o resultado da intermediação legislativa constitucional ao mediar as eficácias protetivas e prestacionais da dignidade aos casos especiais.

Peter Häberle diz: “Os direitos fundamentais (individualmente considerados) subsequentes, assim como os objetivos estatais e as variantes das formas estatais, têm a dignidade como premissa e encontram-se a seu serviço.”²¹

Seguros nas premissas de que a dignidade da pessoa humana é fundamento dos atuais Estados Democráticos – e a sua fundamentalidade está expressamente anunciada no artigo 1º, III, da Constituição de 1988 – e que os direitos fundamentais são especificações da dignidade humana, suas decomposições legislativas, segue-se que o conteúdo da dignidade pode ser reconstruído com o agrupamento dos direitos fundamentais enunciados positivamente nas constituições, espacial e temporalmente situadas, nota que indica ser o conteúdo material da dignidade plástico e decorrente da carga cultural-jurídica dos mais diversos países. O conteúdo da dignidade tenciona-se a universalizar-se para o futuro, na exata medida da expansão dos tratados internacionais de direitos humanos, mas guardará o traço

²⁰ Existem diversas situações submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal em que se discute o limite da dignidade da pessoa humana e o seu diálogo com outros direitos fundamentais, podendo-se referir ao aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54) e pesquisas com células-tronco (ADI 3.510).

²¹ Häberle, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 81.

identificador com a tradição jurídico-cultural de cada país – como se dá com o conceito específico de dignidade humana nos países de tradição religiosa mais ortodoxa, em que o papel da mulher na sociedade é restrito.

Para a situação brasileira, os direitos previstos no artigo 5º, *caput*, funcionam como núcleo conceitual da dignidade da pessoa humana. Um limite operacional mínimo para o conceito de dignidade humana seria, enfim, o respeito aos direitos fundamentais à vida, à integridade física, psíquica e moral, à liberdade, à propriedade e à segurança, todos como condições mínimas de uma existência digna.²²

Maria Celina Bodin de Moraes reconstrói seu conceito de dignidade com o reconhecimento de que o ser humano é sujeito de direitos, merecedor de respeito à integridade psicofísica de que é titular, também dotado de vontade livre e integrante de um grupo social. Por isso, seu conceito de dignidade é a fusão dos princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade. A violência a qualquer um desses princípios importaria em violação da dignidade humana.²³

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, embora não tenha positividade em relação ao Brasil, indica uma pauta segura de qual o conteúdo da dignidade humana para os países europeus. Diz ela que “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida” (artigo 1º). Na sequência, no Capítulo 1, dedicado à dignidade humana, há expressa tutela ao direito à vida, à integridade do ser humano, à proibição de torturas e tratamentos degradantes, à proibição da escravidão e do trabalho forçado, demonstrando o conteúdo material mínimo da dignidade.

Definido o conteúdo material mínimo e operacional da dignidade humana à luz da Constituição brasileira de 1988, importa definir as suas eficácias e destinatários.

Superado o período liberal clássico de afirmação do constitucionalismo, em que os direitos fundamentais tinham apenas a eficácia defensiva do cidadão contra as investidas do Estado (representado pelo Príncipe), atualmente as constituições também passaram a enunciar direitos fundamentais que exigem uma atuação positiva do Estado (direitos sociais ou direitos fundamentais de segunda dimensão). Há na Constituição de 1988 direitos fundamentais de proteção e direitos a uma prestação positiva, motivos pelos quais os direitos fundamentais – e a dignidade humana como principal deles – têm duas eficácias: uma eficácia defensiva, negativa ou protetiva e outra positiva, direta ou a uma prestação (prestacional).

A dignidade da pessoa humana, em sua eficácia protetiva, além de impedir as investidas do Estado contra os direitos humanos, quando o cidadão está exposto

²² No mesmo sentido, Ingo Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 59.

²³ Moraes, *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, p. 119.

ao seu poder,²⁴ também tem a importante função de proteção das minorias em face das violências das maiorias ocasionais. A atividade legislativa, constitucional reformadora e infraconstitucional, ainda que exercida no procedimento legislativo (constitucionalidade formal), majoritariamente e nos quadros do debate democrático, encontra seus limites no respeito à dignidade humana das minorias (constitucionalidade material – cláusula pétrea – artigo 60, § 4º, IV). 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”.²⁵

Especialmente quanto à sua eficácia para o Direito do Trabalho, a dignidade humana, tanto de trabalhadores quanto de empregadores 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. Essa seria a vertente de eficácia negativa ou protetiva da dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, a eficácia positiva ou prestacional da dignidade exige que os poderes públicos e os particulares, em alguma medida, comportem-se positivamente na implementação da pauta constitucional de proteção dos direitos fundamentais.

Nesse particular é a contribuição abalizada de Ingo Wolfgang Sarlet:²⁶

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade.

O Supremo Tribunal Federal reconhece as eficácias negativa/protetiva e a positiva/prestacional dos direitos fundamentais, enquanto representações da dignidade humana, por exemplo, nos casos de efetivação dos direitos sociais (garantia do mínimo existencial), como o acesso de crianças à creche mantida pelo Estado,²⁷ fornecimento de medicamentos especiais de alto custo,²⁸ disponibilização

²⁴ 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.

²⁵ Häberle, op. cit., p. 64.

²⁶ Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 47.

²⁷ STF – AI 592.075 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – DJ 5-6-2009.

²⁸ STF – AI 547.758 – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 4-8-2005.

de leitos para tratamento intensivo²⁹ e procedimentos cirúrgicos complexos não ofertados pelo SUS.³⁰

A partir da definição dinâmica dos limites da dignidade da pessoa humana, a visão jusnaturalista tende a defender que ela é inviolável, imprescritível e irrenunciável. A se entender abstratamente, essas características até teriam alguma função, criando limites para a atividade legislativa restritiva, mas não existe a possibilidade de defender que individualmente ela não possa ser restringida, inclusive com autorização legislativa estatal, quando, por exemplo, submete presos provisórios à segregação da liberdade.

Com precisão, leciona Ingo Sarlet:

Com base no que até agora foi exposto, verifica-se que reduzir a uma fórmula abstrata e genérica tudo aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana, em outras palavras, a definição do seu âmbito de proteção ou de incidência (em se considerando a sua condição de norma jurídica), não parece ser possível, o que, por sua vez, não significa que não se possa ou deva buscar uma definição, que, todavia, acabará alcançando pleno sentido e operacionalidade em face do caso concreto. Com efeito, para além dos aspectos ventilados, a busca de uma definição necessariamente aberta mas minimamente objetiva impõe-se justamente em face da exigência de um certo grau de segurança e estabilidade jurídica, bem como para evitar que a dignidade continue a justificar o seu contrário.³¹

Admitindo que a dignidade humana tem dois conceitos distintos, conforme se refira ao seu conteúdo abstrato ou o viés individual, caminhamos para reconhecer que o dispositivo do artigo 1º, IV, da Constituição dá suporte à construção de duas normas jurídicas pelo intérprete. Uma com a estrutura de regra outra com a de princípio.

Abstratamente, a dignidade é inviolável, razão pela qual se pode enunciar a regra jurídica de que não está autorizado o legislador, reformador ou infraconstitucional, a restringir a dignidade da pessoa humana, abstratamente considerada. Quando queria fazer, o constituinte originário fê-lo expressamente (artigo 5º, XLVII, *a*), bem por isso foi criada uma barreira protetiva contra a corrosão da dignidade pela atividade pontual das maiorias legislativas do momento. É pressuposto da democracia o respeito às minorias, daí por que não está autorizada a legislação, ainda que formalmente adequada, a criar violações à dignidade humana.

²⁹ STF – AI 527.135 – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJ 21-6-2005.

³⁰ STF – SS 659 – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 3-8-1994.

³¹ Sarlet, *op. cit.*, 58.

De outro giro, devido à sua plasticidade, cada caso concreto é que irá definir qual o conteúdo da dignidade de uma pessoa humana individualmente considerada. O exemplo poderá ser aquele em que seguidores da fé Testemunhas de Jeová recusam a receber transfusão de sangue, mesmo à custa de suas próprias vidas. Conforme essas circunstâncias especiais, para eles, sobreviver com sangue de outra pessoa acarretaria uma vida indigna. E o intérprete não poderá deixar de sopesar essas circunstâncias do caso concreto. Os exemplos seriam vários (aborto de feto anencéfalo, suicídio assistido de pacientes terminais etc.). Todos eles se prestam a demonstrar que, individualmente, a dignidade humana deve ser vista como um princípio, que se aplica por ponderação, conforme as circunstâncias dos casos concretos. Após o exercício de ponderação com o auxílio do princípio da proporcionalidade, aquele resultado é que será equivalente ao princípio da dignidade daquela pessoa humana em específico. Nos casos concretos, aquele conceito operacional de dignidade humana citado acima esvazia-se em parte, na medida em que as características pessoais é que importarão na definição do que é a dignidade humana daquele indivíduo.³²

Ingo Wolfgang Sarlet defende que: “É neste sentido que não podemos deixar de lembrar – na esteira de Alexy – que até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana (por força de sua própria condição principiológica) acaba por sujeitar-se, em sendo contraposto à igual dignidade de terceiros, a uma necessária relativização.”³³

Antonio Junqueira de Azevedo também se agrega àqueles que defendem a relatividade dos princípios, inclusive o da dignidade da pessoa humana, na medida em que, ao se concretizar princípios, o intérprete deve sempre realizar uma modelação para adaptação ao caso concreto; nessa tarefa, a intensidade da concretização poderá ser escalonada. E conclui: “Até mesmo um princípio fundamental, como o da dignidade da pessoa humana, impõe o trabalho de modelação porque, por exemplo, é preciso compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra (e, portanto, alguma coisa da dignidade de uma poderá ficar prejudicada pelas exigências da dignidade da outra).”³⁴

Lecionando sobre a dogmática alemã, Michel Klopfer, professor em Berlim, diz que “devido à inserção comunitária dos titulares de direitos fundamentais e devido à incorporação da dignidade da pessoa humana na Constituição, são

³² É esse o raciocínio aplicado para validar, nos casos concretos dos *reality shows*, como possível a renúncia da privacidade e da liberdade, por corolário havendo restrição, em alguma medida, da própria dignidade dos participantes, mas a dignidade enquanto princípio, específica daquele cidadão, e não a dignidade abstrata enquanto princípio constitucional fundamental.

³³ Sarlet, op. cit., p. 130.

³⁴ Idem, p. 19.

concebíveis intervenções na dignidade da pessoa humana e estas são, também, passíveis de justificação para a salvaguarda de bens comunitários importantes”.³⁵

O reconhecimento da centralidade da dignidade humana nas democracias ocidentais fomenta a conclusão de que ela encontra-se em nível hierárquico material e formal destacado, inclusive em relação aos direitos fundamentais – que a rigor são a sua decorrência nas situações especiais. Provisoriamente e aludindo à hierarquização do sistema jurídico, enunciemos que a dignidade humana encontra-se no ápice da estrutura normativa, logo abaixo os direitos fundamentais, com a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, em terceiro nível as disposições constitucionais que não enunciam direitos fundamentais e mais abaixo a legislação infraconstitucional.

Disso resulta que a dignidade de determinado ser humano apenas pode ser ponderada e, por corolário, restringida quando em cotejo com outra dignidade. Não se admite ponderação da dignidade humana com outras normas de estatura inferior, pelo que a legislação ordinária restritiva da dignidade e os contratos com esse mesmo objeto são desproporcionais, inconstitucionais,³⁶ no entanto não se deve confundir esse ponto com a possibilidade da restrição proporcional de outros direitos fundamentais, que não a dignidade humana abstratamente considerada.

Hipóteses de conflito entre duas dignidades – e a necessária ponderação e opção legislativa por uma delas – são a gravidez que importa risco grave à gestante e a gravidez resultado de estupro, em ambos os casos sendo lícita a sua interrupção, na linha do artigo 128 do Código Penal brasileiro, com sacrifício da dignidade do nascituro, assim como a atividade dos atiradores de elite da Polícia que, ponderando a dignidade humana da vítima e a do ofensor, não havendo outras soluções possíveis e esgotadas as outras técnicas de proteção da vítima, pode sacrificar a vida e a dignidade humana do criminoso (legítima defesa de terceiro – artigo 25 do Código Penal).

³⁵ Kloepfer, *Vida e dignidade da pessoa humana*, p. 168.

³⁶ Exemplo histórico da impossibilidade de se contratar voluntariamente a violação da própria dignidade é o episódio do *lancer de Nain*. Um anão francês contratou com uma empresa de entretenimento que ele ficaria à disposição para ser arremessado pelos clientes em uma competição. O prefeito da cidade, com base em seu poder de polícia, interditou o espetáculo ao argumento da violação da dignidade do anão. Houve recurso administrativo, em litisconsórcio ativo, tanto do anão como da empresa de espetáculo, com decisão favorável do Tribunal de Versalhes. Contudo, tiveram a reversão da decisão no Conselho de Estado francês e no órgão de defesa dos direitos humanos da ONU. Os últimos Tribunais fundamentaram que a dignidade da pessoa humana deve ser defendida pelos poderes públicos, ainda que contra a vontade da vítima da violação, impondo barreiras à liberdade contratual. No Brasil, em atenção a essa mesma impossibilidade de contratação contra a dignidade humana estão as disposições que proíbem a disposição voluntária do próprio corpo (artigo 13 do Código Civil).

As situações retro revelam ponderações realizadas pelo legislador com vistas a modelar a eficácia da dignidade humana em determinadas e especiais situações, contudo quando o legislador não fez a pré-ponderação, poderá o julgador fazê-la, em situações limítrofes e sempre que havendo conflito entre duas dignidades, restringindo-se uma delas.³⁷ Será uma tarefa precípua do Supremo Tribunal Federal realizar essa ponderação das duas dignidades, e o resultado, atuando como regra, servirá de pauta informativa para as demais instâncias nos casos idênticos e futuros.

3.3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.3.1 Introdução

O tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares também é fruto da experiência alemã posterior à Segunda Guerra Mundial. Como já anotado no Capítulo 1, foi naquele momento histórico, barbarizado pelas atrocidades cometidas pelo regime nazista, que foram praticadas ao argumento da existência de fundamento legal,³⁸ que o povo tedesco, agregado em um pacto pela prevalência dos direitos fundamentais, passou a desenvolver largamente nas universidades, na doutrina e nos tribunais uma nova hermenêutica constitucional, de viés efetivo, emprestando efeitos concretos aos direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental de 1949, a contragosto da visão clássica de que os direitos fundamentais previstos na Constituição teriam natureza programática,³⁹ sem vinculação efetiva do Estado e dos particulares.

³⁷ Cujas ponderações, sem solução legislativa *a priori*, foi colocada à apreciação do STF no julgamento do aborto dos fetos anencéfalos, quando deverá a Corte ponderar a dignidade da gestante e do nascituro, necessariamente optando fundamentadamente por uma delas (ADPF nº 54).

³⁸ 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. KAHN, Leo. *Julgamento em Nuremberg*. Epílogo da Tragédia. Tradução de Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Renes, 1973).

³⁹ Representante da posição conservadora, Konrad Hesse anota que os direitos sociais não se tornam efetivos pelo fato de que se respeitem e amparem, mas requerem ações do Estado tendentes a realizar o programa contido neles. Sua completa eficácia, enfim, depende de uma atuação do legislador, por isso os direitos fundamentais sociais não chegam a justificar pretensões do cidadão invocáveis judicialmente de forma direta. Só a partir de normas legislativas podem nascer pretensões jurídicas bem determinadas e invocáveis perante os poderes públicos. “Só depois de cumprido legislativamente o programa de direitos sociais fundamentais podem esses direitos, sobretudo no

O primeiro passo foi abandonar a metodologia positivista normativista, para reconhecer também a força normativa dos princípios; reconhecer que eles, assim como as regras, também são normas jurídicas com força vinculante, que devem ser seguidos. O segundo passo foi questionar se os direitos fundamentais, exteriorizados na forma de princípios constitucionais, eram aplicáveis nas relações entre particulares ou se apenas esses direitos constitucionais tinham aplicabilidade contra o Estado, como a experiência clássica burguesa defendia.

Na década de 1950, vários juristas passaram a defender a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, quando duas posições surgiram. A mais arrojada 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.

Essa teoria da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas recebeu uma variedade de nomenclaturas, como eficácia frente a terceiros (*Drittwirkung der Grundrechte*), na experiência alemã, eficácia horizontal, entre outras, e teve grande aceitação em diversos países, como Portugal, Espanha e Brasil, mais recentemente.

O objetivo desses tópicos é dar um passo além, questionando se há eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, na medida em que esta é tida como uma relação de direito privado em sentido lato. De que forma essa aplicação se daria? Se direta e imediatamente ou indireta e mediata, como as duas correntes alemãs, ou até quem sabe a existência de uma terceira via, conforme o sistema constitucional.

Todas essas hipóteses serão trabalhadas nos tópicos. Procuraremos dar um tratamento científico à problemática, estudando a melhor forma de recepção das teorias europeias no Brasil, evidentemente filtrando-as e adaptando-as conforme nosso modelo constitucional atual e a sua incidência, se possível, no Direito do Trabalho, finalizando com a nossa tese sobre a problemática, inclusive utilizaremos ferramentas da lógica jurídica ou deontológica como forma de aclarar a incidência e a medida de sua eficácia.

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 de extrema importância a verificação das bases políticas e legais sobre as quais esse fenômeno se sustenta. Mais

terreno de seguridade social, surtir efeitos de garantia constitucional amparadora de direitos adquiridos” (*Temas fundamentais de direito constitucional*, p. 46).

precisamente deriva da divisão do universo jurídico em direito público e direito privado, especialmente no enfraquecimento da divisão estanque entre os dois grandes ramos, 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 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.⁴⁰

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.

O certo é que desde o secular 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 no 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 intersecção 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 primeiras constituições não eram consideradas hierarquicamente superiores aos códigos civis, e mesmo a toda legislação privada, por pertencerem a sistemas diferentes.

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 esta última estava no topo do ordenamento (forma piramidal), influenciando toda a legisla-

⁴⁰ *Digesto de Justiniano*, livro 1. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 16-17.

ção, quer pública quer privada. Não é por outra razão que Kelsen foi o elaborador da teoria do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário (Constituição austríaca de 1920) para o sistema do *civil law*, quando no direito anglo-saxão, desde *Marbury vs. Madison* da Corte Constitucional norte-americana (1803), já havia a doutrina da centralidade e supremacia da Constituição e o conseqüente controle difuso de constitucionalidade.

A par da contribuição que foi o controle de constitucionalidade, também as conclusões de Kelsen proporcionaram o atual questionamento sobre os destinatários dos direitos fundamentais e, em que medida, incidiriam nas relações privadas.

3.3.2 Movimentos de confluência entre os sistemas jurídicos público e privado

Na 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 maior interpenetração do público ao privado, pois interessava aos burgueses a criação de um Estado nacional, com administração centralizada, e a conseqüente extinção das barreiras fiscais, alfandegárias e a unificação da moeda, tudo isso para desenvolver livremente as atividades mercantis. Também houve interpenetração do direito privado ao público, na medida em que ao monarca interessava o fortalecimento da burguesia, para cada vez mais cobrar impostos e obter a concessão de financiamentos às obras públicas e para as investidas militares.

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.⁴¹

⁴¹ Como as constituições liberais, flexíveis, não possuíam eficácia vinculante frente ao legislador ordinário, não somente não tinham elas força para provocar ou programar modificações futuras no

A divisão política, logicamente, 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 lacunas),⁴² incumbindo aos magistrados apenas a adequação do caso 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.

âmbito do direito privado, como também não eram capazes de desempenhar uma função protetiva do direito privado existente. Em outras palavras, eram documentos de acentuada natureza política, sem força jurídica para garantir a conservação do existente nem para impulsionar a conformação do futuro, no âmbito das relações privadas. Quanto à função de garantia, não era ela necessária, já que os princípios básicos do direito privado não corriam nenhum perigo. Na verdade, como já salientado, eram os próprios códigos civis que exerciam a função de verdadeiras constituições no âmbito das relações jurídicas privadas. Protegendo o direito de propriedade e a autonomia privada como verdadeiros direitos fundamentais, em forma quase absoluta, o direito civil garantia o existente e a estabilidade das relações sociais. O direito civil, nascido à margem do Estado, apresentava-se como o verdadeiro baluarte da liberdade burguesa, uma liberdade apolítica, que permitia aos particulares dispor de um espaço próprio, sem intromissões do Estado. Daí a função constitutiva do direito privado, diante do qual o direito constitucional possuía uma importância secundária (Facchini Neto, *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*, p. 37).

⁴² 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 ideia 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.

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 signo da separação dos poderes e a existência de Cortes constitucionais formadas por egressos dos três Poderes e de setores da sociedade civil.⁴³

Importante ressaltar que o Código Civil francês, baluarte do liberalismo e do direito privado, não sofria qualquer influência pública, seja porque as Constituições tratavam apenas de temas de direito público, seja porque não existia nesse país um sistema de controle de constitucionalidade do direito privado, de modo 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 microsistemas 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, contêm diversas cláusulas de função social da propriedade, função social das famílias, defesa do consumidor, intervenção 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.

Konrad Hesse entende que os direitos fundamentais influenciam todos os ramos do direito, não só quando têm por objeto relações entre cidadãos e Estado, mas também quando regulam as relações jurídicas entre privados. “Em tal medida

⁴³ Ressaltamos que no Brasil não há Corte constitucional nos moldes europeu e norte-americano, na medida em que o Supremo Tribunal Federal, responsável pela guarda da Constituição Federal, é formado por membros indicados exclusivamente pelo Executivo, vitalícios, sem a legitimação pela indicação e representatividade de todos os setores da sociedade. Além do mais, funciona o STF também como corte revisora de ações julgadas nas instâncias ordinárias.

servem de pauta tanto para o legislador como as demais instâncias que aplicam o Direito, as quais, ao estabelecer, interpretar e pôr em prática normas jurídicas, deverão ter em conta o efeito dos direitos fundamentais.”⁴⁴

Peter Häberle, faz derivar a tese da eficácia horizontal da dignidade humana, especificamente quanto às suas duas esferas de proteção. Diz ele que:

A dupla direção protetiva da cláusula da dignidade humana significa: ela é um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo *contra* o Estado (e contra a sociedade) e ela é, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade (ou de seus grupos). O Estado deve criar as condições para levar isso a cabo, de tal sorte que a dignidade humana não seja violada por terceiros (integrantes da sociedade).⁴⁵

A preocupação constitucional com os temas de direito privado é que 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, de qualquer ramo, devem ser interpretadas a partir da Constituição.⁴⁶ Decorre dessa premissa a técnica da interpretação conforme a constituição, que foi recepcionada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal.

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 seu 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 ordinária.

3.3.3 Desenvolvimento da teoria na Alemanha

Foi a partir da Lei Fundamental de 1949, mais especificamente tendo em foco os artigos 1º e 19,⁴⁷ que surgiram as primeiras discussões acerca da eficácia dos

⁴⁴ Hesse, *Temas fundamentais do direito constitucional*, p. 39.

⁴⁵ Häberle, A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, p. 89.

⁴⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

⁴⁷ “Artigo 1º [...] 3. Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial.

direitos fundamentais nas relações privadas ou, na nomenclatura da experiência alemã, eficácia perante terceiros (*Drittwirkung der Grundrechte*).

Não havia dúvida de que os direitos fundamentais vinculavam diretamente o Executivo, tanto o impedindo de agir contra as garantias constitucionais, mas principalmente impondo-lhe a busca de sua implementação, por meio de políticas públicas, assim como também vinculava o Poder Legislativo, que deveria se abster de editar leis inconstitucionais e legislar positivamente para regular as cláusulas programáticas da constituição, momento em que o Poder Judiciário foi convocado a dar sua parcela de contribuição na reconstrução da democracia e na efetivação dos direitos fundamentais, incumbido de interpretar o direito civil e aplicar as suas normas a partir dos ditames da Lei Fundamental.

Na experiência alemã, as posições se dividiram entre aqueles que defendiam a eficácia direta e aplicabilidade imediata (posições monistas) e aqueles 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 grandes posições, mas, em relação aos efeitos práticos, nada diferenciava das posições principais, em essência.

Günter Dürig, em obra publicada em 1956,⁴⁸ foi o baluarte 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,

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.”

⁴⁸ DÜRIG, Günter. *Grundrechte und privatrechtsprechung*. München: Beck, 1956.

que aplicava *mediatamente* os direitos fundamentais por meio da positivação na legislação ordinária. Quando muito os direitos fundamentais serviriam como vetores para interpretação e integração das lacunas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados da legislação privada.

De outra banda, foi Hans Carl Nipperdey, em artigo do início da década de 1950 e em obra de 1958,⁴⁹ quem desfraldou a bandeira da teoria da eficácia direta e aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Segundo 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 constitucionais. 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, na lição de Kelsen.

Nessa linha de raciocínio, 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 foram restringidos desproporcionalmente por um particular, fazendo incidir direitos fundamentais da empregada sem necessidade de intermediação pela legislação, ou seja, de forma imediata e direta (Caso da enfermeira Lempflegerin).

Recorreu-se à doutrina de que os direitos fundamentais contêm os princípios ordenadores da vida social, com caráter vinculante, e que têm significação imediata para o tráfego jurídico-privado. Nada obstante tenha inaugurado a discussão, quase todos os autores tedescos negaram a teoria de Nipperdey e passaram a defender posição mais atenuada. O único autor que encampou as ideias de Nipperdey foi W. Leisner.⁵⁰ 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

⁴⁹ NIPPERDEY, Hans Carl. *Die grundrechte: handbuch der theorie und praxis der grundrechte*. Berlin: Dunker & Humblot, 1954.

⁵⁰ LEISNER, Walter. *Grundrechte und Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1960.

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. Isso 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 referida 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 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 da Alemanha, alegando que as decisões das instâncias ordinárias tinham vergastado seu direito fundamental de liberdade de expressão. No julgamento, a Corte Constitucional, pela primeira vez na história, 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 (bons costumes etc.), integrando-as com os direitos fundamentais plasmados na Constituição. Estas últimas deixaram de ser apenas a limitação ao poder estatal para agregar a função de concretizadoras de direitos fundamentais 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 ele 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 a Constituição; antes de tudo, 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.

Quando tudo parecia resolvido em favor da teoria da eficácia indireta, novos debates surgiram atualmente na Alemanha a respeito do tema. Para ilustrar as novas posições, resumiremos as teses de Claus-Wilhelm Canaris e Jörg Neuner.

3.3.3.1 A posição de Claus-Wilhelm Canaris

Os direitos fundamentais, enquanto integrantes da Lei Fundamental, estão estacionados em um grau de hierarquia superior ao direito privado, devendo, com isso, influenciá-lo. Contudo, historicamente, não é a Constituição o palco legislativo propício para tratar das relações entre os particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas. As constituições têm o principal objetivo de regular as relações estatais e prever direitos e garantias dos cidadãos, em grande parte, como direitos de proteção e direitos objetivos exigíveis do Estado. Disso resulta uma tensão entre o grau hierárquico proeminente da Constituição e a autonomia do direito privado.

Para Canaris, uma primeira premissa deve ser fixada:

Tudo ponderado chego, pois, à seguinte conclusão parcial: os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado. Esta é hoje a opinião claramente dominante. Aqui os direitos fundamentais desempenham as suas funções “normais”, como proibições de intervenção e imperativos de tutela.⁵¹

⁵¹ Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, p. 36.

Na Alemanha a cizânia citada ganha especial relevo, na medida em que o sistema jurídico admite que qualquer pessoa, por meio da reclamação constitucional, pode invocar a interveniência da Corte Constitucional para verificar se uma decisão de um tribunal cível violou direito fundamental seu, isso porque os citados tribunais são considerados como integrantes do conceito de “poder público”, vinculados que estão, pelo artigo 1º da Lei Fundamental de 1949, aos direitos fundamentais.

Em diversas decisões o Tribunal Constitucional pronunciou a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Entretanto, sempre fez essa aplicação de direito fundamental ao caso concreto privado por intermédio das cláusulas gerais do Código Civil (BGB), como os bons costumes (§ 138) e violação da boa-fé (§ 242).

Diante disso pergunta Canaris:

Em primeiro lugar: quem é o *destinatário* dos direitos fundamentais – apenas o Estado ou também os sujeitos jusprivatistas? Em segundo lugar: de quem é o comportamento *objeto do exame* realizado com base nos direitos fundamentais – o comportamento de um órgão público ou o de um particular? E, por fim: em que *função* se aplicam os direitos fundamentais – como proibições de intervenção e direitos de defesa contra o Estado ou como mandamentos (deveres) de proteção?⁵²

Em resposta à primeira pergunta, diz ele que existem aqueles que defendem que os cidadãos são destinatários diretos dos direitos fundamentais, implicando que todos os direitos fundamentais importam, sem mediação legislativa, em proibições de interferência nos limites das relações privadas, bem assim em direitos de defesa em face de cidadãos privados. Eles não necessitam de nenhuma mediação pela legislação civil, de modo que o recurso às cláusulas gerais torna-se supérfluo.

A aplicação dessa doutrina poderia destruir tanto o direito contratual quanto o direito da responsabilidade civil extracontratual, pois ambos seriam substituídos pelos direitos constitucionais fundamentais, aplicando-os diretamente. Por essas razões é que na Alemanha a tese da eficácia direta não teve acolhida, preferindo os estudiosos e a jurisprudência desafiarem a teoria da eficácia externa indireta, sendo que assim a autonomia do direito civil estaria preservada, autonomia que foi lavrada durante vários séculos, bem como as normas constitucionais são destinadas, pelo menos diretamente, ao Estado.

Essa conclusão genérica não impede que a constituição, pontualmente, estabeleça a aplicação *direta e imediata* de direito fundamental nas relações privadas, como, por exemplo, a proibição do artigo 9º, III, alínea 2, de que sejam celebrados

⁵² Canaris, *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*, p. 236.

acordos coletivos entre empregados e empregadores para restrição da liberdade de associação.⁵³

O fato de o Estado ser o destinatário dos direitos fundamentais não retira a eficácia desses em relação aos particulares, que são atingidos mediatamente. Os direitos fundamentais serão observados na concretização das cláusulas gerais.

Decorrência da vinculação direta do Estado aos direitos fundamentais é que toda a legislação, seja privada ou pública, bem assim as decisões dos tribunais, devem ser analisadas a partir das garantias constitucionais, estando o Poder Judiciário apto a realizar os testes de constitucionalidade da legislação e das decisões administrativas. Em palavras outras, como o legislador, o executor e o julgador encontram-se dentro do conceito de Estado, devem eles obediência direta aos direitos fundamentais.

Consequência direta da vinculação do legislador aos direitos fundamentais é a impossibilidade de restrição *desproporcional* dos direitos fundamentais por meio da legislação privada. O legislador tem um campo de trânsito bem largo ao regular os fatos da vida privada e violará direitos fundamentais quando essa regulação extrapolar os limites daquilo que a Corte Constitucional chama de *proporcionalidade*.

Já os negócios jurídicos e demais atos dos atores privados não constituem objeto de um exame direto a partir dos direitos fundamentais, pois os contratantes não são os destinatários diretos dos direitos fundamentais. Seria o caso de negar o controle de constitucionalidade dos atos de particulares.

Considerando que uma das vertentes dos direitos fundamentais é aquela negativa, pensado como direito de defesa do cidadão em face do Estado, é de fácil conclusão que as investidas deste último (tanto o Executivo, Legislativo ou Judiciário) merecem reprimenda da Constituição, porém já fica mais complicada a explicação de como serão os direitos fundamentais positivos (direitos a uma prestação) defendidos, é dizer: quando os tribunais e o legislativo violam um direito fundamental, deixando de protegê-lo suficientemente, qual a posição a ser tomada?

A forma mais simples é a utilização da cláusula aberta do § 138 do BGB, entendendo que naqueles atos jurídicos privados que violarem direitos fundamentais de uma parte serão, assim, considerados nulos por violar, diretamente, os bons costumes. Mas não poderão as cláusulas abertas ser preenchidas pelo juiz como se legislador fosse, impondo aos particulares prestações positivas não previstas em lei.

⁵³ Lei Fundamental. Artigo 19. “[...] 3. Os direitos fundamentais se aplicarão igualmente às pessoas jurídicas nacionais, na medida em que a natureza desses direitos o permitir.”

Canaris levanta um novo argumento, que não era desafiado quando das primeiras discussões entre Dürig e Nipperdey, que são os impedimentos colocados pelos artigos 93 e 100 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha:

Artigo 93. 1. Compete ao Tribunal Constitucional Federal apreciar: [...] 4a) As queixas constitucionais, que podem ser interpostas por toda a gente com a alegação de ter sido lesado, pelo poder público, num dos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos consagrados no nº 4 do artigo 20º, assim como nos artigos 33º, 38º, 101º, 103º e 104º.

Artigo 100. 1. Quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, deverá suspender o processo e pedir a apreciação do tribunal do Estado competente para litígios constitucionais, se se tratar de violação da constituição de um Estado, ou a apreciação do Tribunal Constitucional Federal, se se tratar da violação desta Lei Fundamental. Isto vale igualmente nos casos de violação desta Lei Fundamental pelo direito estadual ou de incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal.

Pela interpretação dos dois dispositivos citados, verifica-se que na Alemanha não estão os magistrados das instâncias ordinárias autorizados a realizar os testes para controle de constitucionalidade das leis.⁵⁴ Daí, como consequência, não está o julgador autorizado a deixar de aplicar uma legislação privada para aplicar diretamente normas de direito fundamentais colhidas diretamente da Lei Fundamental. Em termos utilizados no Brasil, somente há na Alemanha o controle concentrado de constitucionalidade que é exercido pela Corte Constitucional, mas não o controle difuso.

Já no artigo 93 tem-se que apenas lesões a direitos fundamentais causadas pelos poderes públicos é que desafiam a apreciação da Corte Constitucional, excluindo, pois, qualquer alegação de violação dos direitos fundamentais por agentes privados.

No entanto, ainda assim, a jurisprudência atual é no sentido de que, quando um tribunal de base aplica um direito privado de forma equivocada, contrário ao direito fundamental em debate, passa o tribunal a assumir a condição de violador, abrindo a chance de acesso à Corte Constitucional para o controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, anota Canaris:

⁵⁴ Nos Estados Unidos da América o controle de constitucionalidade é apenas difuso, na Alemanha, Espanha, Itália, Áustria, entre outros, é apenas concentrado, mas no Brasil, Chile, Portugal, Grécia e Peru, entre outros, é misto, englobando ambos os tipos, normalmente delegando o controle concentrado às Cortes Constitucionais. No Brasil, a Constituição de 1946, contemporânea à Lei Fundamental alemã, também previa apenas o controle concentrado, mas com a atual Constituição Federal de 1988 a referida limitação não mais existe.

Ora, se, deste modo, os órgãos jurisdicionais no campo do direito privado são considerados “poder público”, no sentido do artigo 93, n. 1, alínea 4ª, da LF, e se suas decisões podem, portanto, violar direitos fundamentais *pela errada aplicação do direito privado*, conclui-se, de forma logicamente inexorável, que os tribunais cíveis também se encontram sujeitos à vinculação pelos direitos fundamentais no plano jurídico-material.⁵⁵

Pelo que se percebe nas atuais posições daqueles que defendem a eficácia indireta ou mediada pela legislação, como se dá com Claus-Wilhelm Canaris, no fundo a premissa decisiva é que a engenharia adotada pela Lei Fundamental da Alemanha não permite abraçar a tese da eficácia imediata, nada obstante as interpretações do Tribunal Constitucional sejam flexibilizadoras em relação ao conhecimento de ações em defesa dos direitos fundamentais nas relações privadas. E não permite porque, se os juízes deixarem de aplicar a legislação privada para aplicar diretamente os direitos fundamentais, estariam realizando controle difuso de constitucionalidade, fora de seu âmbito de competência constitucional.

Bem por isso se deve tomar redobrado cuidado ao adotar a posição alemã de eficácia mediata ou indireta pela dogmática constitucional brasileira, na medida em que a Constituição Federal de 88 não traz os mesmos entraves que a Lei Fundamental deles apresenta; por exemplo, aqui há controle difuso de constitucionalidade e o § 1º do artigo 5º não restringe a eficácia dos direitos apenas aos “poderes públicos”, como se dá expressamente na Lei Fundamental tedesca. Aqui, o procedimento constitucional não só autoriza, como determina que qualquer órgão judicial deixe de aplicar uma lei privada que viole direitos fundamentais, em controle difuso de constitucionalidade.

3.3.3.2 A posição de Jörg Neuner

O ponto de sustentação da discussão para Neuner é que a Lei Fundamental antecede o direito privado na hierarquia da fundamentalidade. Existem algumas teses que afirmam que não pode haver hierarquia entre a Constituição e o direito privado, na medida em que fazem parte de sistemas diferentes. Entretanto, é facilmente verificável que no bojo da Lei Fundamental existem conceitos e normas de direito privado, daí por que pertencem ao mesmo sistema e guardam relação de hierarquia.

A dignidade da pessoa humana comporta duas diretrizes. Uma primeira no sentido de que pode ser violada tanto por atos contrários à lei, mas também pela injustiça na forma da lei. Da mesma forma não somente pode ser violada por

⁵⁵ Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, p. 41.

atos do Estado, mas também por particulares. Importante acentuar que direitos fundamentais tutelam padrões existenciais mínimos e não podem ser utilizados para neutralizar o direito privado. Sem esses conceitos basilares o direito privado perderia funcionalidade.

A relação de concorrência entre legislador e os sujeitos privados é superada pela Constituição mediante o recurso a princípios do Estado de Direito, especialmente, por intermédio dos direitos fundamentais, na medida em que esses significam as restrições à competência legislativa. Entretanto, não se pode extrair da Lei Maior um primado em benefício do cidadão individual, mesmo se compreendida a autonomia privada como direito de liberdade *a priori*, não se vincula a isso nem uma primazia do cidadão singularizado nem uma predominância de direitos de liberdade sobre os demais, pois a Constituição parte de uma ideia de que ela é um documento aberto e inclui entre as cláusulas pétreas fundamentais de um Estado Democrático de Direito a soberania popular e igualmente a liberdade do cidadão. Por isso a autonomia privada mantém certa tensão com a soberania popular, mas também significa que há relação de complementaridade, pois o direito de autodeterminação, na sua condição coletiva (criadora de normas), também revela direito fundamental.

O artigo 1º da Lei Fundamental produz uma eficácia externa imediata, pelas razões de (a) ter sido incluída a cláusula entre aquelas imodificáveis e que (b) em se considerando uma perspectiva teleológica é certo que a dignidade humana não só pode ser violada por atos estatais, mas por sujeitos privados, sendo carente de tutela, igualmente e em ambos os casos.

A eficácia imediata do artigo 1º significa que também sujeitos privados são obrigados a respeitar a vida humana, a integridade física e o núcleo essencial dos direitos de personalidade, neles incluídos o dever de não discriminação. Disso resulta que um dono de restaurante que rejeita sem razão objetiva um deficiente como seu cliente no estabelecimento, unicamente em virtude da deficiência, está sujeito pela Lei Fundamental a uma contratação compulsória, por exemplo.⁵⁶

Ao lado da eficácia imediata, o artigo 1º da Lei Fundamental apresenta outra especificidade, a de subtrair o cerne absoluto da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos da disponibilidade irrestrita por parte do próprio titular do direito. A primeira das razões é a violação de direitos fundamentais de terceiros, como se um pai desistisse de seu direito de ver o filho por razões de cunho patrimonial, contudo esse despojamento não pode atingir o filho que tem o direito fundamental de ter a necessária convivência afetiva com seu pai. A dignidade da pessoa humana não é um direito puro à autodeterminação, mas também é

⁵⁶ Exemplo de Neuner, *O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental*, p. 255.

definida por componentes sociais. Outra limitação à renúncia são os interesses de bem-estar da coletividade, como a saúde pública, a segurança jurídica, a segurança de tráfego etc. A terceira limitação seria quanto aos próprios interesses, vedando, por exemplo, um cidadão extremamente necessitado financeiramente de vender órgãos de seu corpo para transplante. Um contrato particular nesse sentido mereceria a incidência dos direitos fundamentais a restringir a propalada autodeterminação, pois

Se, contudo, partirmos da premissa de uma livre elaboração da decisão, mesmo uma tal desistência de um direito fundamental estará sujeita a restrições objetivas externas, no sentido de que direitos fundamentais sociais não podem ser disponibilizados integralmente. Isso já se justifica pelo fato de que, a partir de um critério sistêmico-imanente, também o regime democrático, *de lege lata*, igualmente não está à disposição irrestrita dos envolvidos na relação jurídica. De resto, do artigo 1º, inciso II, da LF, também decorre diretamente que uma auto-interdição no contexto de um negócio jurídico ou outra disposição sobre atributos humanos elementares não é deixada ao bel-prazer do titular do direito.⁵⁷

Os direitos fundamentais não são vistos apenas como direitos de defesa em face do legislador privado, mas também como direitos de proteção destinados para o Estado, no sentido de exigir deste um agir positivamente para proteger o cidadão das violações contra seus direitos fundamentais.

Os deveres de proteção não ameaçam a liberdade dos particulares, pois só está em foco aqui a delimitação de esferas colidentes de liberdade, não se tratando de intervenções sociais, especialmente nos negócios jurídicos. As violações a direitos são catalogadas como omissões por parte do Estado, para o qual vale uma *proibição especial de déficit (Untermassverbot)*.

Existem duas hipóteses de violação por omissão estatal. A primeira é quando existe legislação permitindo a imissão de terceiros em relação aos direitos fundamentais de outrem, quando a legislação será passível de controle de constitucionalidade pelo Judiciário, valendo-se do princípio da proporcionalidade. Mas também existirão as hipóteses de o legislador não regular o conflito, seja por não tê-lo identificado, seja por entender desnecessária a regulação *a priori*, quando passa o Poder Judiciário a estar legitimado a solver o conflito pela via do livre desenvolvimento judicial do direito.

Nesse caso é o Tribunal Constitucional quem vai controlar os atos praticados pelo Judiciário quando atuar no desenvolvimento do Direito, bem assim o Legislador, que pode editar nova lei no vácuo que o Judiciário vinha ocupando e criando o Direito.

⁵⁷ Neuner, op. cit., p. 257.

3.3.4 Desenvolvimento da teoria em Portugal

A Constituição portuguesa de 1976, ao tratar dos direitos, liberdades e garantias, diz que eles vinculam entidades públicas e privadas,⁵⁸ – superando a tese da dualidade do sistema jurídico, bem assim somente poderá haver a restrição nos casos expressamente previstos na Constituição e desde que se respeite o núcleo essencial daquele direito fundamental em discussão.

Para a constituição lusa, o Estado não é mais considerado o “inimigo público”, os direitos fundamentais ganharam uma dimensão objetiva, na medida em que os poderes públicos devem atuar positivamente para a sua concretização. Também é evidente que os indivíduos não estão isoladamente contrapostos ao Estado, antes estão sujeitos às relações jurídicas com diversas entidades privadas com grande poder econômico e social. Inclusive diversas das atividades afetas ao Estado foram delegadas aos agentes privados (concessão de serviço público, *v. g.*), não mais se justificando deixar essas entidades privadas ao largo da incidência dos direitos fundamentais, até porque a Constituição portuguesa é expressa nesse sentido (artigo 18º).

Os direitos fundamentais devem aplicar-se em todo o ordenamento jurídico (princípio da unidade), alcançando o direito privado e o penal, eis que os indivíduos merecem toda a proteção não somente em face do Estado, mas também em face de outros entes que estão em condições de exercer sobre o indivíduo verdadeiro poder, jurídico ou de fato.

Nesse contexto é que se pergunta, por exemplo, até que ponto podem as liberdades e os direitos fundamentais ser limitados por contrato com consentimento de seu titular? Em relação à Constituição portuguesa de 1976, o problema não é resolvido apenas na redação do artigo 18º, eis que não disse o constituinte em que medida essa vinculação dos particulares ocorre.

Em Portugal, como já era de se esperar, surgiram defensores das correntes já referidas anteriormente, as da eficácia direta e aplicabilidade imediata e aqueles que advogam a tese da eficácia indireta e aplicabilidade mediata. Que existe a dualidade é verdade, mas também todos concordam com outras duas premissas que servirão como balizamentos. Primeiro, que os sujeitos privados poderosos não

⁵⁸ Artigo 18º (Força jurídica) 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. 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. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

podem ser tratados como qualquer outro indivíduo e que devem ser consideradas ilícitas as diferenciações de tratamento nas relações particulares ou as restrições profundas que afetem o núcleo essencial da dignidade das pessoas. Segundo, que não se pode, a pretexto de cuidar da eficácia dos direitos fundamentais, retirar-se a autonomia privada e destruir-se a liberdade de autodeterminação dos cidadãos em sua vida e nos negócios que celebram na sua esfera privada.

Para José Carlos Vieira de Andrade:

A nossa lei fundamental não crisma uma opção individual-liberalista, nem uma opção colectivista-totalitária.

Por um lado, revela um forte pendor socializante e não pode, por isso, abandonar aos jogos de forças e interesses a vida de uma sociedade que já não está separada do Estado. Este deve assegurar a justiça social, tem de intervir e organizar, estabelecer imperativos, disciplinar e proibir. Na nossa lei fundamental, são visíveis, designadamente no que diz respeito às relações de trabalho e de consumo, essa preocupação e essa intenção de conformar as relações sociais.

Mas, por outro lado, recebe, como princípio de valor, a *autonomia privada*, não deixando dúvidas de que não quer destruir nem apoucar o livre desenvolvimento da personalidade, a livre iniciativa económica, a liberdade negocial, a propriedade privada, a família ou o fenómeno sucessório.

Afinal, estamos perante um conflito entre duas dimensões da liberdade, ou da liberdade com a igualdade. A liberdade que os direitos fundamentais pretendem garantir não é apenas um abstracto valor social, mas sobretudo o poder de disposição ou a auto-determinação dos indivíduos concretos, e é, por sua vez, em nome da liberdade geral e ou da liberdade negocial que podem defender-se certas compreensões à aplicabilidade dos preceitos constitucionais nas relações entre particulares.⁵⁹

Para este último existem relações de poder privado que são semelhantes às relações de poder público, eis que o critério da desigualdade está presente, daí que os direitos fundamentais deveriam aplicar-se direta e imediatamente ao particular. Porém, as situações de poder privado são muitas e diferenciadas, como aquelas que se verificam entre os empregados e empregadores, entre pais e filhos, entre consumidores e empresas transnacionais, por corolário lógico, a aplicabilidade daquelas garantias fundamentais devem variar conforme as circunstâncias fáticas que somente em concreto podem ser determinadas. Para a sua posição:

O critério da “desigualdade” ou do “poder social” não deve, por isso, ser entendido como um critério classificatório, que nos permitisse *em abstracto* determinar as

⁵⁹ Andrade, *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, p. 284.

entidades que, além do Estado e demais pessoas colectivas públicas, seriam sujeitos passivos dos direitos fundamentais. Ele é, sobretudo, um critério teleológico que *em concreto* permite estender por analogia e *graduar* a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas.⁶⁰

Também todos estão de acordo em Portugal que a adoção da tese da aplicabilidade imediata tende a trazer o inconveniente da instalação do “governo dos juízes”, ou na experiência da doutrina nacional, “ditadura do Poder Judiciário”, pois estes ficariam com a faculdade de dominar a aplicação e interpretação do direito privado, substituindo-se ao legislador (em certa medida, até aos próprios sujeitos privados), com o fundamento (ou pretexto) da eficácia direta dos direitos fundamentais.

Contudo, esse resultado inconveniente pode ser minorado, quiçá extinto, a se entender que a eficácia apenas é direta quando se tratar de entes privados coletivos (pessoas de natureza jurídica), ainda assim gradativa conforme a desigualdade seja verificada em cada caso concreto, incumbindo ao magistrado expor e ponderar todos os valores em jogo, se somando que é o legislador primeiramente quem incumbe regular as situações dentro das relações privadas e dar a solução ponderada em caso de colisão de princípios, por intermédio de uma regra jurídica restritiva.

Bem vistas as coisas, segundo o professor de Coimbra, trata-se de apenas assegurar, na medida em que a situação concreta justificar, uma proteção mais intensa e eficiente aos particulares suscetíveis de serem desproporcionalmente violados em seus direitos fundamentais por outras entidades particulares poderosas.

Arrematando a sua tese, Vieira de Andrade adverte:

Os particulares poderão, assim, de acordo com a *natureza específica*, a *razão de ser* e a *intensidade* do poder exercido (na falta ou insuficiência da lei ou contra ela, se inconstitucional), invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias, arguindo a invalidade dos actos e negócios jurídicos que ofendam os princípios constitucionais ou reclamando a indemnização dos danos causados.

Em todo o caso, a vinculação das entidades privadas poderosas pelos direitos fundamentais raramente se produzirá em termos semelhantes à vinculação dos poderes públicos. Ou nunca, pois que, desde logo, estão excluídas as faculdades de exigir a *protecção positiva ou activa* dos direitos e liberdades, que só podem ter como destinatário o Estado, detentor do monopólio da coacção. Na realidade, as entidades privadas são também, apesar de tudo, titulares de direitos, liberdades e garantias (ainda que, nos casos das pessoas colectivas, em termos limitados) e essa

⁶⁰ Andrade, op. cit., p. 288.

circunstância, que terá de ser levada em linha de conta, poderá sempre implicar uma *ponderação* dos direitos ou valores em conflito, ainda que venha a revelar-se mínima, por exemplo, quando se trate da titularidade – que, sublinhe-se, já é, em regra, limitada, por se tratar de uma pessoa colectiva – de um direito tipicamente “agressivo” ou “intrusivo”.⁶¹

Por outro lado, nas relações entre particulares em condições de igualdade os direitos fundamentais não devem ser aplicados diretamente, e isso não significa que os direitos poderão ser violados ou que possa haver renúncia absoluta ao cerne rígido da dignidade da pessoa humana. Para essas situações, o Estado tem a obrigação de dar a proteção aos direitos fundamentais, legislando ordinariamente, nos campos civil, penal e outros, em defesa desse núcleo, ficando tudo o mais à disposição da negociação e contratação entre os particulares, preservando a autonomia de vontade e o direito de liberdade, compatibilizando-os com aqueles outros comentados alhures.

Nesse ponto acrescenta que:

Assim, no caso de haver uma norma legal que regule positivamente a situação, deve esta ser aplicada, *presumindo-se* que estabelece *um equilíbrio aceitável* entre os valores em jogo.

Essa presunção poderá ser ilidida, mas quem o quiser fazer deve ter o ônus da prova da inconstitucionalidade da norma, que existirá, por exemplo, se ela atentar frontalmente contra os preceitos relativos aos direitos fundamentais, enquanto princípios objectivos ou normas. Deverá ter-se em conta, porém, a possibilidade de se tratar de uma lei restritiva, a qual, além de outros requisitos, terá, contudo, para ser válida, de respeitar sempre o “conteúdo essencial” dos direitos. Aqui, os “valores” próprios do direito privado podem funcionar como valores ou interesses constitucionalmente protegidos que justifiquem a restrição (nos termos do artigo 18^o).⁶²

Já se não houver norma legal alguma sobre a questão, deve o juiz resolver a contenda posta sob sua apreciação valendo-se do preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas das próprias legislações privadas com os direitos fundamentais, jamais se esquecendo que também é um direito fundamental a liberdade dos cidadãos (autonomia da vontade).

Outra posição bastante difundida em Portugal é aquela de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem a questão começa a ser resolvida a partir da fixação de alguns pressupostos. O primeiro é o conceito de restrição de direitos, que pode ser feita por intermédio de regras da própria Constituição, por intermédio da

⁶¹ Andrade, op. cit., p. 288.

⁶² Andrade, op. cit., p. 293.

legislação, mas a restrição que mais remete ao problema da eficácia dos direitos fundamentais é a das *intervenções restritivas*, que podem ser do Estado e de um particular. Diz o professor que: “O conceito de intervenção restritiva teria, assim, operacionalidade prática, para abranger os actos, actividades ou comportamentos (públicos e privados), que produzem uma redução ou encurtamento do âmbito de protecção de um direito.”⁶³

Para se entender as restrições é importante distinguir o âmbito de protecção do que se intitula âmbito de garantia efetiva. Aquele significa que um bem é protegido *a priori*, mas nesse âmbito artificialmente fixado podem intervir medidas restritivas de entes públicos ou de particulares, sem que a intervenção seja ilegítima. Já o âmbito de garantia efetiva é um espaço menor, núcleo, dentro do qual toda e qualquer intervenção é ilícita, seja pública seja privada. Poder-se-ia dizer, nas pegadas do professor, que são círculos concêntricos, com um núcleo rígido (âmbito de garantia efetiva) e um perímetro mais esfumado (âmbito de protecção), dentro do qual se admitem intervenções públicas ou privadas que sejam legítimas, sob determinadas condições, e balanceamento de direitos conflitantes.

Magistralmente: “O conteúdo, *prima facie*, de um direito pode não ser o seu conteúdo definitivo quando, em virtude de um juízo de ponderação concreto, houver necessidade de restringi-lo conferindo maior peso a outros bens ou direitos.”⁶⁴

O que defende Gomes Canotilho, em resumo, é que primeiro nascem os direitos e depois se lhes impõem as restrições. Os direitos nascem com conteúdo *prima facie* e depois se transformam em direitos definitivos.

O itinerário para fixação dos dois âmbitos é primeiro verificar se existe uma intervenção restritiva no âmbito artificial de protecção de um direito fundamental ou de um direito privado. Depois, investigar se a intervenção restritiva obedece às exigências formais e materiais legitimadoras dessa restrição, por exemplo, se há fundamento legal, direito concorrente ou proporcionalidade da intervenção. A solução é simples, mas

O problema está em que nos casos de colisões entre direitos não é fácil delimitar o âmbito de protecção e o âmbito de garantia efectivo, pela simples razão de que a intervenção restritiva surge associada ao próprio exercício de um direito. E isto quer na dogmática civil quer na dogmática constitucional dos direitos fundamentais pessoais.⁶⁵

⁶³ Canotilho, *Dogmática de direitos fundamentais e direito privado*, p. 346.

⁶⁴ Canotilho, *op. cit.*, p. 351.

⁶⁵ Canotilho, *op. cit.*, p. 348.

Outra importante doutrina portuguesa é aquela de Paulo Mota Pinto, Juiz do Tribunal Constitucional português e professor da Universidade de Coimbra. Para ele os direitos fundamentais devem ser aplicados às relações privadas, preferencialmente, por intermediação do legislador, podendo, somente em casos excepcionais ser invocados diretamente. As duas únicas exceções que admitem a aplicação direta e imediata são quando o legislador for omissivo ou quando a norma jurídica de direito privado for inconstitucional, pesando, em ambos os casos, um forte ônus de argumentação para o julgador. A segunda exceção seria naquelas situações em que o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana for violado. Em palavras suas:

Julgamos que a aplicação, à actividade de entidades privadas, das normas que consagram direitos fundamentais deve ocorrer, *em primeira linha, através de normas de direito privado*, quer estas se limitem a *reproduzir* o teor das normas constitucionais, quer contenham *conceitos indeterminados* ou *cláusulas gerais*, a preencher e concretizar segundo os valores constitucionalmente consagrados, e, em particular, numa actividade de “interpretação conforme aos direitos fundamentais”. Estas normas são, pois, como que “portas de entrada” no domínio privatístico das valorações subjacentes aos direitos fundamentais, constituindo a precípua para a sua efectivação, impendendo, alíás, logo sobre o legislador ordinário, o dever de prever mecanismos legais protectores dos direitos fundamentais.⁶⁶

Refinando a sua tese e distinguindo-a da teoria da eficácia mediata leciona que poderão, mesmo assim, existir alguns casos em que o julgador não encontra norma aplicável adequada, ou cláusula geral ou conceito indeterminado ao qual recorrer, ou, ainda assim, situação em que deve afastar uma determinada norma ou interpretação – que é a única possível –, por contrária a direitos fundamentais. Cuidam-se de casos excepcionais, em que ao julgador que pretenda afastar-se de uma determinada norma de direito privado incumbe o ônus de fundamentar o exercício da faculdade de recusar a aplicação de normas que repute inconstitucionais ou de recorrer diretamente às normas constitucionais, aplicando-as às relações de direito privado.

Em arremate diz: “Regressando ao tema que nos ocupa, logo por aqui se conclui, pois, pela inviabilidade de resolver os problemas de discriminação, em geral apenas através do *recurso directo a mecanismos constitucionais*. Se, nalguns casos, a lesão em causa pode tocar aquele núcleo essencial, em que tal recurso imediato se justifica.”⁶⁷

⁶⁶ Pinto, *Autonomia privada e discriminação*: algumas notas, p. 368.

⁶⁷ Pinto, *op. cit.*, p. 371.

Em relação ao conflito entre a autonomia privada e o princípio da igualdade, tema central da bibliografia, defende que o espaço de liberdade assegurado, mesmo em face do princípio da igualdade, pelo princípio da autonomia privada, tem, porém, os seus limites fixados pela exigência do respeito pela *dignidade da pessoa humana*, mais do que nas circunstâncias de se estar a exercer uma posição de “poder privado”.

Como se tem salientado na doutrina, o *princípio da igualdade* não vale nas relações privadas enquanto *proibição de arbítrio*, ou imperativo de razoabilidade – exigência de uma *justificação razoável* para a diferenciação. As pessoas não são, nem têm de ser, na modelação da sua própria esfera jurídica, sujeitos necessariamente racionais, tendo de reconhecer-se que esse é o espaço da espontaneidade, das idiosincrasias pessoais, da liberdade (também) emocional – numa palavra, do *livre-arbitrio*.

Evidentemente, inclui-se neste espaço de liberdade também a possibilidade de *não revelar a ninguém a razão* ou o motivo da diferenciação: no domínio jurídico-privado, não só as escolhas podem ser arbitrárias (pode ser o acaso a escolher), como os motivos não têm de ser revelados.⁶⁸

Conforme inventariamos no presente tópico, as posições doutrinárias lusas não são uniformes, antes são complementares, eis que cada uma agrega argumentos engenhosos a uma nova face do tema que toca a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em razão da engenharia constitucional lusa, os autores adotam o modelo de eficácia imediata ponderada (matizada), sob o pálio da proporcionalidade e da decisão conforme as circunstâncias dos casos concretos, invocando a incidência dos direitos fundamentais quanto maior for a desigualdade fática entre os sujeitos.

3.3.5 Desenvolvimento da teoria na Espanha

A Constituição espanhola de 1978 adverte que “Os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico” (artigo 9.1.), contudo acrescenta que “O reconhecimento, o respeito e a proteção dos princípios reconhecidos no Capítulo Terceiro informarão a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos. Somente poderão ser alegados ante a jurisdição ordinária de acordo com o que disponham as leis que os desenvolvam” (artigo 53.3).

Na Espanha do século XIX, o Estado era considerado um mal necessário, mas que precisava ser limitado pelos direitos fundamentais. De outra banda, em outro compartimento estanque, estavam os direitos privados, ancorados nos códigos civis, que eram tidos como verdadeiras constituições dos direitos dos cidadãos.

⁶⁸ Op. cit., p. 383.

A relação cidadão/poderes públicos era marcada pela desigualdade, já a relação entre os cidadãos pela igualdade formal, daí decorrendo o grande prestígio da autonomia de vontade e da ampla liberdade contratual (*pacta sunt servanda*).

Com a virada paulatina dos Estados liberais para os Estados sociais, as constituições espanholas sofreram alterações. A primeira delas foi o reconhecimento de que nas relações entre particulares também havia relações de poder, de sujeição de um contratante em relação a outro, assemelhando à relação assimétrica cidadão/poderes públicos. Em outras situações, poder-se-ia afirmar que alguns entes privados exercem poderes tão fortes quanto o Estado.

Segundo Juan Maria Bilbao Ubillos:

A nada pode surpreender, portanto, que a gênese e o desenvolvimento mais fecundo da teoria da *Drittwirkung* tenha tido como cenário o campo das relações de trabalho. Essa especial receptividade não é casual: se explica pela nota de subordinação intrínseca ao cumprimento da prestação pelo trabalhador. Ainda que a empresa tenha deixado de ser uma zona franca na qual o empresário exerce uma autoridade indiscutível e temos assistido nas últimas décadas a um processo de penetração da Constituição dentro das fábricas e de progressivo reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores enquanto cidadãos, o certo é que, como organização econômica, estruturada hierarquicamente, a empresa gera uma situação de poder e, correlativamente, outra de subordinação. [...] Ainda que estes poderes, que tem fundamento constitucional (art. 38 CE), não são, óbvio é dizê-lo, intrinsecamente perversos, é evidente que a lógica empresarial pode limitar ou condicionar o exercício destes direitos.⁶⁹

Em razão da existência dos poderes privados não só em meio às relações de trabalho, foi que a moderna dogmática dos direitos fundamentais espanhola adotou uma nova perspectiva, levando em conta as multifacetadas dimensões da liberdade, considerando a igualdade material e não apenas a formal de índole liberal clássica. Devem os direitos fundamentais irradiar para todas as relações em que haja conflito entre poder e liberdade. Mais uma vez Bilbao Ubillos adverte:

Os direitos fundamentais devem proteger-se, portanto, frente ao poder, sem adjetivos, e o sistema de garantias, para ser coerente e eficaz, deve ser polivalente, deve operar-se em todas as direções. Não há nenhuma razão para pensar que o problema de fundo muda em função de qual seja a origem da agressão que sofre uma determinada liberdade. O tratamento há de ser, no essencial, o mesmo.⁷⁰

⁶⁹ Ubillos, *Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*, p. 304.

⁷⁰ Ubillos, *op. cit.*, p. 305.

Outro marco teórico trazido pelos Estados sociais foi o reconhecimento dos correspondentes direitos de segunda dimensão em nível constitucional, convertendo as Constituições em documentos basilares de todo o sistema jurídico, não só mais do direito público. O direito privado, por evidente, continua a ser regulado pelos códigos civis e pela legislação específica, contudo os princípios estruturantes sobre os quais se sustenta encontram alçada constitucional. Os direitos privados são interpretados a partir da diretriz constitucional. É por essa razão, também, que este enfoque unitário em torno das constituições autoriza a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, até porque vários direitos fundamentais têm aplicação quase exclusiva nas relações privadas (v. g. relações de trabalho).

Na Espanha a discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas foi deturpada por uma grande confusão entre a dimensão processual e a dimensão material, segundo Bilbao Ubillos. Ocorre que, processualmente, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional daquele país, em seu artigo 41.2, somente admite a análise de pretensões que se dirijam a atos dos *poderes públicos*, por intermédio do recurso de amparo.

Nesse contexto, como a Constituição espanhola (artigo 24) garante o amplo acesso ao Poder Judiciário, na defesa de qualquer direito ou interesse legítimo, a primeira solução é concluir que o ataque de particulares a direitos fundamentais dos cidadãos não podem ser sonegados da apreciação judicial, mas o serão apenas pelas instâncias ordinárias, diante da impossibilidade de acesso ao Tribunal Constitucional. E essa conclusão é confirmada pela *Ley 62/1978*, de 26 de dezembro, que trata da Proteção Jurisdicional dos Direitos Fundamentais da Pessoa. Referida legislação foi alterada pela *Ley 1/2000*, de 7 de janeiro, mas mantendo seus traços característicos.

Inserida nessa tessitura processual, a doutrina espanhola passou a defender que os direitos fundamentais poderiam ser invocados por particular quando violados por outro particular (eficácia horizontal), mas essa aplicabilidade não era direta e imediata, na medida em que não desafiava recurso ao Tribunal Constitucional. Apenas a violação pelos poderes públicos é que reclama a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, daí por que admite o recurso de amparo ao Tribunal Constitucional, a partir do argumento da violação frontal de uma garantia constitucional.

No entanto, engenhosamente, o Tribunal Constitucional começou a admitir recursos de amparo quando se tratava de uma violação de direitos fundamentais por um particular, e isso se deu pela construção teórica de que a violação era primeiro analisada por um tribunal ordinário, contudo no caso da violação persistir (chancelada pela decisão judicial), era o Tribunal quem passava a figurar na relação como violador, abrindo aí oportunidade de recurso à superior instância (artigo 41.2 da LOTC).

Assim como no Brasil a jurisprudência admite que os tribunais que neguem o pedido em *habeas corpus* passem a figurar como autoridade coatora em novos *habeas corpus*, passando o Tribunal de base a ocupar a posição de violador, a experiência espanhola adaptou a mesma teoria para permitir que recursos de amparo ao Tribunal Constitucional fossem manejados para discutir violações de direitos fundamentais que foram causados, em essência, por um particular.⁷¹

A posição contraditória adotada pela Corte Constitucional espanhola é, em boa parte, justificada pelo sistema constitucional daquele país. O artigo 9.1 reconhece a sujeição dos cidadãos à Constituição, mas o artigo 53.1 acrescenta que os direitos e liberdades reconhecidos no capítulo II vinculam a todos os poderes públicos.

Apenas para efeito comparativo, já que a nossa Constituição de 1988 não tem os mesmos entraves procedimentais que a espanhola de 1978, passaremos em revista das decisões do Tribunal Constitucional espanhol, demonstrando a evolução da teoria dos direitos fundamentais naquela Corte e a sua posição atual. Antecipamos por dizer que há um distanciamento entre as discussões dogmáticas alhures referidas e a prática jurisprudencial da Corte espanhola, na medida em que esta última não enfrenta o tema diretamente, preferindo dar soluções aos casos concretos submetidos à sua apreciação, contornando o problema acerca da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais não relações privadas.

Assim como na experiência alemã, a Corte Constitucional espanhola tratou do tema pela primeira vez quando envolvia uma relação de trabalho. Na Sentença do Tribunal Constitucional, adiante apenas STC, 120/1983, timidamente reconheceu que a relação de trabalho entre trabalhador e empresário gera um complexo de direitos e obrigações recíprocas que condiciona, juntamente com outros, também o exercício do direito à liberdade de expressão. Os condicionamentos hão de ser matizados cuidadosamente, já que não cabe defender a existência de um dever de lealdade genérico, com seu significado onipresente de sujeição do trabalhador ao interesse empresarial, pois isso não está de acordo com o sistema constitucional de relações de trabalho. Na sentença ora referida, o Tribunal julgava a ação de um trabalhador dispensado ao argumento de tecer críticas contrárias ao interesse

⁷¹ Como de resto se verifica na experiência da Suprema Corte dos EUA, por exemplo, no caso *Shelley v. Kraemer* de 1948, quando a Corte analisou uma conduta discriminatória praticada por particulares. Um determinado contrato de compra e venda continha uma cláusula de que o novo adquirente de cor branca ficava proibido de vender o imóvel para um negro, a fim de preservar a pureza racial do bairro. O imóvel foi vendido a um negro e judicialmente os moradores discutiram essa cláusula, tendo o juiz executado a cláusula e determinado o despejo. A questão chegou à Suprema Corte e apenas foi analisada depois que decidiram que o juiz que executou o contrato passou a ocupar a posição de violador do direito fundamental de não discriminação do comprador negro. O contrato foi anulado.

empresarial, quando o Tribunal reconheceu o direito à liberdade de expressão do trabalhador.

Dois meses depois, no julgamento da STC 18/1984, o mesmo Tribunal, em referência ao citado artigo 41.2 da LOTC, disse que:

não deve interpretar-se no sentido de que somente seja titular dos direitos fundamentais e liberdades públicas em relação com os poderes públicos, dado que em um Estado social de Direito como que consagra o artigo 1º da Constituição não pode sustentar-se com carácter geral que o titular de tais direitos não o seja em sua vida social, tal como evidencia a Lei 62 de 1978.

Mais diretamente, a STC 88/1985 analisou um caso de ilicitude de uma dispensa com carácter repreensivo de um empregado que participou de manifestação pública sobre o funcionamento daquela empresa, posicionando-se criticamente. Em trecho da sentença foi dito que: “a celebração de um contrato de trabalho não implica de modo algum a privação para uma das partes, o trabalhador, dos direitos que a Constituição lhe reconhece como cidadão”. A afirmação foi feita a partir da seguinte premissa:

Nem as organizações empresariais formam mundos separados e estanques do resto da sociedade nem a liberdade da empresa que estabelece o art. 38 do texto constitucional legitima que aquele que presta serviços naquelas por conta e sobre dependência de seus titulares devam suportar despojamentos transitórios ou limitações injustificadas de seus direitos fundamentais e liberdades públicas, que tem um valor central e nuclear no sistema jurídico constitucional. As manifestações de ‘feudalismo industrial’ repugnam o Estado social e democrático de Direito.

Já na STC 177/1988 a ponderação da Corte foi no seguinte sentido:

Há de ter-se em conta, com efeito, que no âmbito das relações privadas os direitos fundamentais e, entre eles, o princípio da igualdade, não de aplicar-se matizadamente, pois não de fazer-se compatíveis com outros valores e parâmetros que tem em sua última origem no princípio da autonomia de vontade.

Avançando a decantação jurisprudencial, o Tribunal Constitucional espanhol, por meio da STC 114/1995, advertiu que:

os efeitos dos direitos fundamentais, inclusive os direitos de liberdade, raras vezes se circunscrevem ao estrito âmbito da contraposição entre o poder público e o indivíduo isolado. Pelo contrário, desde sua origem mesma, a noção dos direitos, com sua conseqüente pretensão de efetividade, supõem uma alteração das relações sociais, e não somente do simples modo de exercício do poder político.

Os pequenos trechos referidos demonstram que o Tribunal Constitucional espanhol é tímido em relação ao tema da eficácia dos direitos fundamentais, não se posicionando claramente sobre sua eficácia, bem como se a aplicabilidade deve ser direta ou indireta, intermediada ou não pela legislação ordinária. Pelos excertos lidos, a conclusão é que o Tribunal admite a existência de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas não uma eficácia direta, imediata, como se dá em relação aos poderes públicos, mas uma eficácia matizada, que deve adaptar-se em cada caso concreto aos direitos fundamentais daquele outro particular envolvido na relação.

Para Bilbao Ubillos, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados deve ser atenuada, conforme as circunstâncias do caso, na medida em que na relação Estado-indivíduo apenas este último é detentor de direitos fundamentais, daí por que a sua invocação e eficácia é imediata, mas nas relações entre particulares ambos são detentores de direitos fundamentais, de sorte a ocorrer colisão, que será resolvida pela técnica da ponderação.

Para ele, a incidência dos direitos fundamentais deve ser direta e imediata, mas com as necessárias adaptações, sob pena de solapar o princípio da autonomia de vontade, o grande pilar do direito privado. É muito comum a doutrina mundial sobre o tema dizer que os cidadãos guardam um direito subjetivo à arbitrariedade nas suas relações pessoais, demonstrando preferências, antipatias e irracionalidade. Não pode o Estado se imiscuir em questões de preferências pessoais em testamentos, conteúdo dos contratos, conveniência na convivência pessoal, ao argumento da eficácia direta do princípio da igualdade, salvo se houver ofensa ao núcleo essencial dos direitos dos outros particulares envolvidos na relação.

O princípio da igualdade deveria, preferencialmente, ser aplicado nas relações privadas por intermédio do legislador, que realizaria uma pré-ponderação e já daria a solução mediante uma regra da legislação, como nas relações de trabalho em que são vedadas as diferenciações de salário em razão de sexo, cor, raça etc. Coisa diversa seria o juiz ou o intérprete ditar obediência à igualdade quando o empregador for punir um certo empregado e não punir outro na mesma situação. Se o legislador quisesse linearidade nessa situação, teria feito expressamente. Mais gritante seria para o autor espanhol invocar a igualdade nos casos em que o empregador convida alguns empregados para uma festa na empresa e não convida outros.

Para Bilbao Ubillos, o grande problema não é tanto se há ou não eficácia, mas a medida dessa eficácia (quanta eficácia) e de que tipo, devendo as investigações centrar-se nesse objeto. Exatamente porque se trata simplesmente de medir o alcance dessa eficácia em cada situação, em função da natureza do direito, de sua intrínseca aptidão para produzir efeitos na esfera das relações jurídicas entre pri-

vados, das circunstâncias concorrentes nessa relação e dos limites específicos que se derivam da necessária ponderação de outros direitos ou interesses de colisão.⁷²

E arrematando a sua tese:

A questão é como podemos articular e harmonizar essa vigência com os princípios e valores específicos do Direito privado presentes em cada caso. Descartada a hipótese de uma eficácia uniforme e indiscriminada, a chave está na definição dos critérios que hão de orientar essa complexa tarefa. Haverá de determinar primeiro se em uma determinada relação jurídico-privada vige um concreto direito (se o direito não pode operar nesse contexto, aí acaba a indagação: não existe, por exemplo, um direito de acesso aos meios de comunicação privados) e, dissolvida essa incógnita, precisar, em um segundo momento, e mediante o correspondente juízo de proporcionalidade, até que ponto há de ser respeitado por um particular, porque sustentar que um direito fundamental está em jogo em uma determinada relação não significa postular que haja de prevalecer a todo custo. Em caso de colisão, a ponderação é ineludível e não tem porque resolver-se necessariamente em favor do titular do direito fundamental. Não podemos deixar-nos levar, nesse ponto, por uma sorte de fervor garantista, porque poderíamos “abnegar” o ordenamento de direitos fundamentais. Se corre esse risco, com efeito, de um certo fundamentalismo maximalista na aplicação das normas constitucionais, de um voluntarismo bem intencionado que pode chocar com as exigências técnicas e lógicas do ordenamento jurídico e acabar funcionalizando a liberdade individual. Por isso mesmo, admitir essa operatividade “segundo e como” frente a possíveis arbitrariedades cometidas por sujeitos privados não implica uma aposta ideológica em favor do paternalismo estatal. Em lugar de malgastar as energias em combater fantasmas, porque não centrar o esforço em conter a *vis expansiva* dessa teoria – um traço que não temos ocultado – fixando limites razoáveis a essa eficácia pluridirecional?⁷³

Também na Espanha, Rafael Naranjo de la Cruz reconhece que os direitos fundamentais constituem fundamento de todo o ordenamento e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem a necessidade de mediação legislativa, em razão de que as normas de direitos fundamentais “geram, conforme a sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares”.⁷⁴

Em solo espanhol, as lições da doutrina e decisões da Corte Constitucional, como em Portugal, caminham para a adoção de uma eficácia imediata ponderada, com a função precípua do legislador infraconstitucional de intermediar a aplicação de

⁷² Ubillos, op. cit., p. 337.

⁷³ Ubillos, op. cit., p. 338.

⁷⁴ Cruz, *Los limites de dos derechos fundamentales em las relaciones entre particulares*, p. 215.

direitos fundamentais nas relações privadas, mas garantindo ao Poder Judiciário intervir nessa seara quando houver omissão legislativa ou insuficiência de aplicação.

3.3.6 Desenvolvimento da teoria nos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos também se desenvolveu teoria alternativa à *Drittwirkung* dos alemães. Trata-se da doutrina da *state action*, a qual, em resumo, admite apenas que os direitos fundamentais sejam aplicados às relações privadas quando se verificar o exercício de uma função pública por um particular e quando se verificar uma conexão ou implicação grande entre a atividade privada e a estatal. Referida teoria alarga a base de aplicação dos direitos fundamentais ao argumento do exercício de funções típicas do Estado por alguns particulares, daí por que se admite a aplicação analógica para essas situações, como no caso brasileiro, *v. g.*, daquelas empresas privadas concessionárias de serviço público, a partir do fenômeno das privatizações. Dá-se, nesse caso, uma interpretação extensiva do conceito de “poder público”.

Essa interpretação mantém intacta a expressa previsão constitucional de que apenas o Estado está submetido aos direitos civis, mais precisamente as autoridades federais, na medida em que as estaduais são vinculadas à legislação local. A tradição política e ideológica extremamente liberal, em que se eleva ao pedestal a garantia das liberdades individuais, rechaça qualquer tentativa de a doutrina ideológica mais social aplicar-se naquele país.⁷⁵ Contudo, alguns pequenos avanços podem ser verificados na experiência da Corte Constitucional, como reconhecer que todas aquelas instituições privadas que recebem subvenção ou investimentos públicos ficariam dentro dos limites do conjunto “poder público”, desafiando a aplicabilidade da doutrina da *state action*. De outro lado, nas instituições eminentemente privadas, tolera-se inclusive a discriminação a pretexto da liberdade dos indivíduos.⁷⁶

A *state action doctrine* foi formada a partir de algumas decisões da Suprema Corte da década de 40 do século XX, quando os lesados em seus direitos por atitudes

⁷⁵ Laurence Tribe: “imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de que pessoas se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais” (*American constitutional law*, p. 1.691).

⁷⁶ Ressalvando a posição adotada pela Suprema Corte dos EUA, por exemplo, no caso *Shelley v. Kraemer* de 1948, *infra*.

de particulares invocavam a 14^a Emenda à Constituição norte-americana, conseguindo a aplicação de alguns direitos civis constitucionais às relações privadas.

Entretanto, para que se possa entender com precisão a evolução do tema na experiência norte-americana, é importante retomar a discussão constitucional acerca do *Civil Rights Act* de 1875. Com efeito, após o fim da escravidão, foram inseridas três novas Emendas à Constituição, delegando ao Congresso a tarefa de editar leis de proteção aos novos libertos contra a discriminação. Era exatamente a Seção 5 da 14^a Emenda onde estava prevista a delegação legislativa para efetivação dos direitos da Seção 1.

Cumprindo a tarefa, o Congresso editou o *Civil Rights Act* de 1875, no qual foram inseridas regras de proibição de discriminação em locais públicos (tais como em teatros, restaurantes, hotéis, transporte público – *public accommodations*), prevendo penalidades para pessoas privadas que praticassem a atitude vedada na lei federal. O que o Congresso quis fazer foi evitar que os cidadãos brancos discriminassem os novos libertos, razão pela qual as proibições de discriminação e, por corolário, as penalidades tivessem como destinatários os particulares e não o poder público.

A Suprema Corte foi instada a se manifestar sobre a validade da legislação federal, quando do julgamento de cinco litígios envolvendo atos de discriminação em locais públicos, no que se convencionou chamar de *Civil Rights Cases*, julgados em 1883. Os Juízes entenderam, por maioria de votos, que o Congresso extrapolou a delegação da 14^a Emenda, eis que a lei federal não poderia alargar a aplicação dos direitos civis às relações privadas, na medida em que a emenda constitucional, por evidente, deve estar contida dentro dos limites da Carta, a qual permite apenas a aplicação dos direitos civis em face do Estado, e não nas relações particulares.⁷⁷

Depois das decisões, tudo parecia resolvido em favor da ineficácia.

Muitos anos depois, no que se convencionou chamar *white primary cases*, foi que a Suprema Corte norte-americana declarou inconstitucional uma determinada lei do Estado do Texas que abolia a participação de cidadãos negros nas eleições primárias do Partido Democrata (*Nixon v. Herndon* de 1927), revertendo, em parte, sua antiga jurisprudência consolidada. Adotou-se o entendimento de que o comitê partidário fazia as vezes de uma delegação do poder público, daí por que praticava atos estatais (*state action*) e estava submetido à cláusula constitucional do *equal protection*.

Curiosamente, menos de um mês depois, o Partido Democrata alterou seus estatutos para aceitar apenas a filiação de brancos, de modo a “driblar” a decisão já

⁷⁷ Em trecho do voto do Juiz BRADLEY, relator da tese vencedora, extrai-se que: “*It is state action of a particular character that is prohibited individual invasion of individual rights is not the subject-matter of the amendment. It has a deeper and broader scope.*”

citada. Dessa feita, a Corte admitiu a discriminação ao fundamento de que o estatuto partidário era privado e não poderia ser enquadrado no conceito de *state action*. Como se vê, aquele primeiro avanço cedeu aos artifícios adotados pelos Democratas.

Somente em *Smith v. Allwright*, de 1944, que a Corte passou a entender que os partidos políticos, quando conduzem as eleições prévias, exercem atividade estatal, na qualidade de uma agência pública, bem por isso como as prévias fazem parte da estrutura complexa das eleições e nesta última é vedada a discriminação, não poderia haver atos desse jaez quando de sua fase preliminar, mesmo que conduzida por entes privados que são os partidos políticos.

O golpe definitivo veio em 1946, no caso *Marsh v. Alabama*. Uma religiosa da seita “Testemunhas de Jeová” distribuía panfletos em Chicksaw, uma pequena cidade construída com a estrutura de um condomínio privado, administrado por uma empresa também privada, segundo regras próprias. Marsh foi advertida pela administração de que não deveria mais adentrar na cidade e praticar a sua pregação. Como ela se negou a seguir a ordem, foi condenada à prisão por uma lei do Estado do Alabama que previa penalidade para aqueles que invadissem propriedade particular.

A Suprema Corte anulou a condenação ao fundamento de que Chicksaw era uma propriedade privada especial que adotava a estrutura de uma cidade americana. E quando franqueava a entrada de não moradores às ruas comerciais (como fez Marsh), passaria a haver uma série de restrições à propriedade privada e a possibilidade de se administrá-la de forma autônoma. Os proprietários da cidade não poderiam limitar todos os direitos civis dos moradores e não moradores, entre eles a liberdade de religião, eis que a administração privada ocupava posição idêntica ao Estado (*state action*).

Em arremate, entendemos que a Suprema Corte norte-americana sempre foi bastante tímida em relação ao tema da aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares, de modo que sua jurisprudência teve um início conservador, mais foi se desenvolvendo aos poucos, principalmente com a formação mais ativista da década de 1940, culminando com a adoção da doutrina do *state action*.

Entre suas premissas, colhemos em *Lugar v. Edmondson Oil Co.* de 1982:

Nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuível ao Estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da “atribuição razoável”. Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por uma pessoa pela qual o Estado seja responsável [...].

Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um “ator estatal”. Isto por ser

ele uma autoridade do Estado, por ter atuado juntamente com uma autoridade estatal ou por ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou porque a sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado.

Algumas vozes na doutrina norte-americana, principalmente o movimento do *Critical Legal Studies*, criticam a posição da Suprema Corte, as quais apontam para a artificialidade da divisão estanque entre direito público e direito privado, quando naquele haveria respeito aos direitos humanos, incidência de direitos fundamentais, mas nesse não haveria nenhuma democracia ou igualdade, mas apenas a liberdade formal para comprar e vender.

3.3.7 O panorama brasileiro

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 *A eficácia dos direitos fundamentais*, de Ingo Wolfgang Sarlet, fruto da tese de doutorado defendida perante a Universidade de Munique em 1996.

Radica o debate na interpretação do § 1º do artigo 5º da CF/88, para quem: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm 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 aqueles 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.

3.3.7.1 Ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

Ainda existem autores que defendem a inexistência de eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas, nada obstante seja 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 pela Constituição).⁷⁸

Jane Reis Gonçalves Pereira bem 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”.⁷⁹

Não conhecemos na doutrina trabalhista quem defenda a inaplicabilidade de 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 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 para o Direito do Trabalho brasileiro.

3.3.7.2 Eficácia indireta e aplicabilidade mediata

Entre os que defendem a eficácia indireta entre os particulares estão Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, por coincidência ou não, ambos com formação acadêmica em universidades alemãs, 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 – quem está vinculado diretamente aos direitos fundamentais – obrigado a colher diretamente nas constituições a solução para os casos concretos, contudo, mediados pelas cláusulas gerais da legislação.

Advertem, em argumento sucessivo, que mesmo para os que defendem a eficácia dos direitos fundamentais apenas nas relações especiais de sujeição, quando envolvem a questão dos *poderes sociais* da experiência alemã ou a doutrina ianque do *state action*, o traço decisivo deverá ser as circunstâncias dos casos concretos e

⁷⁸ Por todos: BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

⁷⁹ Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 486.

não a verificação *in abstracto* dos considerados fortes. Existirão diversas situações em que o abstratamente mais fraco vai ser o causador da ofensa a algum direito fundamental, reclamando, na situação, a atuação judicial em favor do considerado mais forte.

Em palavras suas:

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.⁸⁰

Conforme já advertimos linhas acima, dever-se-á tomar redobrado cuidado ao emprestar a doutrina alemã majoritária para a experiência nacional. E isso por várias razões. A primeira delas é que no Brasil o citado § 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 alemã. Outro detalhe importantíssimo é que aqui há controle difuso de constitucionalidade, exercido por qualquer magistrado, de modo que o juiz 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.

O outro ponto diferenciador é que a Constituição alemã apenas traz direitos de índole liberal (direitos de defesa em face do Estado, direitos de 1ª dimensão), não havendo na Lei Fundamental 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, prestigiando também a ideologia socializante. Ele adota, mas o faz por meio das constituições estaduais e da lei, razão pela qual não há direitos sociais na Lei Fundamental para ser aplicados diretamente e exclusivamente em relações privadas. Houvesse na Lei Fundamental um rol de direitos trabalhistas, como aqui, que se aplicam diretamente 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.

⁸⁰ Dimoulis e Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 110.

Os defensores da 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, óbices que não existem com a tese da necessidade de mediação legislativa.

Contudo, por outro viés, impedir que o magistrado invoque e aplique direitos fundamentais de forma direta, impedindo-o de implementar a diretriz constitucional, irá levar a um desprestígio dos direitos fundamentais. Nessa linha de raciocínio, 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 seus 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 do direito fundamental, por corolário afastando o decisionismo e a insegurança jurídica.

Outra crítica dos que advogam a teoria 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., inculcadas 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.

3.3.7.3 *Eficácia direta e aplicabilidade imediata*

Entre os próceres da eficácia direta encontra-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 ela atender ao princípio da eficácia direta que decorre do artigo 5º, § 1º, da Constituição.⁸¹

Também Daniel Sarmento defende a eficácia imediata na generalidade das relações privadas, pois a Constituição de 1988 adotou um modelo intervencionista e social, bem por isso todos os direitos fundamentais devem ser imediatamente

⁸¹ Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 394-400, passim.

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 maior intervenção do Estado nas relações privadas e um ativismo judicial maior.

Defende 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 jurista com consciência social a adoção de posições comprometidas com a mudança do *status quo*. Por isso, conclui o autor 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”.⁸²

A partir da mesma premissa, defende Luiz Eduardo de Toledo Coelho 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.”⁸³

Defendem os autores desse grupo 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 caso do Brasil, em que o legislador e o executor não atendem os mandamentos constitucionais, violando-os por omissão, incumbe ao julgador fazê-los efetivos, aplicando-os 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.⁸⁴

Também oriunda da escola constitucional fluminense, Jane Reis Gonçalves Pereira defende a eficácia direta e a aplicabilidade imediata como uma consequência natural e lógica de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter

⁸² Sarmento, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*, p. 247-248.

⁸³ Coelho, *Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 238.

⁸⁴ Castro, *A constituição aberta e os direitos fundamentais do homem*, p. 246-247.

normativo da Constituição, ressaltando que isso não quer dizer que os direitos fundamentais devam incidir de forma absoluta e incondicionada nas relações privadas. Eles são aplicados diretamente, mas cabe ao intérprete levar em consideração outros direitos incidentes, como a liberdade e a autonomia de vontade, na solução dos conflitos.⁸⁵

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 Borba⁸⁶ e Andréa Presas Rocha,⁸⁷ ressaltando que a segunda autora reconhece a necessidade de ponderação, respeitando os direitos de que o empregador também é titular.

Ao se recolher a premissa de que ambas as partes da relação jurídica entre particulares são detentoras de direitos e que esses devem ser ponderados quando dos casos de eficácia direta e imediata, a solução para essa corrente em nada diferencia da posição eclética ou mista a que nos filiamos. Entretanto, a adoção da eficácia direta e aplicabilidade imediata, cientificamente, não representa uma leitura descritiva perfeita da Constituição de 88, na medida em que desconsidera a tarefa primeira do legislador de mediar a incidência – quando o julgador não mais poderia aplicar diretamente os direitos fundamentais, mas deveria aplicar a legislação –, bem assim desconsidera a natureza de alguns direitos fundamentais que reclamam algum nível de regulamentação infraconstitucional para ter integral eficácia (p. ex. artigo 7º, I, IV, V e XXI).

Entendemos que se o grupo que defende a total ineficácia está impregnado de ideologia liberal clássica, pouco afeito à intervenção estatal nas relações privadas, os defensores da tese da eficácia direta e imediata apresentam uma linha ideológica social – como de resto reconhece expressamente Daniel Sarmiento –, cujas posições não estão compatíveis com a fórmula política democrática de direito que expomos no capítulo anterior. A nossa posição, a ser exposta mais a frente, procurará descrever o sistema constitucional brasileiro atual, revelando as possibilidades dogmático-jurídicas, mas sem fazê-lo a partir de compromisso ideológico de direita ou de esquerda, quando muito nos valendo da ideologia adotada pelo constituinte originário.

⁸⁵ Pereira, op. cit., p. 491-492.

⁸⁶ Borba, *Direitos fundamentais*, p. 80.

⁸⁷ Rocha, *A efetividade dos direitos de cidadania nas relações de emprego*, p. 40-41.

3.3.7.4 Teoria eclética ou mista

Há autores, com quem entendemos estar a razão, que adotam uma teoria intermediária, intitulada por nós de eclética ou mista, conforme o direito fundamental sob investigação e as circunstâncias dos casos concretos, como de resto se dá com a doutrina portuguesa e espanhola (Cf. tópicos 3.3.4 e 3.3.5, *infra*), 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 é aplicável tanto em face de um como de outro sujeito, por opção legislativa constituinte. Para estes 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.

Defensor da teoria eclética, 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, disso resulta 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 legislador,⁸⁸ 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 ponderação 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.⁸⁹

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 in-

⁸⁸ “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).

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 145 e seg.

terior da relação jurídica”.⁹⁰ Como decorrência da verificação da autonomia real naquela relação em análise judicial, poderá haver autonomia real em situações materialmente assimétricas, como no caso da relação de emprego, da contratação dos participantes com a emissora de televisão para participação em *reality shows*, assim como pode não haver autonomia real em relações abstratamente iguais, entre sujeitos originariamente equivalentes.

Na mesma linha de raciocínio, Wilson Steinmetz resume a sua doutrina com a tese de que a vinculação dos particulares a direitos fundamentais se materializa como 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 a Constituição e os direitos fundamentais, o Poder 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.⁹¹

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 privadas acabaria sempre em uma colisão de direito fundamental específico contra a liberdade e autonomia privada.

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 na máxima 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 direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

⁹⁰ Op. cit., p. 157.

⁹¹ Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 295-296.

[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.⁹²

Ao final diz que se trata de precedências provisórias e não de 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”.⁹³

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 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 corolário da teoria mista encontra-se superada a classificação estática de José Afonso da Silva, que divisava normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada.⁹⁴ 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 anota que a classificação estática quanto à eficácia não mais prevalece, porque:

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 ponde-

⁹² Op. cit., p. 224.

⁹³ Op. cit., p. 225.

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ração. 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).⁹⁵

E a teoria eclética ou mista é a mais adequada para manipulação dos direitos fundamentais trabalhistas, devendo o intérprete, quer jurista quer julgador, prestigiar a mediação legislativa e, apenas havendo omissão ou inconstitucionalidade, verificar a efetiva situação de autonomia real entre as partes da relação de emprego, sendo ilícito generalizar que sempre o empregado é o fraco e o empregador forte, posição adotada por Joselita Nepomuceno Borba e Andréa Presas Rocha (v. tópico 3.3.7.3, *infra*).

3.3.7.5 *Posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal*

Nos primeiros julgamentos do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, não houve a preocupação de desenvolver uma doutrina mais aprofundada. Restringiu-se a analisar alguns casos concretos, bem esporádicos, nos quais adotou implicitamente a teoria da eficácia imediata, mas mesmo assim 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 nº 201.819, que a Corte debruçou 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 de aplicação direta e imediata às relações privadas.

Para demonstrar a evolução da posição do STF, faremos um breve inventário das suas primeiras decisões, até chegar ao precedente mais recente e analítico.

No julgamento do RE nº 158.215,⁹⁶ 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

⁹⁵ Moreira, *A teoria das restrições dos direitos fundamentais*, p. 91.

⁹⁶ STF – 2ª Turma – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 7-6-1996.

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 (direito civil), relacionado à obediência do estatuto.

Já no julgamento do RE 161.243,⁹⁷ 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 um trabalhador brasileiro.

A ementa do acórdão está assim redigida:

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 nesse segundo caso seja correta, a fundamentação foi objeto de crítica de Virgílio Afonso da Silva,⁹⁸ para quem a tendência generalizante, 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.

O julgamento no qual o Tribunal adotou expressamente a tese da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, fundamentando racionalmente a sua tomada de posição, foi no RE nº 201.819,⁹⁹ quando foi levada à Suprema Corte a mesma situação fática que trouxe o tema ao Tribunal em 1996,

⁹⁷ STF – 2ª Turma – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 19-12-1997.

⁹⁸ Silva, op. cit., p. 94.

⁹⁹ STF – 2ª Turma – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 27-10-2006.

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 todos atendidos, com a composição da comissão especial 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, flertando com a doutrina americana do *state action*, que a associação civil, embora com personalidade jurídica de direito privado, exerce atividade essencial de cobrança 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, ampla defesa e 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 aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados com estatura constitucional.

O precedente do Tribunal pode, ao menos, ser invocado para as relações entre particulares em que um deles ocupa uma função de relevância “quase” pública, como nos casos das concessionárias de serviço público, por exemplo.

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 jurisprudencial sobre o tema aqui entre nós, lançando luzes, conforme profetizamos, 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.

3.3.7.6 *Posição adotada pela jurisprudência trabalhista*

A prática judicial trabalhista não é diversa da primeira fase de julgamentos do Supremo Tribunal Federal, seja pela escassez de decisões a respeito do tema, seja pela ausência de fundamentação analítica. Dois casos recentes servem de objeto para o debate quanto ao ponto. Ambos indicam pela adoção da tese da eficácia direta e aplicabilidade imediata, com características generalizantes, criticada por Virgílio Afonso da Silva quanto às primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal.

A primeira delas, uma decisão do TRT da 2ª Região,¹⁰⁰ aplicou diretamente direitos fundamentais dos trabalhadores para obstar dispensa em massa na empresa Amsted Maxion Fundição. No citado caso, o empregador resolveu dispensar diversos trabalhadores em razão da crise financeira mundial, para tanto argumentando que o direito de dispensa sem justa causa é um direito potestativo dos empregadores, eis que a garantia de emprego do inciso I do artigo 7º da Constituição não foi regulamentada e não é autoaplicável.

Muito embora a regra do inciso I do artigo 7º da CF/88 ainda não tenha sido objeto de regulamentação, os magistrados trabalhistas de São Paulo entenderam que os princípios jurídicos de proteção dos empregados poderiam ser aplicados diretamente da Constituição, dispensando a intermediação legislativa regulamentadora. Não fizeram o exercício de ponderação a partir da colisão com princípios que garantem direitos aos empregadores. Aplicaram os princípios de proteção aos operários de forma absoluta, na modelo juspositivista do “tudo-ou-nada”, sem considerar as circunstâncias do caso concreto. Foram além, para, verdadeiramente legislando, criar critérios escalonados de dispensa em massa de trabalhadores, com detalhamento digno do direito positivo.

Assim ficou redigida a ementa do acórdão:

DESPEDIDA EM MASSA. NULIDADE. NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. GREVE DECLARADA LEGAL E NÃO ABUSIVA. Da greve. Legalidade. 1. A greve é maneira legítima de resistência às demissões unilaterais em massa, vocacionadas a exigir o direito de informação da causa do ato demissivo massivo e o direito de negociação coletiva. Aplicável no caso os princípios da solução pacífica das controvérsias, preâmbulo da CF; bem como, art. 5º, inciso XIV, art. 7º, XXVI, art. 8º, III e VI, CF, e Recomendação 163 da OIT, diante das demissões feitas de inopino, sem buscar soluções conjuntas e negociadas com Sindicato. Da despedida em mas-

¹⁰⁰ Processo 20281.2008.000.02.00-1 – Relª. Desª. Ivani Contini Bramante – DOE 15-1-2009.

sa. Nulidade. Necessidade de procedimentalização. 1. No ordenamento jurídico nacional a despedida individual é regida pelo Direito Individual do Trabalho, e assim, comporta a denúncia vazia, ou seja, a empresa não está obrigada a motivar e justificar a dispensa, basta dispensar, homologar a rescisão e pagar as verbas rescisórias. 2. Quanto à despedida coletiva é fato coletivo regido por princípios e regras do Direito Coletivo do Trabalho, material e processual. 3. O direito coletivo do trabalho vem vocacionado por normas de ordem pública relativa com regras de procedimentalização. Assim, a despedida coletiva, não é proibida, mas está sujeita ao procedimento de negociação coletiva. Portanto, deve ser justificada, apoiada em motivos comprovados, de natureza técnica e econômicos e ainda, deve ser bilateral, precedida de negociação coletiva com o Sindicato, mediante adoção de critérios objetivos. 4. É o que se extrai da interpretação sistemática da Carta Federal e da aplicação das Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil e dos princípios Internacionais constante de Tratados e Convenções Internacionais, que embora não ratificados, têm força principiológica, máxime nas hipóteses em que o Brasil participa como membro do organismo internacional como é o caso da OIT. Aplicável na solução da lide coletiva os princípios: da solução pacífica das controvérsias previsto no preâmbulo da Carta Federal; da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, e da função social da empresa, encravados nos artigos 1º, III e IV e 170 “caput” e inciso III da CF; da democracia na relação trabalho-capital e da negociação coletiva para solução dos conflitos coletivos, conforme previsão dos arts. 7º, XXVI, 8º, III e VI e artigos 10 e 11 da CF bem como previsão nas Convenções Internacionais da OIT, ratificadas pelo Brasil nºs: 98, 135 e 154. Aplicável ainda o princípio do direito à informação previsto na Recomendação 163, da OIT, e no artigo 5º, XIV, da CF. 5. Nesse passo deve ser declarada nula a dispensa em massa, devendo a empresa observar o procedimento de negociação coletiva, com medidas progressivas de dispensa e fundado em critérios objetivos e de menor impacto social, quais sejam: 1º – abertura de PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA; 2º – remanejamento de empregados para as outras plantas do grupo econômico; 3º – redução de jornada e de salário; 4º – suspensão do contrato de trabalho com capacitação e requalificação profissional na forma da lei; 5º – e por último mediante negociação, caso inevitável, que a despedida dos remanescentes seja distribuída no tempo, de modo a minimizar os impactos sociais, devendo atingir preferencialmente os trabalhadores em vias de aposentação e os que detém menores encargos familiares.

Essa mesma posição foi defendida por centenas de magistrados do trabalho reunidos na 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho.¹⁰¹

¹⁰¹ DIREITOS FUNDAMENTAIS – FORÇA NORMATIVA. I – ART. 7º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva

No mesmo contexto socioeconômico de crise mundial, houve dispensa em massa de empregados da Embraer, ficando a matéria afeta ao julgamento do TRT da 15ª Região.¹⁰² Referido tribunal, ao contrário de seu congênere de São Paulo, declarou a abusividade da dispensa em massa sem tratativas de negociação, mas não avançou para reconhecer a nulidade da dispensa e determinar a reintegração dos trabalhadores; apenas condenou a EMBRAER a pagar indenizações, por violação à boa-fé objetiva.

A decisão ficou assim ementada:

CRISE ECONÔMICA – DEMISSÃO EM MASSA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA – ABUSIVIDADE – COMPENSAÇÃO FINANCEIRA – PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto sócio-econômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua de legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Europeia (Directiva 98/59), Argentina (Ley nº 24.013/91), Espanha (Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995), França (Lei do Trabalho de 1995), Itália (Lei nº 223/91), México (Ley Federal del Trabajo de 1970, cf. texto vigente – última reforma foi publicada no DOF de 17/01/2006) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc.

proteção contra a dispensa arbitrária. II – DISPENSA ABUSIVA DO EMPREGADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. NULIDADE. Ainda que o empregado não seja estável, deve ser declarada abusiva e, portanto, nula a sua dispensa quando implique a violação de algum direito fundamental, devendo ser assegurada prioritariamente a reintegração do trabalhador. III – LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. ÔNUS DA PROVA. Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita (Enunciado nº 2).

¹⁰² TRT 15ª Região – 00309.2009.000.015.00-4 – Rel. Des. José Antonio Pancotti – *DOESP* 30-3-2009.

No caso, a EMBRAER efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros, acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva – o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente.

Em nossa opinião, os magistrados de Campinas ponderaram os princípios em colisão para concluir, proporcionalmente, que, inobstante não haja impedimento para a dispensa em massa *de lege lata*, o procedimento utilizado não era o mais adequado, à luz dos direitos fundamentais previstos na Constituição, pelo que cometeu ato ilícito a empregadora (artigo 187 do CC/2002, por abuso de direito) e, por corolário, deve indenizar os trabalhadores. Invocaram a incidência dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana dos trabalhadores e da liberdade de iniciativa de forma direta e imediata. A solução foi diversa daquela do Tribunal de São Paulo porque aqui houve ponderação, lá aplicação absoluta dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

O TRT da 15ª Região não absolutizou os direitos fundamentais dos obreiros, mas os aplicou ao litígio, conforme todas as circunstâncias do caso concreto. Dentro do método pós-positivista, com citações de Dworkin e Robert Alexy no corpo do acórdão, ponderaram os direitos de liberdade e da livre iniciativa da empregadora, validando as dispensas e respeitando o equilíbrio financeiro, mas também homenagearam os direitos dos trabalhadores, garantindo-lhes uma indenização por ato ilícito (abuso de direito).

Em nosso sentir, embora ambos os julgados trabalhistas tenham invocado direitos fundamentais de forma direta e imediata, a primeira decisão recolheu a tese do pós-positivismo quanto à força normativa dos princípios, contudo quando da aplicação utilizaram de ferramentas juspositivistas, restritas à aplicação de regras jurídicas, entre elas a subsunção. Não reconheceu a existência de direitos constitucionais, com a forma de princípios, que também fomentam direitos do empregador, cuja solução do caso concreto recomendava uma ponderação.

As primeiras decisões demonstram um panorama alvissareiro para o futuro dos direitos sociais trabalhistas no país, contudo ainda precisando de um refinamento teórico, notadamente a completa adoção do modelo pós-positivista e as suas premissas metodológicas, entre as quais a consideração das circunstâncias dos casos concretos.

3.4 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

O princípio em estudo foi gerado pelas discussões constitucionais modernas enquanto um dos efeitos da eficácia negativa dos direitos fundamentais. Como já visto em tópicos anteriores, os direitos fundamentais possuem eficácia positiva, exigindo uma posição ativa do Estado na implementação da pauta constituinte, bem como a eficácia negativa, enquanto proibições de intromissões ou revogações estatais indevidas.

Significa dizer que quando o constituinte transfere ao legislador a tarefa de mediar e a necessidade de implementação de direito fundamental, dirigindo a atividade legislativa, comete omissão constitucional o legislador que não cumpre essa tarefa, cuja violação é reprimida pelo Judiciário com a ação de inconstitucionalidade por omissão e pelo mandado de injunção. Diverso é quando o legislador ordinário regula e efetiva os direitos fundamentais, porém, de acordo com a vontade legislativa posterior, revoga a regulação anterior, retornando ao estado de omissão originário. O princípio da vedação do retrocesso social atua nesta última situação, evitando a revogação das mediações já efetivadas legislativamente. Em ambos os casos, haverá inconstitucionalidade.¹⁰³

São pressupostos para a indução desse princípio que a Constituição garanta a efetividade dos direitos fundamentais e também adote o compromisso de progressiva ampliação desses direitos, ambos os pressupostos existentes na Constituição de 1988 (artigos 5º, §§ 1º e 2º, e 7º, *caput*), tornando possível o seu reconhecimento entre nós.

O principal inconveniente da proibição do retrocesso é a limitação da tarefa legislativa infraconstitucional, obstando as adaptações ideológicas, filosóficas e políticas da sociedade em momento futuro. O perigo de se abraçar a vedação do retrocesso de modo inflexível é que parte da legislação ordinária ficará “petrificada”, convertida por interpretação em cláusula pétrea, insuscetível de modulação e ganhando *status* maior que diversos dispositivos do próprio corpo da Constituição.

¹⁰³ Por exemplo, haverá retrocesso inconstitucional se o legislador ordinário revogar o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990), deixando praticamente sem eficácia o artigo 5º, XXXII, da CF/88.

A se reconhecer o princípio da vedação do retrocesso como um mecanismo do modelo pós-positivista – flexível, adaptável e ponderável com outros princípios –, ele cumprirá importante função na dogmática dos direitos fundamentais. Preservará uma pauta constitucional mínima, criando moldura à atuação legislativa, mas possibilitará ao legislador futuro adaptações e revisões das modulações dos direitos fundamentais. E isso se dará reconhecendo que viola o princípio da proibição do retrocesso a revogação de uma legislação implementadora de direitos fundamentais, mas não o violará a sua substituição por outra legislação, por uma nova conformação momentânea dos direitos que atenda minimamente a pauta constituinte.

Aprofundando, a proibição do retrocesso social teve origem na dogmática e na experiência da Corte Constitucional portuguesa, para quem a segurança jurídica é um dos principais objetivos do Direito, bem por isso é consagrada nas mais diversas constituições e tratados internacionais. A segurança jurídica engloba as garantias do devido processo legal, da legalidade, do respeito à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e os direitos adquiridos, as restrições em matéria penal, entre tantas outras. Poder-se-ia resumir que a segurança é um princípio fundamental do Estado de Direito, sendo sua nota diferenciadora em relação aos Estados de exceção.

Os autores portugueses divisaram a sua atuação em duas vertentes, quais sejam, as ideias da proteção da confiança e também a proibição do retrocesso social.¹⁰⁴ A primeira radica no respeito às situações jurídicas já consolidadas, na confiabilidade, racionalidade e transparência dos atos, quer públicos quer privados, de sorte a dar segurança para todos quanto aos efeitos de seus próprios atos.¹⁰⁵ A situação jurídica consolidada não pode ser revista por legislações futuras com efeitos retroativos, como não pode ser livremente alterada quando já criada nos destinatários uma confiança de que seus efeitos se realizariam. Um exemplo desta última são os regimes legais de aposentadoria. Aqueles que já atenderam todos os requisitos para a jubilação possuem direito adquirido, mas aqueles que faltam atender apenas alguns anos para o requisito tempo de contribuição não podem ter frustrada a expectativa criada pela própria lei de que se aposentariam em poucos anos, por isso, neste último caso, a necessidade de se reconhecer fórmulas intermediárias, mecanismos diferenciados de contagem do tempo, regras

¹⁰⁴ Por todos: Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 338-340.

¹⁰⁵ Não é por outra razão que o princípio constitucional da proteção da confiança deu azo à criação do princípio da boa-fé objetiva no direito privado (artigo 422 do Código Civil de 2002), com as suas espécies do *venire contra factum proprium, tuo quoque*, proibição de alegação da própria torpeza e renúncia tácita. V. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

de transição, respeitando a confiança gerada naqueles que ainda não possuem a proteção jurídica do direito adquirido, mas que também não se encontram disponíveis livremente às mudanças legislativas prejudiciais.

A segurança jurídica exige a continuidade do Direito, da ordem jurídica posta, mas na sua vertente subjetiva garante a proteção da confiança nessa estabilidade.

Enquanto a proteção da confiança atua na segurança jurídica das situações já consolidadas ou em vias de se consolidar, de outro giro e com efeitos prospectivos, a proibição ou vedação do retrocesso atua nas situações para o futuro, criando limites ao poder público de restringir, mesmo que com efeitos *ex nunc*, direitos sociais efetivados. Seria o caso de se revogar o regime legal de aposentadoria apenas para aqueles novos trabalhadores a serem admitidos após o início de vigência da nova legislação, deixando sem regulação o disposto no artigo 201 da Constituição. A revogação da legislação que regulamenta o regime previdenciário, ainda que respeitasse os direitos adquiridos e a proteção da confiança daqueles já admitidos no regime, encontraria óbice do princípio da vedação do retrocesso social.

Gomes Canotilho leciona com precisão:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efetivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.¹⁰⁶

Como se vê, o princípio da vedação do retrocesso social está intimamente ligado à ideia das restrições aos direitos fundamentais, sendo um de seus balizamentos (“limites dos limites”), criando obstáculos intransponíveis sobre os quais o legislador, e em menor medida também o Executivo e o Judiciário, não consegue saltar.

Na trilha da doutrina lusa de vanguarda, o Tribunal Constitucional português, precursor na aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, em dois lapidares julgados o adotou para fundamentar as suas decisões. No primeiro deles (Acórdão nº 39 de 1984), o Tribunal entendeu que uma nova lei que havia revogado parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde impunha retrocesso social e, por isso, era inconstitucional, pois afrontava o artigo 64 da Constituição que garante o direito fundamental à saúde. Em seu voto, o Conselheiro Vital Moreira pontificou:

¹⁰⁶ Canotilho, op. cit., p. 320-321.

Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.

Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.¹⁰⁷

Em julgamento mais recente (Acórdão nº 509 de 2002), o Tribunal também entendeu ser inconstitucional uma nova lei que excluiu os jovens entre 18 e 25 anos da protecção dada pela lei do benefício do rendimento mínimo de inserção, mesmo tendo a legislação fustigada resguardado os direitos adquiridos.

Recepcionando a experiência lusitana entre nós – mormente porque também decorre de opção da nossa Constituição –, anota Ingo Wolfgang Sarlet:

O que importa consignar, nesta quadra, é a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma protecção em face de atos de cunho retroactivo (isto, é claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas manifestações), mas também não dispensa – pelo menos é esta a tese que estaremos a sustentar – uma protecção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido “batizada” pela doutrina – entre outros termos utilizados – como proibição (ou vedação) de retrocesso e aproximamo-nos ainda mais do cerne do nosso estudo.¹⁰⁸

Encontra o princípio da vedação do retrocesso, além da referência ao dogma da segurança jurídica, duas outras manifestações explícitas em nossa Constituição.

¹⁰⁷ Acórdãos do Tribunal Constitucional, v. 3/95-131, p. 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa.

¹⁰⁸ Sarlet, *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*, p. 18.

A primeira delas é a do § 2º do artigo 5º, quando o constituinte originário garante todos os direitos dos diversos incisos, porém “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, ou seja, quer-se agregar novos direitos fundamentais, mas não se admite o retrocesso daqueles já efetivados (artigo 60, § 4º, IV). A Constituição funciona como um catálogo mínimo de direitos fundamentais, mas ela própria criou um mecanismo de cláusula de recepção de outros direitos, de tratados internacionais ou da atividade constitucional derivada, a densificar o rol dos direitos fundamentais.

Especialmente no Direito do Trabalho, o constituinte estabeleceu no *caput* do artigo 7º que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social”, também garantindo um patamar mínimo aos trabalhadores, porém incentivando o constituinte derivado, bem assim o legislador, a implementar novos direitos, vedando o retrocesso quanto aos que já estão postos na ordem jurídica. Seria inconstitucional uma revogação, sem mecanismos alternativos de compensação, da nova Lei nº 12.506 de 2011, que implementou a proporcionalidade do aviso prévio, atendendo a pauta constituinte do artigo 7º, XXI, da Constituição.

Importante ressaltar que o princípio da vedação do retrocesso social impõe limites à atividade legislativa corrosiva dos direitos fundamentais, mas não se aplica quanto às demais questões legislativas. Dito de outro modo, não há falar em vedação do retrocesso social quando, por conveniência política, algumas leis são revogadas ou alteradas, mesmo quando a situação fática tenda a prejudicar o cidadão, desde que não afete diretamente seus direitos fundamentais. Por esse motivo que Ingo Sarlet intitulou a vedação do retrocesso de “eficácia protetiva” dos direitos fundamentais.¹⁰⁹

Como um princípio (ao contrário das regras que se aplicam no modelo “tudo ou nada”), a vedação do retrocesso não é absoluta, em razão disso comporta aplicação por ponderação, na maior medida possível. O que a vedação do retrocesso garante é o núcleo essencial dos direitos fundamentais já efetivados, na sua coincidência com a dignidade da pessoa humana, mas não veda o legislador de conformar os direitos às situações sociopolíticas de determinado momento social. Poderá, por exemplo, a lei do aviso prévio proporcional ser modificada, adaptada, aperfeiçoada, na exata medida em que continue respeitando o direito fundamental do artigo 7º, XXI, da Constituição.

A doutrina diz que esse núcleo dos direitos fundamentais que a vedação do retrocesso protege é aquele mínimo existencial para a vida digna do cidadão, contudo a ideia de mínimo existencial é volátil, alterando conforme cada momento

¹⁰⁹ Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 434 e seg.

político, social e econômico, principalmente quanto a este último em Estados em via de desenvolvimento como é o Brasil – aqui está também a noção de “reserva do possível”, na medida em que a arrecadação efetiva do Estado, no mais das vezes, não é suficiente para ofertar toda aquela gama completa de direitos fundamentais sociais que a Carta enuncia.¹¹⁰

E nesse particular que radica também a proporcionalidade, utilizando-a para a definição de qual o mínimo existencial naquela dada situação concreta, bem como se o direito fundamental exigível encontra-se dentro da noção de “reserva do possível”. É o caso de Estados ricos e desenvolvidos que em momento de crise aguda resolvem, por meio de alterações legislativas, restringir direitos fundamentais já implementados. Não é que, como já referido, a vedação do retrocesso proíba qualquer tipo de restrição, mas a restrição deve ser proporcional e não afetar o núcleo essencial (mínimo existencial).

Ingo Wolfgang Sarlet defende que o reconhecimento de um princípio da proibição de retrocesso não pode resultar numa vedação absoluta de qualquer medida que tenha por objeto a promoção de ajustes, eventualmente até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social, onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto.¹¹¹

Exemplo da adoção expressa do princípio da proibição de retrocesso social se dá no artigo 13 da Constituição da Turquia:

Direitos e liberdades fundamentais podem ser restringidos pela lei, em conformidade com a letra e o espírito da Constituição, objetivando salvaguardar a integridade indivisível do Estado com seu território e nação, soberania nacional, a República, segurança nacional, ordem pública, paz geral, interesse público, moral e saúde pública, e também por razões específicas dispostas nos artigos da Constituição. As restrições de direitos fundamentais e liberdades não podem entrar em conflito com os requerimentos da ordem democrática da sociedade e não deverão ser impostas para nenhum objetivo que não aqueles para os quais foram prescritas.

Na experiência do Supremo Tribunal Federal existem algumas manifestações expressas quanto ao princípio em estudo,¹¹² sendo mais paradigmático o julgamento do Mandado de Segurança nº 24.875 de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Em seu voto, o Ministro Celso de Mello fundamentou-se nos seguintes termos:

¹¹⁰ Sobre o tema da: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹¹¹ Sarlet, *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*, p. 39.

¹¹² ADI 3105 – Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso – DJ 18-2-2005, ADI 3.128 – Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso – DJ 18-2-2005 e ADI 3.104 – Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia – DJ 9-11-2007.

Registro, de outro lado, que tenho igualmente presente, no exame desta controvérsia constitucional, o postulado da proibição de retrocesso social, cuja eficácia impede – considerada a sua própria razão de ser – sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão, que não pode ser despojado, por isso mesmo, em matéria de direitos sociais, no plano das liberdades reais, dos níveis positivos de concretização por ele já atingidos, consoante assinala (e adverte) autorizado magistério doutrinário [...].

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Ainda incipiente, há na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho¹¹³ e na doutrina trabalhista¹¹⁴ manifestações quanto ao princípio da proibição do retrocesso. Em relação ao julgado referido, colhemos a seguinte manifestação:

A Convenção Coletiva de Trabalho é o instrumento pelo qual os sindicatos dos empregadores e dos empregados negociam novas e melhores condições de trabalho, levando a efeito o primado da autodeterminação coletiva e da liberdade de negociação.

Contudo, essa negociação encontra limites nos princípios que regem o Direito do Trabalho. Seja pelo princípio protetivo, da condição mais benéfica ao trabalhador, seja pelo princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas ou mesmo pelo princípio da proibição do retrocesso, não se pode admitir que uma negociação coletiva, sob o pretexto de flexibilizar as normas trabalhistas, suprima direitos e conquistas, hoje assegurados.

Embora ainda incipiente a discussão no Direito do Trabalho, pelo que visto da doutrina e da jurisprudência atual, não há admissão das restrições expressamente autorizadas pela Constituição, muito menos das implicitamente autorizadas. Apenas as restrições expressamente estatuídas são admitidas. O que há é a absolutização

¹¹³ TST – 5ª Turma – RR-1008/2006-301-04-00.6 – Rel. Min. Emmanoel Pereira – DJ 4-4-2008.

¹¹⁴ Diretriz que se verifica na doutrina trabalhista de Jorge Pinheiro Castelo: “Repita-se, mais uma vez, o *caput* do art. 7º da CF, ao estabelecer que ‘são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social’, fixa dois princípios constitucionais fundamentais do direito do trabalho. Primeiro, ao estabelecer no plano constitucional o objetivo do direito laboral como da busca da melhoria da condição social, fixa a proibição do retrocesso social, especialmente por norma infraconstitucional. Segundo, eleva para o nível constitucional a garantia da norma mais favorável” (*O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade*, p. 283).

dos princípios trabalhistas, de modo que Pinheiro Castelo defende que sequer o legislador pode realizar alguma restrição.¹¹⁵ Não chega a enfrentar o tema da proteção do núcleo essencial dos direitos. Devido à matriz socializante, os autores não admitem sequer o debate quanto aos limites da conformação legislativa ordinária ou negociada.¹¹⁶

3.5 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: A NOSSA TESE

A unificação do sistema jurídico a partir da doutrina de Hans 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 o (2) estritamente material.¹¹⁷ 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,

¹¹⁵ “Portanto, a exceção ao princípio da norma mais favorável contida na previsão constitucional só poderia ser prevista como norma constitucional e ainda assim não de caráter genérico, mas específico, sob pena de sofrer de inconstitucionalidade, em face do *caput* do art. 7º da CF” (Op. cit., p. 283).

¹¹⁶ Calha a advertência de Luís Roberto Barroso: “A Constituição desempenha dois grandes papéis na sociedade: preservar consensos mínimos e organizar o espaço de decisão política, mantendo desobstruídos os canais de deliberação democrática. Os direitos fundamentais sociais garantem aos indivíduos condições materiais para uma existência digna, sendo esse um fim em si mesmo e também um pressuposto para a participação esclarecida no espaço público. Toda ação estatal que atente contra tal objetivo será, em princípio, inconstitucional. Por outro lado, não se pode retirar das maiorias de cada momento a possibilidade de repensar o tamanho do Estado e de suas obrigações para com a sociedade. O equilíbrio entre esses dois polos é essencialmente dinâmico e seria inútil e antidemocrático pretender congelar a discussão artificialmente. É nesse contexto que deve ser pensada a vedação do retrocesso” (Prefácio da obra DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007).

¹¹⁷ Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 578-584.

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 o signo 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 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.¹¹⁸

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

¹¹⁸ Para maiores aprofundamento ver: VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 110-136.

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 traz 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 contratar 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 deôntica, 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 deônticas 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:

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 havia condutas obrigadas ao Estado, direitos prestacionais, 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.

Raciocinar nesse sentido é assemelhar-se à fábula do elefante que, depois de adulto, não rompia a estaca que o prendia ao chão, limitado psicologicamente em razão da época da sua infância em que a estaca e a corda eram fortes o suficiente para lhe deter.

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 único 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 atual admitem-se como constitucionais diversas leis editadas sob o pálio neoliberal, que, ao fim e ao cabo, 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 havendo inconstitucionalidade, ausente a proporcionalidade entre o direito fundamental e a restrição imposta pelo legislador, é que o Judiciário poderá deixar de aplicar a regra de direito do trabalho e aplicará diretamente a Constituição.¹¹⁹ Outros direitos, que pela sua natureza jurídica são diretamente aplicáveis às relações privadas, o serão sem mediação legislativa, como o direito a vida privada, intimidade, honra dos trabalhadores e do empregador etc.

Se o legislador não fizer a modulação, criando regra jurídica ordinária que será o resultado da ponderação legislativa, incumbirá 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.¹²⁰

Entre os critérios a serem invocados nas situações de colisão de direitos nas relações privadas está o princípio da proporcionalidade, com sua três sub-regras, e as condições fáticas daquela relação em específico. Verificar, contextualizada-

¹¹⁹ 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 ideia de justiça.” Para ela, que demonstra compromisso com a vertente social, o “justo” seria sempre a proteção do trabalhador (*A constitucionalização do Direito do Trabalho*, p. 34).

¹²⁰ Ubillos, op. cit., p. 322.

mente, 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 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 híbridas e fundamentadas, acreditando estar protegendo o hipossuficiente.¹²¹

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.¹²²

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.”

¹²¹ Exemplo típico e exposto dessa incompreensão manifestou o Tribunal Superior do Trabalho quanto ao princípio da irrenunciabilidade: “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^a. Min^a. Maria Cristina Peduzzi – DJ 29-2-2008).

¹²² Sarmiento, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*, p. 277-278.

Já na lógica do direito privado, o fraco é aquele que sofre de uma desigualdade fática, mas essa desigualdade fática pode ter 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.¹²³

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins aprofundam: “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”.¹²⁴

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 empresas e 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 mesmo 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 das condições de trabalho – quer pela especialidade das exigências da função – o que acontece, por exemplo, com os grandes jogadores do futebol profissional.¹²⁵

Na doutrina trabalhista brasileira, Renato Rua de Almeida, também defensor da precedência abstrata dos direitos dos trabalhadores nos casos de colisão, diz,

¹²³ Silva, *A constitucionalização do direito*, p. 74.

¹²⁴ Dimoulis e Martins, *op. cit.*, p. 110.

¹²⁵ Caupers, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, p. 173.

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”.¹²⁶

Retomando a leitura lógico-deôntica para enfrentar problemas trabalhistas, fixamos que os contratos de trabalho, enquanto modalidades de relações jurídicas, têm os seus sujeitos de direito, as ações ou omissões (obrigatórias, proibidas ou permitidas) e as sanções ou consequências em caso de violações, elementos regradados diretamente pela Constituição, tratados internacionais, legislação ordinária, normas coletivas e pelos contratos individuais. Isso quer significar que há cláusulas contratuais que são inferidas, “pré-contratadas” por imposição legislativa, decorrentes da incidência imediata das obrigações ou 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 grupo. A violação dessa ordenação gera direito subjetivo ao empregado a 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.¹²⁷

¹²⁶ Almeida, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho*, p. 148.

¹²⁷ 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.

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.¹²⁸ Em diversas situações excepcionais, o direito da livre manifestação poderá 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 ampla defesa nas dispensas por justa causa nas empresas concessionárias de serviço público, incidindo diretamente os direitos fundamentais, ainda que não previstos em regulamento interno ou estatuto empresarial, na linha do que decidiu o STF no RE nº 201.819 já citado.

As hipóteses seriam diversas, conforme cada direito fundamental que vincule os particulares e lhes imponha 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 especial determinar, mas não afasta a regulação pelas normas 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.¹²⁹

¹²⁸ 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.”

¹²⁹ 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 merecedores 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” (Abrantes, *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, p. 200-201).

4

Considerações sobre o Direito do Trabalho

4.1 FORMAÇÃO HISTÓRICA E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

O trabalho sempre fez parte da realidade dos povos, desde as primeiras civilizações, eis que “toda energia humana, física ou intelectual, empregada com um fim produtivo, constitui trabalho”.¹ O trabalho humano sofreu ao longo dos tempos diversas modificações em sua forma de realização, passando, ainda na antiguidade,² pelo extrativismo de subsistência, escravidão, servidão, trabalhos de artífices e artesãos, até a locação de trabalho livre; entretanto, nenhuma dessas modalidades era regrada, autonomamente, por um direito especializado.

Em Roma, as modalidades de trabalho dos escravos, dos artesãos e dos homens livres eram reguladas pelo direito privado comum, com suas três formas de locação: (1) *locatio conductio rei* (locação de coisas); (2) *locatio conductio operis faciendi* (realização de obra, antecedente remoto do atual contrato de empreitada); e (3) *locatio conductio operarum* (locação de serviços ou de mão de obra). Nesta última modalidade, o trabalhador fazia a locação da sua energia laborativa em favor de um contratante, mediante contraprestação pecuniária, assemelhando-se, ainda que remotamente, ao trabalho livre atual. Diz-se remotamente porque o trabalho humano era equiparado à locação de coisas, identificando o trabalhador com um objeto, mercadoria pertencente ao comércio, ainda que o trabalho fosse

¹ Süsssekind, *Curso de direito do trabalho*, p. 3.

² Cf. Süsssekind, *op. cit.*, p. 5, embora excepcional, desde a antiguidade o trabalho livre em benefício de terceiros já era praticado e regulado genericamente pelo Código de Hammurabi, na Babilônia, no século XXI, a.C., avançando até o direito romano.

formalmente livre. Enquanto os escravos eram inseridos na modalidade *locatio conductio rei*, equiparados a coisas, os recém-libertos eram contratados nas modalidades *locatio conductio operis faciendi* e *locatio conductio operarum*, na maioria das vezes prestando serviços em benefício dos seus antigos senhores, motivo pelo qual é bastante tênue a linha divisória entre o trabalho escravo e o trabalho livre romano. O conceito atual de liberdade do trabalhador é incompatível com a figura da locação de serviços romana, pois os libertos despojavam-se de parcela de sua liberdade quando contratavam a locação de obra ou de serviços, bem por isso a referência romanista se presta mais como antecedente histórico remoto do que marco legislativo da relação de trabalho livre e subordinado que conhecemos hoje.

Na Idade Média, as formas de realização do trabalho humano confinaram-se, basicamente, em duas categorias: o sistema de servidão feudal e as corporações de ofício. A primeira correspondia à vinculação dos servos aos senhores feudais, havendo a obrigação de cultivo das terras em benefício de algumas partes da produção.³ Já as corporações de ofício tinham estrutura hierarquizada, patriarcal, nas quais um grupo de aprendizes vinculava-se a um mestre com o escopo do desenvolvimento de um ofício ou profissão. Entre uns e outros havia os companheiros, aprendizes com experiência no ofício e que já desenvolviam suas atividades sem orientação direta.

Tanto em uma quanto em outra modalidade de trabalho na Idade Média, não havia regulação legal. Nos feudos o direito confundia-se com a vontade dos senhores e nas corporações com a dos mestres. Como não havia Estados centrais e soberanos, cada senhor feudal legislava, executada e julgava os servos que estavam sob sua dependência. As corporações tinham, também, a congregação dos poderes clássicos do Estado, na medida em que legislavam por intermédio de seus estatutos, onde constavam alguns direitos dos aprendizes e companheiros, executavam o estatuto pela atuação dos mestres e julgavam todas as violações estatutárias por intermédio das deliberações dos jurados. Cada corporação tinha o monopólio de produção de um bem de consumo específico, sendo vedado a qualquer do povo exercer o ofício que não por meio das corporações específicas, vinculando-se a ela na condição inicial de aprendiz, não se falando, em essência, em ampla liberdade de trabalho, muito menos na existência de legislação estatal para reger as relações de trabalhado na Idade Média.

Já na modernidade, o início do desenvolvimento do comércio, o declínio do sistema feudal, o nascimento das monarquias absolutistas e, principalmente, a

³ Alguns autores, como Manuel Alonso Garcia, defendem que não havia diferença substancial entre os regimes de escravidão e servidão. Enquanto aqueles eram enquadrados como coisas, mercadorias, na servidão os servos vinculavam-se à terra, seguindo o destino desta, embora formalmente livres. (*Curso de derecho del trabajo*. 8. ed. Barcelona: Ariel, 1982. p. 14).

filosofia liberal, que via nas corporações de ofício um obstáculo ao livre desenvolvimento da atividade econômica, romperam com as duas modalidades clássicas de trabalho da Idade Média. Os servos se deslocaram para as cidades que começavam a surgir, na busca de labor nas manufaturas monopolistas, fato que gerou acúmulo de mão de obra no setor secundário da economia. As manufaturas recebiam autorização real para o exercício de específico ramo de atividade, podendo dispor, absolutamente, quanto à remuneração a ser paga aos seus trabalhadores e alguns outros direitos. Não havia margem alguma de negociação. Até para deixar de prestar serviço às manufaturas, rompendo o vínculo, os operários deveriam obter autorização direta dos proprietários.

Paralelamente às manufaturas monopolistas, algumas corporações de ofício ainda funcionavam, se bem que bastante enfraquecidas pela concorrência produtiva com as manufaturas, sendo legalmente extintas décadas depois.

A invenção da máquina a vapor por James Watt em 1755 deu início, ainda na Inglaterra, à revolução industrial, em sua primeira fase, possibilitando a criação da grande indústria e a produção em escala, com maior acumulação do capital. A indústria rudimentar já havia iniciado antes, mas foi a máquina a vapor quem a potencializou.

Quanto mais se desenvolvia a indústria, na esteira do desenvolvimento do maquinismo (máquina a vapor, máquina de fiar, tear mecânico etc.), mais as condições de trabalho eram degradantes. As mulheres e crianças passaram a ter condições de operar as máquinas, na medida em que a força física masculina adulta passou a ser substituída pela força motriz, diminuindo, com a contratação daqueles, o custo da mão de obra, por corolário aumentando a massa de excluídos. O trabalho masculino adulto ficou confinado às atividades de mineração, nas quais as doenças do trabalho, como pneumonia e asma, alcançaram níveis alarmantes. Com a invenção do lampião a gás por William Murdock em 1792, o trabalho noturno passou a ser possível nas minas de carvão e nas indústrias têxteis, praticamente sem limitação de jornada.

Com a ampla liberdade de contratação e a regência pela legislação civil, de viés liberal, teve início a exploração institucionalizada dos trabalhadores, em razão da desigualdade de condições no momento da celebração contratual e a equidistância mantida pelo Estado; bem por isso, praticamente todas as teorias filosóficas da época tiveram o objetivo de buscar uma ordem social mais justa, de modo que já no século XIX, vivendo todos os agouros da primeira etapa da revolução industrial inglesa, na qual se verificou a ampliação do fosso entre ricos e pobres, ou proprietários dos meios de produção e proletariado, ganhou corpo o debate acerca da “questão social”.

Também era diretriz legal da época a impossibilidade dos trabalhadores de se associarem, o que poderia diminuir as diferenças fáticas no momento da nego-

ciação, inclusive as tentativas operárias de congregação para busca de melhores condições de trabalho foram sufocadas pela interveniência estatal. Era comum entre os países em processo de industrialização a criminalização das condutas operárias de reunião para reivindicações de condições de trabalho. A Lei Chapelier de 1791 previa que:

Art. 1º Sendo uma das bases fundamentais da Constituição francesa a abolição de toda classe de corporações de cidadãos do mesmo estado ou profissão, fica proibido restabelecê-las de fato, sob qualquer pretexto e com qualquer forma.

Art. 2º Os cidadãos do mesmo estado ou profissão, os empresários, os que têm estabelecimento aberto, os operários e oficiais de qualquer arte não poderão, quando se encontrem reunidos, nomear presidente nem secretário sindical, organizar registros, adotar ou deliberar, nem elaborar regulamentos sobre seus pretendidos interesses comuns.

Para Alice Monteiro de Barros, a lei francesa teve “um aspecto positivo e um aspecto negativo. O aspecto positivo foi a obtenção da liberdade de trabalho e o negativo, o impedimento da possibilidade de existência de qualquer órgão entre indivíduo e Estado, pois as associações foram vedadas”.⁴ A necessidade sociológica de congregação daqueles que estavam em iguais e degradantes condições de trabalho foi oficialmente proscrita pela atividade legislativa estatal.

A equidistância do Estado em relação aos contratos de trabalho foi efêmera, já que em 1802 foi editada a primeira lei que regulou a questão trabalhista: o *Peel's Act* inglês, restringindo a utilização da força de trabalho de menores e exigindo o respeito, principalmente, a requisitos de natureza sanitária no ambiente de trabalho.⁵

Na França, Napoleão instituiu os *Conseils de prud'hommes*, em 1806, como organismos destinados a solver discussões entre os operários e os industriais. Não

⁴ Barros, *Curso de direito do trabalho*, p. 57.

⁵ Comentando sobre a pioneira lei inglesa, Paul Mantoux anota: “Continha, em primeiro lugar, prescrições sanitárias. As paredes e os tetos das oficinas deviam ser branqueados com cal duas vezes ao ano. Cada oficina devia ter janelas bastante grandes para assegurar ventilação conveniente. Cada aprendiz devia receber duas vestimentas completas, renovadas à razão de uma por ano, ao menos. Dormitórios separados deviam acomodar os menores de sexos diferentes, com número de camas suficientes para que não fossem colocados nunca mais de dois menores em uma cama. As jornadas de trabalho nunca deviam ultrapassar de 12 horas, excluídos os intervalos de refeição. O trabalho não podia nunca prolongar-se após as 21 horas nem começar antes das 6 horas. A instrução era declarada obrigatória durante os primeiros quatro anos de aprendizagem: todos os aprendizes deviam aprender a ler, a escrever e a contar, sendo subtraído das horas de trabalho o tempo consagrado às lições diárias” (*La Revolución Industrial en el siglo XVIII*. Tradução de Juan Martin. Madrid: Aguilar, 1962. p. 468).

se falava ainda em Direito do Trabalho como ramo jurídico próprio, mas apenas existiam algumas leis a respeito do tema. Tratava-se de esforços pontuais para contenção da exploração das crianças e das mulheres (consideradas “meias-forças”) pelo modelo econômico capitalista, marcando a fase que os autores chamam de nascimento ou surgimento do Direito do Trabalho.

Nada obstante a criação de algumas poucas leis para regular as questões trabalhistas, os contratos de trabalho continuaram, na essência, sendo regrados pelo Código Civil, observando, com isso, as suas diretrizes básicas. Na França, o Código de Napoleão dizia que o contrato fazia lei entre as partes (artigo 1.134), apenas havendo rescisão em caso de mútua concordância ou quando a lei expressamente determine a sua invalidade (artigo 1.115). Referido código disciplinou as relações de trabalho dentro do gênero da locação de serviços, remontando ao direito romano, destinando apenas dois artigos especificamente ao tema. No primeiro dizia que os contratos de trabalho só poderiam obrigar por tempo determinado (para evitar um retorno à escravidão – contraposta ao ideal filosófico de liberdade do Iluminismo) e que as declarações dos empregadores quanto à matéria de salário mereceriam crédito.

Diversos códigos ocidentais seguiram a mesma diretriz, como o Código Civil italiano de 1865 que tratou do trabalho como locação de obra (artigo 1.570), o BGB alemão de 1896 que o regulamentou como prestação de serviços (§§ 618 e 619), imputando algumas garantias aos operários, não sendo por outra razão que o Código Civil brasileiro de 1916, embora historicamente desconectado dos avanços legislativos trabalhistas do final do século XIX, regulava o trabalho como locação de serviços, nos artigos 1.216 a 1.236, refletindo a influência liberal-burguesa imperante na Europa.

A diretriz metodológica legislativa era a de que os contratos de trabalho eram espécies de contratos civis, sujeitando-se, em linhas gerais, aos princípios, requisitos e especificidades dos códigos civis. As legislações especiais em matéria de trabalho aplicavam-se, pontualmente, subsidiariamente, à legislação privada ordinária e apenas naquilo que a legislação especial trazia de inovação, preservando a essência liberal nas contratações entre proprietários e trabalhadores.

O Direito do Trabalho é fruto do panorama histórico da revolução industrial, filho primogênito do capitalismo. E o é na medida em que com a ascensão do regime político liberal, insuflado pela filosofia individualista do Iluminismo, marcando a transição do modo artesanal de produção para o sistema capitalista, as corporações de ofício foram extintas (Édito de Turgot de 1776), as manufaturas enfraquecidas e os operários passaram a ser autônomos, gozando de liberdade para a realização de seu trabalho, desde que condicionado às exigências legais. A Lei Chapelier, na França, confirmou o que o Édito de Turgot já tinha feito anos antes,

com a extinção das corporações que ainda resistiam, consagrando a liberdade de trabalho. Eis o artigo 7º da lei francesa:

A partir de 1º de abril, todo homem é livre para dedicar-se ao trabalho, profissão, arte ou ofício que achar conveniente, porém estará obrigado a prover-se de uma licença, a pagar os impostos de acordo com as tarifas seguintes e a conformar-se com os regulamentos da polícia que existam ou que se expeçam no futuro.

Enquanto nos países industriais europeus as leis de proteção ao trabalhador livre se solidificavam durante o século XIX, ainda que não integrantes de um ramo jurídico autônomo, o Brasil convivia placidamente com o regime de escravidão, somente expurgado, formalmente, em 1888 com a Lei Áurea.

Foram fatores históricos, de origem social, econômica, jurídica e religiosa, que definitivamente deram impulso à legislação trabalhista, extremando-a do Direito Civil individualista, marcando a sua consagração como direito social autônomo.

O primeiro grande impacto contra a situação jurídica trabalhista da revolução industrial foi sentido em 1848, por meio do *Manifesto Comunista* de Marx e Engels, quando surgiu a doutrina da mais-valia, defendendo que é o trabalhador quem produz os lucros do industrial. Contudo, apenas parte desse incremento é repassada ao obreiro em forma de remuneração, na medida em que a diferença entre os valores que foram agregados à matéria-prima e aquele pago ao operário é que gera o lucro do capitalista, que apropriava-se indevidamente do trabalho alheio. A teoria socialista de Karl Marx⁶ contribuiu para a difusão da ideia de injustiça, pois aquele que produzia efetivamente o bem da vida era quem ficava com a menor parte dos rendimentos, institucionalizando a exploração de uma classe social por outra.

Paralelamente à doutrina marxista, Léon Duguit⁷ também passou a pregar a necessidade de uma revisão do sistema capitalista da época, que era centrado no ideário da propriedade privada, com viés individualista, decorrente da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e do Código de Napoleão de 1804, para que se alcançasse uma função social do sistema jurídico, voltado à promoção do cidadão como um ser em desenvolvimento. Difundiu a ideia de um conflito entre o Direito Civil (individualista) e os ideais do Direito do Trabalho (socialista); este último deveria ser desenvolvido como um contraponto e um ramo autônomo do Direito.

⁶ MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro Primeiro. Tradução de Reginaldo Sant'Ana. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. v. 1 e 2.

⁷ Em resumo de suas teses, DUGUIT, León. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris: Félix Alcan, 1920.

Mario de la Cueva, na linha do mestre francês alhures citado, diz:

A existência das relações entre o capital e o trabalho não depende da vontade de trabalhadores e patrões, mas tem um caráter de necessidade. O liberalismo considerou que sua regulamentação deveria ser deixada à vontade de cada trabalhador e patrão e por isso consignou no Código Napoleônico o princípio da autonomia da vontade. A injustiça e desigualdade social que esta pretensa autonomia da vontade produziu fizeram com que o Estado interviesse para garantir aos trabalhadores um mínimo de vida.⁸

O terceiro fator concomitante foi a intervenção da Igreja Católica, com a divulgação da encíclica papal de Leão XIII, *Rerum Novarum*, de 1891, a qual difundia a ideia de que dever-se-ia dar solução aos problemas da sociedade por meio de uma ordem social justa, focada no ideal cristão. Na manifestação, a Igreja conclamou o Estado a intervir com urgência nas relações de exploração dos operários.

Irany Ferrari retrata referida participação da Igreja Católica no momento de nascimento do Direito do Trabalho:

A Igreja sempre esteve vivamente empenhada nesta causa, vendo e estudando os direitos dos trabalhadores no vasto conjunto dos direitos humanos, com início na Encíclica *Rerum Novarum*, lançada sobre as bases do reerguimento moral e material do proletariado, como um verdadeiro Código da Doutrina Social da Igreja.

Daí por que João XXIII, em sua *Mater et Magistra* teve ensejo de proclamar que Leão XIII formulara uma síntese orgânica dos princípios, desenhando na *Rerum Novarum* uma síntese perfeita do catolicismo no campo econômico.

Essas duas Encíclicas são as vigas mestras do socialismo católico, guardadas as perspectivas do período de tempo em que foram editadas, porém, ambas tratando da necessidade da intervenção do Estado nas relações sociais.⁹

Complementando o impacto causado pela encíclica eclesiástica, em 1897 os professores Lujó Brentano, da Universidade de Leipzig, Alemanha, e Ernesto Mahaim, da Universidade de Liège, Bélgica, realizaram o Congresso Internacional de Legislação do Trabalho, em Bruxelas, em cujo evento reuniram-se professores, juristas, economistas, administradores, entre outros estudiosos envolvidos na questão trabalhista e de todas as vertentes ideológicas, cujo objetivo era a criação de uma associação privada. Na reunião seguinte, Paris, 1900, foi criada a Associação Internacional para a Proteção Legal dos Trabalhadores. Pode-se dizer que a entidade foi o germe para o surgimento da Organização Internacional do Trabalho em 1919, eis que,

⁸ Cueva, *Derecho mexicano del trabajo*, p. 222.

⁹ Ferrari, Nascimento e Martins Filho, *História do trabalho*, p. 27.

por intermédio daquela entidade, França e Itália celebraram o primeiro tratado de natureza bilateral para regular matéria trabalhista (Basileia, Suíça, 1909).

A junção dos quatro fatores expostos acima é que levou à confirmação das primeiras leis de proteção dos trabalhadores que havia surgido anos antes e fixou a necessidade de expansão da legislação especial, empolgadas pela ideia de que o proprietário era quem massacrava o operário e não lhe repassava o total daquilo que era seu por direito, colocando-o em situação de inferioridade e carente de proteção.

Para Arnaldo Süssekind, todos os citados fatores levaram “a intervenção do Estado para conciliar as liberdades individuais com os direitos sociais,”¹⁰ marcando a segunda fase do Direito do Trabalho, intitulada de fase da consolidação.

Assim como o direito interno dos países europeus, a internacionalização do Direito do Trabalho também se deveu a fatores capitalistas, pois a Alemanha teve intensa prática legislativa de proteção aos operários, por influência científico-ideológica dos germânicos Marx e Engels, com a criação de proteção previdenciária decorrente de acidente, doenças e idade, fatores que, por evidente, sobrecarregaram os proprietários com o aumento dos custos de produção. Esses mesmos industriais pressionaram o governante Guilherme II a internacionalizar os mesmos custos da produção, para que pudesse haver igualdade de concorrência no mercado externo que começava a se desenvolver. Foi por essa razão econômico-pragmática que foi realizada a Conferência de Berlim (1890) para fixação de regras internacionais mínimas de proteção aos direitos dos trabalhadores, expandindo-os para todos os países europeus industrializados. O objetivo implícito e real da reunião foi a expansão dos mesmos custos de produção, visando à concorrência internacional, muito embora o objetivo explícito e formal fosse a proteção dos trabalhadores.¹¹ De toda forma, os resultados foram positivos.

O Direito do Trabalho consolidou-se e ganhou autonomia definitiva com a Constituição mexicana de 1917, sendo a primeira no mundo a positivar direitos sociais dos trabalhadores em nível constitucional (hierarquia formal e material),¹²

¹⁰ Süssekind, op. cit., p. 27.

¹¹ Guardadas as pontuais diferenças, a mesma sistemática de raciocínio é retomada no século XXI, quando o comércio internacional, por intermédio das certificações, selos etc., têm exigido o cumprimento da legislação interna para admitir a exportação de determinados bens de consumo. O atendimento da legislação trabalhista, nesse caso, é apenas o meio para alcançar o objetivo que é a livre comercialização mundial. Os direitos trabalhistas não são o objeto imediato de preocupação, mas apenas remoto, sendo apenas condição necessária do empreendimento, mas não é a mais decisiva, assim como são o custo da matéria-prima, do maquinário e as rotinas de produção.

¹² Mario de la Cueva, em comentário à Constituição mexicana, leciona que: “Não queremos afirmar que tenha servido de modelo a outras legislações, nem que seja uma obra original, se não, apenas, que é o passo mais importante dado por um país para satisfazer às demandas das classes

alçando-os à categoria de direitos fundamentais. Seguiram-se a Constituição alemã de Weimar de 1919, o Tratado de Versalhes de 1919 e a fundação da Organização Internacional do Trabalho, também no ano de 1919.

O Tratado de Versalhes, além de consagrar o Direito do Trabalho como ramo autônomo da ciência jurídica, dando-lhe autonomia legislativa, trouxe no seu artigo 427 diversos direitos, entre eles a jornada de oito horas, o repouso semanal remunerado, o salário mínimo, o direito sindical e a igualdade de salários para trabalho de igual valor, planificando em toda a Europa os direitos sociais básicos dos trabalhadores.

Os reflexos foram sentidos no Brasil com a Constituição de 1934, primeira a elevar, aqui, direitos de proteção do trabalhador ao patamar de direitos constitucionais. Após a abolição da escravatura, mas antes da consagração constitucional, surgiram no Brasil as primeiras legislações para proteção dos operários, foram elas o Decreto nº 221 de 1890, férias de 15 dias e aposentadoria para os ferroviários, Decreto nº 439 de 1890, organização da assistência à infância desvalida, Decreto nº 834 de 1890, banco dos operários, Decreto nº 1.162 de 1890, que revogou a tipificação da greve como delito penal, Decreto nº 1.313 de 1891, regulamentou o trabalho do menor e, mais a frente, a Lei nº 3.724 de 1919, legislação acidentária, entre tantas outras editadas no período de confirmação de sua autonomia legislativa no país.

Superada a fase de confirmação do Direito do Trabalho, inicia-se, a partir de diretrizes políticas do nacional socialismo alemão, fascismo italiano e do corporativismo português e espanhol, a sua terceira fase de desenvolvimento, intitulada de publicista por Maria do Rosário Palma Ramalho, quando o Estado passou a intervir com mais força nas relações de trabalho, publicizando as associações sindicais, desenvolvendo o princípio da sujeição dos interesses privados aos coletivos, mudanças que são sentidas com facilidade a partir da *Carta del lavoro* de 1934 na Itália. “Por força desta evolução, o Direito do Trabalho confirma-se, pois,

trabalhadoras. Seria inútil empenhar-se em encontrar repercussões que não teve: a Europa não conheceu, em termos gerais, nossa legislação. A promulgação da Constituição alemã de Weimar, unida à excelente literatura que desde o princípio produziu, fez com que a atenção do mundo se fixasse principalmente sobre ela. A falta quase total de estudos sobre o direito mexicano contribuiu também para que fosse ignorado; apenas uma ou outra referência se encontra em autores franceses e sobretudo nos espanhóis. Tampouco é nosso art. 123 completamente original. A exposição histórica comprova que os legisladores mexicanos inspiraram-se em leis de diversos países, França, Bélgica, Itália, Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia, de tal maneira que a maior parte das disposições que nela foram consignadas eram conhecidas em outras nações. Mas a ideia de fazer do direito do trabalho um mínimo de garantias em benefício da classe economicamente fraca e a de incorporar essas garantias na Constituição, para protegê-las contra qualquer política do legislador ordinário, são próprias do direito mexicano, no qual pela primeira vez foram consignadas” (Op. cit., p. 120).

nesta época, como área jurídica *a se*, mas é agora mais próxima do direito público do que do direito privado.”¹³ A autora aponta o surgimento, nessa quadra da história, do dogma da uniformidade das condições de trabalho dos trabalhadores subordinados, ao qual se liga o mito da incapacidade genética e permanente dos operários, e a grande empresa do setor secundário da economia como unidade modelar, bem como a crença na sustentabilidade econômica do sistema protetivo amplo dos trabalhadores.¹⁴

Em 1943 foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho no Brasil, por intervenção do governo de Getúlio Vargas, quando houve a reunião das leis existentes, a ampliação do arcabouço normativo e a sistematização do direito material e processual do trabalho. Estava vigente na época a Constituição de 1937, a qual forneceu os pilares sobre os quais a legislação infraconstitucional deveria ser edificada. No Capítulo que tratava da ordem econômica, explicitamente, a ordem constitucional da época adotou o modelo corporativista e intervencionista nas relações de trabalho.¹⁵

Exatamente nessa passagem histórica de “publicização” e corporativismo é que o Direito do Trabalho consolida-se no Brasil, com a edição da CLT e das doutrinas correlatas, justificando historicamente que a fotografia tirada das relações sociais pelo legislador e pelos autores tivesse coloração ideológica altamente intervencio-

¹³ Palma Ramalho, *Direito do trabalho*, p. 56.

¹⁴ Op. cit., p. 60.

¹⁵ “Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”

“Art. 136. O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.”

“Art. 138. A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

“Art. 140. A economia da população será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos destes e exercem funções delegadas de Poder Público.”

nista. Em palavras outras, a legislação nacional em matéria trabalhista era condizente com as influências ideológicas da época de sua consolidação, principalmente as diretrizes de matriz constitucional, inclusive os juristas do Direito do Trabalho descreviam o direito com fidelidade, demonstrando as suas faces corporativista, publicista e intervencionista.

Anota Mascaro Nascimento que: “A fase é intervencionista em decorrência da estrutura legal que, de forma heterônoma, passou a interferir na organização e na ação dos sindicatos, à luz de princípios políticos autoritários, bastante difundidos na época em países europeus, com largos reflexos em nosso ambiente.”¹⁶

São por essas razões que o Direito do Trabalho no Brasil é intervencionista.

Arnaldo Süssekind, ao concluir o capítulo que trata da formação histórica e ideológica do Direito do Trabalho, adverte que: “A legislação social-trabalhista nasceu intervencionista, seja para limitar a autonomia da vontade nas relações de trabalho, seja para instituir sistemas obrigatórios de previdência.”¹⁷ Mais à frente, diz que as normas de proteção do trabalho são imperativas, pois “Elas formam a base legal do contrato individual do trabalho, contra a qual não pode prevalecer a vontade dos contratantes. [...] A autonomia da vontade funciona para ampliar os direitos resultantes de normas cogentes ou para conceder vantagens nelas não previstas.”¹⁸ Ancorado nessas premissas, Süssekind assume explicitamente que sua ideologia é a do Estado social e intervencionista.¹⁹ Orlando Gomes e Elson Gottschalk chegam a dizer que com o fim da fase do liberalismo clássico, atualmente impera o Estado intervencionista nas relações de trabalho, sempre na defesa dos direitos dos trabalhadores.²⁰

Pontuais reformas foram realizadas na legislação trabalhista nacional ao longo das últimas décadas, principalmente houve ampliação dos direitos fundamentais dos trabalhadores pela Constituição de 1988, a qual abandonou a diretriz ideológica de vertente social, intervencionista e corporativista, mas a doutrina e a jurisprudência não refletiram essa mudança de paradigma hermenêutico constitucional atual. Com efeito, continuam interpretando a legislação trabalhista pelo viés ideológico socializante e intervencionista, valendo-se do antigo método de interpretação jurídica (juspositivismo).

Nada obstante a linha de desenvolvimento no Brasil tenha se esgotado com os paradigmas retratados acima, nas três fases de evolução do Direito do Trabalho,

¹⁶ Ferrari, Nascimento e Martins Filho, op. cit., p. 87.

¹⁷ Süssekind, op. cit., p. 27.

¹⁸ Idem, p. 29.

¹⁹ “Os adeptos do Estado Social, entre os quais nos incluímos.” (Idem, p. 56).

²⁰ Gomes e Gottschalk, *Curso de direito do trabalho*, p. 31.

notadamente a última de viés publicista, entendemos que as circunstâncias políticas, ideológicas e, principalmente, econômico-sociais reclamam uma evolução legislativa.

4.2 O FUTURO DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO – ALGUMAS NOTAS

Inventariadas as diversas fases de surgimento e consolidação do Direito do Trabalho, demonstrando que o estágio atual brasileiro é o da fase publicista e também intervencionista, adotada pelos autores e pelos tribunais, conjuntamente com o método positivista normativista, avançaremos para lançar algumas ideias de como será o Direito do Trabalho brasileiro do futuro e os procedimentos adequados para a sua efetivação, mas sem maiores aprofundamentos – tarefa assumida como tese de doutoramento.

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

Atualmente, quando muitos falam em crise do Direito do Trabalho, ou talvez, para os mais otimistas, em modernização democrática, tem-se em mente que 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 empresas transnacionais, passando pelas sociedades anônimas, empresas limitadas, empresas de pequeno porte e microempresas, consórcios rurais, até os pequenos empresários, alguns dos últimos tão carentes de proteção como os trabalhadores a ele vinculados.

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.

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*), o trabalho a tempo parcial, terceirização,

trabalho temporário, representação comercial, entre tantas outras modalidades de prestação de serviços, subordinados 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 roupa padrão, uniformizando-as, ao invés de confeccionar vestimentas adequadas a cada uma delas, explorando as potencialidades pessoais, em atividade de alta-costura, respeitando as suas características próprias e a sua dignidade humana, individualmente consideradas.

O modelo estático do período de confirmação do Direito do Trabalho, grande indústria – empregado incapaz – relação subordinada típica, fotografado pela CLT e pela doutrina nacional clássica, não é mais satisfatório. Se o objetivo principal do Direito do Trabalho é equiparar juridicamente as desigualdades fáticas, é 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 e a negociação individual e coletiva, atitudes vedadas pelo direito positivo nacional, em grande medida (artigos 444 e 468 da CLT), pois retratou a figura do empregado como aquele geneticamente incapaz de negociar, como já havia advertido Maria do Rosário de Palma Ramalho.

Por outro lado, como de resto se dá na maioria 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. Consequência direta da premissa é a necessária maleabilidade 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 os ônus das negociações pelas condições de trabalho, diretamente ou por interveniência sindical, também outorgam-se-lhes os benefícios, como a participação ativa na administração da empresa, aliada ao direito de informação, participação nos lucros e resultados, garantia dos direitos da personalidade e deveres anexos dos contratos (boa-fé objetiva etc.), na esteira dos novéis direitos trazidos pelo Título II da Constituição Federal de 1988, que ainda não foram sufragados efetivamente pelos autores e pelos julgadores nacionais.

O direito positivo trabalhista do futuro – para recolher adequadamente cada uma das diversas modalidades contratuais, respeitando-se as diferenças fático-jurídicas entre as variadas espécies de empregados e empregadores – deve decompor-se em diversos microssistemas, cada qual adequado à uma realidade, substituindo-se a CLT, uniforme e inflexível, por legislações especiais para cada espécie de relação jurídica de trabalho, recolhendo os parassubordinados, por exemplo, em legislação intermediária que ao mesmo tempo lhe garanta alguns direitos, mas ressalvando outros, na exata medida em que a sua relação jurídica com o tomador é diferenciada dos empregados e dos trabalhadores autônomos,

nas duas extremidades do catálogo das relações. As disposições dos microssistemas funcionariam como contratos-tipo para cada espécie de relação de trabalho, abrindo, em um segundo momento, a possibilidade de negociações coletivas para um maior refinamento e ajuste às circunstâncias particulares e demandas de certos grupos individualmente considerados.

O sistema material trabalhista do parágrafo acima para ser adequadamente interpretado e aplicado o deverá ser a partir de 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 na imposição de soluções adequadas às circunstâncias concretas, racionais e ponderadas.

A Constituição 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), a 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), 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.

A diretriz de que deverá o Estado apenas fomentar que as partes integrantes das relações de trabalho negociem e regulem as condições contratuais foi eleita pela OIT desde a Convenção nº 98 de 1949, aprovada no Brasil em 1953.²¹

Exemplo de opção constitucional pós-moderna e a correta compreensão pelo Tribunal Superior do Trabalho do seu papel constitucional,²² nada obstante a posição

²¹ “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” (artigo 4º).

²² “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

reacionária de parte da doutrina,²³ constata-se com a interpretação do artigo 114, §§ 1º e 2º, da Constituição que primeiro remete os sindicatos à negociação coletiva, com a livre escolha dos empregados da oportunidade de exercer a greve, depois pela eleição da arbitragem e, como última alternativa e desde que haja “comum acordo”,²⁴ a possibilidade de ajuizar dissídio coletivo, reclamando a interveniência do Estado naquilo que eles não conseguiram resolver autonomamente.

Reconhecemos a necessidade de aperfeiçoamento do sistema sindical atual com uma reforma constitucional tendente a abolir a contribuição sindical obrigatória, a unicidade sindical e a competência normativa da Justiça do Trabalho, mas as reformas necessárias ainda não realizadas não autorizam o intérprete a desconsiderar o quanto disposto no artigo 114, § 2º, da Constituição.

Nossas conclusões estão ao largo das ideias neoliberais de flexibilização dos direitos trabalhistas, pois para elas a linha é a desregulamentação de todo o sistema, inclusive para os trabalhadores ainda em situação fático-jurídica de sujeição ao capital, impondo praticamente um retorno ao liberalismo clássico – na

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. 82300-35.2008.5.03.0000 – Relatora Ministra Dora Maria da Costa – *DEJT* 30-4-2010).

²³ CASTILHO, José Luciano de. A reforma do Poder Judiciário. O dissídio coletivo e o direito de greve. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 71, nº 01, p. 31-32, jan./abr. 2005. CARMO, Júlio Bernardo do. Do mútuo consenso como condição de procedibilidade do dissídio coletivo de natureza econômica. *Revista LTr*, v. 69, nº 5, p. 597, maio 2005.

²⁴ Durante a aprovação da Emenda nº 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 as próprias partes dialogarem, inclusive com a greve, e resolverem autonomamente o conflito. O líder do Partido dos Trabalhadores, Deputado Ricardo Berzoini, fundamentou 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, combatendo o poder normativo da Justiça do Trabalho, que hoje é um elemento de obstáculo à livre negociação coletiva.”

medida em que se os empregados desenvolveram-se intelectualmente, ganhando discernimento, o capital potencializou-se com os grandes grupos transnacionais, mantendo, no geral, o mesmo distanciamento fático-jurídico –, tese diversa da que defendemos que é a maleabilidade racional do direito positivo trabalhista, por meio da ponderação de princípios, ajustando a solução ideal às circunstâncias fático-jurídicas dos casos concretos.

A despeito do futuro do Direito do Trabalho brasileiro ser privilegiar a divisão das relações trabalhistas em microssistemas, facultando a negociação coletiva para um maior refinamento e adaptabilidade, com a participação democrática dos empregados na gestão dos contratos e da empresa, a autorregulação das condições de trabalho, substituindo o regulamentado pelo regulado,²⁵ no Brasil a maior parte dos autores e da jurisprudência ainda mantém a pré-compreensão da fase de consolidação do Direito do Trabalho, estática e inflexível. A questão atual é que além da superação fática-política-ideológica da CLT e da legislação trabalhista, ainda assim quando dos procedimentos para a incidência da legislação material – ao invés de interpretá-la dentro das novas possibilidades epistemológicas –, os intérpretes ainda se valem do método juspositivista estático e com tintas de compromisso ideológico socializante.

Após o breve inventário das premissas políticas, sociais e ideológicas que contribuíram para a autonomia do Direito do Trabalho, principalmente demonstrando que o modelo adotado pelo Brasil, tanto pelo legislativo como pelos autores, ainda é o estático, avançaremos para desenvolver os princípios especiais, reflexos da ideologia social-intervencionista a que nos referimos acima.²⁶

²⁵ Alain Supiot, professor de Direito do Trabalho das Universidades de Poitiers e Nantes, leciona que o Direito, enquanto tecnologia de resolução de conflitos, deve adaptar-se à nova forma de funcionamento das demais tecnologias, qual seja, a autorregulação (homeostase da biologia e da mecânica), substituindo o regulamentando (imposição rígida externa) pelo regulado (composição interna e adequada). Acrescenta que “Há trinta anos, a mesma ideia se traduziu em Direito do Trabalho por uma ascensão irresistível da negociação coletiva, cujos objetos, sujeitos e funções foram profundamente transformados. Com o recuo da heteronomia em proveito da autorregulamentação profissional, deu-se uma nova distribuição dos papéis entre a lei, que fixa princípios e objetivos por atingir, e a negociação coletiva que concorre para a definição desses objetivos e adapta a realização deles às circunstâncias particulares do ramo, da empresa, do grupo etc. Da passagem para as trinta e cinco horas à instauração da representação coletiva nos grupos transnacionais ou à criação de uma sociedade comercial de Direito europeu, o recurso a esse método tende hoje a se generalizar, desordenando na passagem a nossa distinção entre Direito Público e Direito Privado. Essas novas formas de ‘regulação’ não significam de modo algum, de fato, uma volta ao Estado mínimo e um abandono puro e simples das relações sociais à esfera privada. Traduzem-se mais por uma política de ‘governo por objetivos’ cuja eficácia depende da qualidade das comunicações entre os poderes públicos, o patronato e os sindicatos” (Supiot, *Homo juridicus*, p. 160).

²⁶ Nada obstante, frise-se, na Europa, já se fale de uma quarta fase de reprivatização e do relançamento do Direito do Trabalho, marcada pelo fim do Estado Social. “Esta fase publicista da evolução

4.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

O vocábulo *princípio* pode ser recolhido em diversas significações, tanto em linguagem leiga como no vocabulário científico. Especificamente nos limites da ciência jurídica, os princípios jurídicos continuam oferecendo muitas significações, entre elas a mais aceita modernamente de que princípios são espécies de normas jurídicas. Há, contudo, razoável uniformidade entre os juristas quanto a suas funções, entre elas a inspiração legislativa, oferecendo as diretrizes para o legislador infraconstitucional, a interpretativa da legislação e das cláusulas contratuais, a integração das lacunas do sistema (função normativa restrita) e, para os pós-positivistas, a incidência com força normativa ampla. Os princípios jurídicos tendem à generalização, à universalidade, servindo de subsídio a iluminar todo o conhecimento científico, uma ciência específica, como é o Direito, ou ramos especiais da ciência, no caso o Direito do Trabalho. Os princípios jurídicos, específicos do Direito ou especiais do Direito do Trabalho, podem estar explícitos na legislação ou implícitos, nesta última hipótese exigindo a atividade criativo-indutiva dos juristas e filósofos do direito que constroem as normas jurídicas a partir da interpretação do direito positivo.

A Constituição Federal de 1988 traz explicitamente princípios jurídicos com aplicação genérica a todos os ramos autônomos da ciência jurídica, como é a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, o direito à liberdade, bem assim elenca os princípios especiais e explícitos de diversos ramos, como do Direito Penal (incisos XLV, XLVI, XLIX, LVII, do artigo 5º, respectivamente princípios da individualização da pena, dignidade dos presos e o da presunção de inocência), do Direito Tributário (artigos 145 e 150, como a legalidade tributária, capacidade tributária, anterioridade tributária), do Direito Econômico (artigo 170, com os princípios da valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, soberania nacional, livre concorrência etc.).

O Direito do Trabalho, a despeito de sujeitar-se aos influxos dos princípios constitucionais gerais, não tem expressamente nenhum princípio especial enunciado pelo constituinte, reclamando dos intérpretes a sua construção por indução, colhendo em todo o sistema de direito positivo, constitucional e infraconstitucional, fundamentos para a elaboração de seu rol próprio de princípios jurídicos, os quais dignificam o Direito do Trabalho como ramo autônomo da ciência jurídica.

Com a autonomia legislativa do Direito do Trabalho, foram construídos seus primeiros princípios específicos, entre os quais o da proteção, da indisponibi-

do Direito do Trabalho termina, na maioria dos países (à exceção de Portugal e Espanha), após a II Guerra Mundial, por força da alteração do quadro sócio-político subjacente” (Palma Ramalho, op. cit., p. 57).

lidade de direitos, da primazia da realidade e o da continuidade da relação de emprego, fincados todos na ideia de inferioridade operária e na necessidade de interveniência estatal como forma de compensação de forças. Em busca da autonomia científica, os autores de Direito do Trabalho desenvolveram princípios bem particulares, no mais das vezes contrapostos aos princípios especiais do Direito Civil, predominante à época.²⁷

Fenômeno curioso ocorrente no Brasil é que quase todos os doutrinadores do ramo especializado buscam apoio no autor uruguaio Américo Plá Rodriguez²⁸ para doutrinar acerca dos princípios. Fizemos uma pesquisa vasta na literatura trabalhista nacional²⁹ e não encontramos um único autor que não invoque o mestre platino como referência inquestionável. Como se uma premissa apodítica fosse, invocam as lições dele para dar início às suas fundamentações, por dedução. Não se sabe por qual razão tal fenômeno ocorreu; talvez pela eloquência da lição referenciada, talvez pela escassez de outras doutrinas especializadas, mas o certo é que o tema dos princípios no Direito do Trabalho ficou imune de críticas e debates construtivos durante décadas, formando-se um *topoi*, ainda vigente, dando de ombros aos novos paradigmas democráticos da Constituição Federal de 1988 que deveriam iluminar o Direito do Trabalho moderno.

Mas o maior problema não foi a importação dos princípios construídos por Plá Rodriguez a partir do sistema jurídico uruguaio, na medida em que, em grande parte, se assemelhava aquele ao nosso direito positivo, mas sim também recepcionar a metodologia que empolgava a pesquisa jurídica de Américo Plá Rodriguez, que era a positivista normativista, conforme assume o autor explicitamente em

²⁷ Enquanto no Direito Civil eram defendidos os princípios de liberdade de contratação e de *pacta sunt servanda*, no Direito do Trabalho foram desenvolvidos princípios contrapostos, como a imperatividade das normas estatais, limitação da disponibilidade contratual e da primazia da realidade sobre a forma.

²⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. Tradução de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2004.

²⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *Renúncia e transação no direito do trabalho*. In: DUARTE, Bento Herculano (Org.). *Manual de direito do trabalho: estudos em homenagem ao Professor Cássio Mesquita Barros*. São Paulo: LTr, 1998. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. 17 ed. Atualizadores José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2005. MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2002. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

passagens de sua obra,³⁰ método que não mais satisfaz a atual exigência constitucional de aplicação dos direitos fundamentais, direitos esses destinados tanto aos trabalhadores quanto aos empregadores, sem que haja precedência *prima facie* e absoluta; princípios carentes de ponderação em cada caso concreto. Como consequência, a doutrina trabalhista pátria abraçou os princípios expostos pelo autor referenciado e, principalmente, recolheu o antigo método positivista normativista de aplicação dos princípios, criando o dogma dos princípios trabalhistas absolutos, que não cedem em nenhuma ocasião, sempre dando como solução a supremacia dos direitos dos trabalhadores em face dos empregadores, não importando as circunstâncias do caso concreto e os direitos contrapostos.

Concordamos, em linhas gerais e tendo como objeto o sistema legislativo brasileiro, com a existência, validade e eficácia dos princípios clássicos construídos pelos autores especializados, discordando quanto ao modelo de eficácia absoluta que lhes é atribuído – tema central do livro, pelo que é útil a exposição dos princípios especiais, ainda que, após a adoção do modelo metodológico pós-positivista, a forma que nos parecerá dos princípios não será a que enxerga a unanimidade dos autores. Também não será a mesma a nossa mecânica de incidência dos princípios especiais aos casos concretos, recomendando uma maior plasticidade, principalmente eficaz, conforme as circunstâncias fáticas da relação jurídica isoladamente analisada, posição que expomos durante todo o livro e faremos também com exemplos da experiência prática trabalhista no Capítulo 5. Logo, restringir-nos-emos, nos tópicos desse capítulo, a retratar os princípios trabalhistas na forma como enxergam os autores clássicos.

4.3.1 Princípio da proteção

O princípio especial mais importante do Direito do Trabalho é o da proteção, que revela a sua natureza tutelar de salvaguarda do operário quanto às investidas do empresário. A proteção, construída a partir das diversas normas interventivas de direito material, visa dar ao trabalhador condições de igualdade material frente ao empregador. Busca equiparar no campo jurídico a desigualdade causada pela liberdade fática da economia. Ele radica, entre outros, no artigo 5º, *caput*, da Constituição, a igualdade em sua vertente substancial e não apenas formal,

³⁰ Para ele os princípios cumprem tríplice dimensão: informadora do legislador, interpretativa e normativa, esta última assim considerada “como fonte supletiva, no caso de ausência de lei”. Em outra passagem defende que: “Um tema muito próximo ao que acabamos de expor é se os princípios do Direito do Trabalho podem ser considerados fontes do direito. Nossa resposta é negativa. A única função de caráter normativo que exercem é operar como fonte supletiva em caso de lacuna da lei” (Plá Rodriguez, *op. cit.*, p. 47).

bem assim especificamente nas diversas normas constitucionais de valorização do trabalho (artigo 1º); erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades (artigo 3º); nos direitos sociais do artigo 7º, deitando raízes na origem sociológica do Direito do Trabalho.

Como bem pontua Arnaldo Süssekind:

O princípio protetor do trabalhador resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia de vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho – uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes.³¹

A partir da premissa verdadeira e inafastável de que a legislação do trabalho visa proteger o trabalhador, concluem os autores que a interpretação da norma jurídica, como efeito direto, deve ser a favor dos seus interesses. Por isso, a doutrina decompõe o princípio protetor em outros três: (1) *in dubio, pro operario*; (2) aplicação da norma mais favorável; e (3) aplicação da condição mais benéfica.

O primeiro subprincípio conduz o aplicador na escolha da interpretação que seja a mais favorável ao trabalhador, quando mais de uma for juridicamente possível. Em palavras outras, quando a partir do mesmo dispositivo legal puder o intérprete criar duas ou mais interpretações (*rectius*: normas jurídicas), deve escolher aquela que mais fomenta os interesses dos empregados. O subprincípio tem alcance restrito, pois deve ser aplicado apenas quando: “a) exista dúvida sobre o alcance da norma legal; e b) sempre que não esteja em desacordo com a vontade do legislador”.³²

Calha a advertência de Alfredo Ruprecht, muitas vezes negligenciada pelos juízes, de que eles “só podem aplicar esse princípio quando realmente ocorrem dúvidas sobre a correta interpretação, ou seja, que haja diversas interpretações, algumas mais e outras menos favoráveis aos trabalhadores. Nesse caso, devem inclinar-se por aquelas que favorecem realmente, mas nunca criar normas novas”.³³

Mais amplamente, o segundo dos subprincípios indica que, quando houver dúvida sobre qual norma jurídica aplicar na solução do caso, havendo mais de uma incidente – com o preenchimento da hipótese fática da ambas –, deve então o aplicador socorrer-se daquela que for a mais favorável a fomentar direitos dos trabalhadores. Em decorrência desse princípio, a hierarquia das normas no Direito do Trabalho é plástica, na medida em que a norma de hierarquia superior deve

³¹ Süssekind, op. cit., p. 112.

³² Plá Rodriguez, op. cit., p. 110.

³³ Ruprecht, *Os princípios do direito do trabalho*, p. 17.

ceder àquela inferior, desde que esta última seja mais favorável ao trabalhador. A favorabilidade deve ser analisada objetivamente pelo aplicador, não só considerando os efeitos econômicos, mas sociais.

A aplicação prática desse vetor interpretativo é avassaladora, eis que para o Direito do Trabalho os mecanismos de solução de antinomias não serão aqueles da temporalidade, hierarquia ou especialidade, mas a ideia de que sempre prevalecerá a norma jurídica que for mais favorável ao trabalhador, pouco importando seja ela mais antiga, inferior hierarquicamente ou menos especial que a outra contraposta. O apoio legislativo para explicar a vigência da citada plasticidade normativa especial no Direito do Trabalho é o *caput* do artigo 7º da CF/88, quando garante aos trabalhadores aqueles direitos listados nos incisos, “além de outros que visem a melhoria de sua condição social”, incentivando a eficácia das normas mais favoráveis, independentemente da sua fonte normativa ou da sua hierarquia formal.

O último dos subprincípios decorrentes da proteção, o da aplicação da condição mais benéfica, nos mesmos moldes do segundo, indica na direção de que as condições contratuais mais benéficas já adquiridas devem ser aplicadas, não havendo possibilidade de redução do patamar de direitos agregados aos contratos, ainda que a legislação mais moderna venha a reduzir direitos, cujas reduções somente alcançam os novos contratos e não aqueles já em curso. As condições mais benéficas aderem aos contratos de trabalho, sendo reflexos específicos das garantias constitucionais gerais do respeito ao direito adquirido, do ato jurídico perfeito e do princípio da proteção da confiança tratado no capítulo anterior.

Como aplicação dos subprincípios, a jurisprudência consolidada entende que pode o empregador realizar alterações nos regramentos autônomos, com diminuição do patamar de benefícios outrora concedidos, respeitando o patamar mínimo legal, porém as alterações nos regulamentos de empresa, nos regimentos internos, somente terão eficácia quanto aos novos contratos de trabalho, conservando os direitos antigos mais benéficos já adquiridos pelos empregados na vigência da regra velha.³⁴

4.3.2 Princípio da indisponibilidade de direitos

O segundo princípio específico é o da indisponibilidade de direitos, corolário do princípio protetor. A busca da igualdade material se dava com a necessidade de intervenção estatal para a proteção do trabalhador, havendo a imposição de condições contratuais mínimas, daí por que se construiu a ideia de indisponibili-

³⁴ “Norma regulamentar. Vantagens e opção pelo novo regulamento. Art. 468 da CLT. I – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingem os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento” (Súmula 51 do TST).

dade dos direitos, pois de nada adiantaria a criação de direitos mínimos se deles o empregado pudesse se despojar como imposição da classe empregadora ou mesmo das circunstanciais e predatórias condições impostas pelo mercado de trabalho.

Nesse particular acrescenta Mario de la Cueva que as características que justificaram a existência de normas indisponíveis no Direito do Trabalho foram, em síntese: (1) inexistência de uma real liberdade de negociação; (2) influência maléfica do regime de concorrência; (3) o abuso de poder do empregador quando da imposição de sua vontade contratual ao laborista, o que gerava um vício de consentimento, de modo a justificar a interferência estatal para que fossem garantidos os direitos mínimos.³⁵

Nas palavras de la Cueva:

A liberdade de contratação não existiu nunca, porque o trabalhador premiado pela miséria tinha que submeter-se a vontade do patrono, quem poderia esperar que viria outra pessoa a solicitar o emprego; e usou do poder de sua vontade com sentido utilitário e com refinada crueldade: se valeu do trabalho das crianças.³⁶

Mario de la Cueva parte da pré-compreensão de que o trabalhador sempre será aquele faminto, com pouca ou nenhuma instrução, que sempre estará em situação de desigualdade em confronto com o seu empregador. O estereótipo do empregado era o trabalhador do “chão de fábrica”, não se considerando, à época, o pluralismo atual nas formas de contratação e as diversas classes de trabalhadores (v. tópico 4.2, *infra*).

Alfredo Ruprecht coloca-se em sentido contrário, utilizando-se de palavras duras. Para ele, “Considerar sempre o trabalhador como um ser imaturo, cheio de temor reverencial, incapaz, fácil de confundir, é relegá-lo a um plano muito inferior, situação que de nenhuma maneira postula o Direito do Trabalho que o elevou na categoria social e humana, dando-lhe o lugar que lhe cabe como ser humano e, por conseguinte, não o pode subestimar como um débil mental.”³⁷

Américo Plá Rodríguez conceitua a irrenunciabilidade como “impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio”.³⁸

³⁵ Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, p. 10.

³⁶ “La libertad de contratación no existió nunca, porque el trabajador apremiado por la miseria tenía que someterse a la voluntad del patrono, quien sí podía esperar que viniera otra persona a solicitar el empleo; y usó del poder de su voluntad com sentido utilitario y com refinada crueldad: se valió del trabajo de los niños” (Ibidem).

³⁷ Ruprecht, *op. cit.* p. 37.

³⁸ Plá Rodríguez, *op. cit.*, p. 142.

O primeiro pilar em que se apoia o professor é o princípio mais genérico da indisponibilidade, que encontra respaldo positivo em quase todos os sistemas jurídicos trabalhistas, que abarca a irrenunciabilidade e a intransigibilidade, assim como qualquer outra forma de retirada dos direitos do trabalhador, com sua anuência ou não, existindo contraprestação ou não.³⁹

O segundo alicerce seria a imperatividade das normas trabalhistas, não no sentido genérico da incidência, pois todas as normas jurídicas são imperativas, senão de norma não se trataria, mas sim fruto da divisão pelo direito romano das normas em imperativas (*jus cogens*) e dispositivas (*jus dispositivum*). Aquelas devem ser cumpridas não importando a vontade das partes e essas são atendidas somente quando as partes não tenham estabelecido outros parâmetros. A evolução legislativa indica que desde o Código de Napoleão as regras trabalhistas estavam dentro da liberdade de disposição das partes contratantes, convertendo-se depois em impositivas, com a chegada da fase de autonomia do Direito do Trabalho, independente do consentimento das partes.

A imposição (matéria de ordem pública)⁴⁰ se justifica pelo fato de que os direitos dos trabalhadores não beneficiam apenas eles próprios (individualismo), mas se prestam para a proteção de um bem social maior, notadamente terceiros envolvidos nessas relações. Os terceiros podem ser influenciados indiretamente (familiares do trabalhador, por exemplo), bem assim terceiros diretamente afetados, como operários da mesma profissão que ficariam em situação de “concorrência desleal” por melhores condições de trabalho se o colega abdicar de certo limite de proteção. E o interesse também é do Estado e não só privado, na medida em que o afastamento das regras trabalhistas gerará efeitos em várias ordens, como na assistência social, previdência, saúde, desenvolvimento social, lazer, educação etc.

O terceiro pilar da indisponibilidade é a limitação da autonomia da vontade, como a restrição parcial da possibilidade das partes se autorregularem. Reserva-se um espaço de regulação, desde que respeitem os limites fixados em lei. Vários sistemas adotam a limitação parcial, como é o caso brasileiro,⁴¹ admitindo que os contratantes regulem a sua relação contratual, desde que não em prejuízo do trabalhador e do patamar mínimo fixado pelo legislador.

³⁹ No direito nacional temos os artigos 9º e 468 da CLT, que serão tratados em capítulo próprio.

⁴⁰ “Ordem pública significa o que não pode ser derogado, renunciado, por simples manifestação de vontade dos particulares. É o que o Estado julga imprescindível e essencial para a sobrevivência da própria sociedade, o bem comum, o interesse geral. Sempre, em todos os tempos, uma certa porção de atos humanos foram tidos como necessários e obrigatórios para esse *desideratum*.” (MORAES FILHO, Evaristo de. *A natureza jurídica do direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, 1954, p. 100).

⁴¹ Artigo 468 da CLT.

O último argumento doutrinário para justificação da indisponibilidade é a presunção de vício de consentimento do empregado que renuncia seus direitos. Anota Américo Plá Rodriguez que o trabalhador, submetido que é à condição econômica de inferioridade, não tem condições de expressar livremente sua vontade, eis que a sua posição subordinada lhe torna pressionado (até por temor reverencial) em aderir a um tratamento desvantajoso em relação ao patamar mínimo que a lei lhe assegurou.

O mesmo autor traz como exemplo o fato de que o Tribunal de Cassação italiano tinha entendimento de que, como durante o vínculo de emprego o vício de consentimento era presumido, depois do rompimento contratual, quando não mais estavam presentes as mesmas circunstâncias fáticas, a renúncia e a transação eram admitidas, presumindo-se, em sentido inverso, que a vontade manifestada era válida.⁴² Contudo, em vetor inverso do entendimento jurisprudencial peninsular, foi aprovado o novo Código Civil italiano, que em seu artigo 2.113 prevê:

As renúncias e transações que têm por objeto direitos do prestador de obra, derivados de disposições inderrogáveis da lei ou de normas corporativas, não são válidas. A impugnação deve ser proposta sob pena de decadência, dentro de três meses da cessação da relação e da data da renúncia ou da transação, se estas tiverem sido realizadas depois da mesma cessação.

Fundamentado nessas razões, o autor uruguaio diz: “É um princípio em que há um acordo unânime dos autores quanto a sua vigência e importância, se bem que possa haver diferenças quanto ao seu alcance, sua fundamentação e significado.”⁴³

Para alguns o alcance é tão elástico, que dão um salto de abstração para a defesa de que o princípio da indisponibilidade de direitos veda tanto a renúncia quanto a transação. Maurício Godinho Delgado está entre aqueles que defendem o princípio da indisponibilidade de direitos, impingindo nulidade sempre que importar em prejuízo ao trabalhador, embora, contraditoriamente, reconheça a higidez da transação celebrada em juízo, artificializando a discussão com a mudança de nomenclatura, dizendo que a “*Conciliação*, finalmente, é o ato judicial, através do qual as partes litigantes, sob interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial.”⁴⁴

No entanto, Américo Plá Rodriguez não avança a tal ponto radical, admitindo que existem duas categorias de normas trabalhistas, as rigidamente categóricas

⁴² Acrescentamos que essa mesma ideia também foi incorporada no Brasil por intermédio da Lei nº 9.958 de 2000, que criou as Comissões de Conciliação Prévia, admitindo que “O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas” (parágrafo único do artigo 625-E da CLT).

⁴³ Plá Rodriguez, op. cit., p. 141.

⁴⁴ Delgado, *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*, p. 80-81.

e as limitadamente categóricas. Como exemplos das primeiras estariam aquelas de proteção da saúde e incolumidade dos empregados, que não poderiam ser renunciadas em caso algum. Já as segundas poderiam ficar dentro do espectro de liberdade contratual das partes, desde que haja inequívoca liberdade e as duas vontades sejam equivalentes.⁴⁵

A diferenciação de Plá Rodriguez foi recepcionada pela maioria dos nossos autores com a divisão em normas trabalhistas absoluta e relativamente indisponíveis.

4.3.3 Princípio da primazia da realidade

O Direito do Trabalho surgiu necessariamente para regular especialmente as relações de trabalho, outrora previstas genericamente no direito privado. Obedecia-se aos princípios de segurança jurídica, da formalidade do contrato e a cláusula do *pacta sunt servanda*. Na medida em que esse regramento genérico era insatisfatório, pois as condições de liberdade formal não se efetivavam em liberdade material, os contratos solenes passaram a perder importância para o direito especializado, com isso o que mais importa é a realidade que cerca a relação contratual desenvolvida entre as partes, pouco importando o envoltório formal que a recobre.

Por essa razão, para o Direito do Trabalho, os contratos formais têm eficácia relativa, sempre se admitindo prova em sentido contrário de que a real vontade dos contratantes é diversa daquela expressa pelo veículo contratual. A doutrina majoritária parte da presunção de que “o empregado assina documentos sem saber o que está assinando. Em sua admissão, pode assinar todos os papéis possíveis, desde o contrato de trabalho até o seu pedido de demissão, daí a possibilidade de serem feitas provas para contrariar os documentos apresentados”.⁴⁶

O princípio em estudo deriva de alguns vetores presentes no ordenamento, como a exigência de boa-fé das partes contratantes, a proteção da dignidade humana, a existência de desigualdade das partes, que impossibilita a real discussão quanto aos requisitos e cláusulas contratuais, mais das vezes representando contratos de adesão, e a necessidade de interpretação racional da vontade das partes.⁴⁷

O princípio específico, também conhecido como do contrato realidade, tem espaço na investigação das alterações contratuais ocorridas durante a sua execução. Uma relação originariamente autônoma, com atendimento das cláusulas do

⁴⁵ Plá Rodriguez, op. cit., p. 166.

⁴⁶ Martins, *Direito do trabalho*, p. 78.

⁴⁷ Plá Rodriguez, op. cit., *passim*.

contrato de representação comercial, pode ser desnaturada pela sua execução depois de anos, de acordo com a mudança da diretoria da empresa, quando o representante passa a se sujeitar a horário fixo, prestação de contas, recebimento de advertências e punições, na exata medida em que se transmuda para contrato de emprego, nada obstante o pacto formal ser de representação autônoma e ter durante anos sido respeitado.

Inclusive, atualmente, o direito privado incorporou o princípio da primazia da realidade ao prever no artigo 112 do Código Civil de 2002 que: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, demonstrando a inserção de cláusulas sociais no direito privado.

4.3.4 Princípio da continuidade da relação de emprego

O princípio da continuidade da relação de emprego encontra-se presente em praticamente todos os sistemas jurídicos modernos. Como já visto, o Código Napoleão vedava a contratação trabalhista “por toda a vida”, com o escopo de evitar a escravidão ou servidão. Assentado o ideal de liberdade de trabalho, sem os riscos de retorno aos tempos tenebrosos, a diretriz inverteu-se no sentido de privilegiar a contratação por um tempo indeterminado, de trato sucessivo, tendendo para o futuro. E isso se dá pelo fato de que a continuidade da relação de emprego projeta benefícios para todos. O operário mantém estabilidade de rendimentos, com reflexos no conforto da sua vida familiar e social; o Estado diminui a marginalização, a exclusão social e os gastos com programas assistenciais; o empregador mantém um grupo de trabalho coeso, afinado e cada vez mais especializado nas funções que desenvolve.

O princípio não é explícito, mas decorre do sistema legislativo nacional. Na Constituição tem seus fundamentos na valorização social do trabalho (artigo 1º, IV); na proteção do emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (artigo 7º, I); na busca do pleno emprego (artigo 170, VIII), entre outros. Na CLT, o artigo 443 diz que os contratos poderão ser por prazo determinado ou indeterminado, contudo para aqueles primeiros arrola as situações excepcionais e os prazos restritos em que podem ocorrer. Fora daquelas hipóteses a regra geral é a contratação por prazo indeterminado. Seus reflexos na jurisprudência trabalhista são a presunção de pactuação indeterminada com o ônus da prova pertencendo ao empregador em caso de alegação de rescisão.⁴⁸

⁴⁸ “Despedimento. Ônus da prova. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação e serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado” (Súmula 212 do TST).

De se ressaltar que o princípio da continuidade da relação de emprego era mais prestigiado pelas legislações anteriores, eis que havia a generalização do sistema de indenização progressiva em caso de dispensas, conforme mais tempo contratual os empregados tinham, alcançando-se a estabilidade com o atendimento de dez anos de serviços ao mesmo empregador (artigo 492 da CLT), recentemente substituído pelo regime do FGTS e pela inércia do legislador em regular o artigo 7º, I, da Constituição.

Recentemente, e atendendo a pauta constituinte, o legislador regulamentou o inciso XXI do artigo 7º da Constituição por intermédio da Lei nº 12.506 de 2011, razão pela qual ampliou o tempo de antecedência para a concessão do aviso de 30 dias para o máximo de 90 dias, proporcionalmente ao período do contrato, fomentando o princípio da continuidade da relação de emprego.

4.4 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA VISÃO DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

Inventariados quais são e o conceito dos princípios trabalhistas na visão da doutrina mais tradicional, avançaremos para investigar o mecanismo de incidência que é utilizado pelos autores e pelos Tribunais trabalhistas brasileiros. Verificar qual é o método jurídico utilizado e discutir criticamente se as conclusões estão coerentes com o método escolhido. Também apontaremos erros que entendemos recorrentes na ciência trabalhista nacional, indicando quais as soluções científicas para as inconsistências.

Como visto nos capítulos antecedentes, o jurista poderá adotar os modelos jusnaturalista, juspositivista ou pós-positivista para o estudo do ordenamento jurídico – entendendo nós seja o modelo pós-positivista o mais adequado a dar concretude aos direitos fundamentais e ao Direito do Trabalho pós-moderno. O mais importante é que, após a adoção de um dos métodos jurídicos, as suas premissas e procedimentos sejam respeitados, de modo a dar precisão, racionalidade e sistematicidade ao resultado da interpretação da legislação trabalhista.

Se o jurista estudar o Direito do Trabalho pelo método juspositivista, deverá ele apenas reconhecer que as normas ocupam a estrutura de regras, aplicadas por subsunção no modelo “tudo-ou-nada”. Aos princípios trabalhistas restariam as funções de inspiração do legislador, interpretativa e integrativa de lacunas. Somente no último caso é que os princípios seriam aplicados com força normativa aos casos concretos. As regras, se válidas dentro do mecanismo de validação formal e material, são eficazes e devem ser aplicadas por subsunção, independentemente da justiça do resultado. Mais ainda. Os princípios não têm força normativa paralisante das regras infraconstitucionais. Uma regra infraconstitucional restritiva de

direitos dos empregados, quando válida, deve ser aplicada em toda sua eficácia, ressalvado o momento antecedente em que o dispositivo proporcione ao jurista uma liberdade interpretativa maior, oportunidade em que deverá valer-se dos princípios trabalhistas, em sua função interpretativa, para ditar a forma da regra jurídica a ser aplicada por subsunção. Entretanto, uma coisa será a construção da regra a partir de princípios informadores, coisa diversa é negar-lhe eficácia.

Condizente com o método juspositivista vigente à época de sua positivação, o legislador celetista atribuiu aos princípios os papéis secundários de inspiradores do legislador, interpretativo e integrativo das lacunas do sistema. O artigo 8º da CLT é muito claro a demonstrar essa opção,⁴⁹ na linha do que também prevê o artigo 4º da LINDB e o artigo 126 do CPC.

Para o legislador celetista, os princípios gerais do direito e os específicos de Direito do Trabalho apenas poderão ser invocados quando não houver disposições legais ou contratuais. Havendo-as, segundo o legislador, não há espaço para a eficácia normativa dos princípios. Essa primeira conclusão retirada da leitura do dispositivo celetista indica para uma segunda que é a não autorização ao intérprete para deixar de aplicar uma disposição legal ou contratual a despeito de violar princípio específico de Direito do Trabalho. Estes, segundo o parágrafo único, apenas teriam essa função paralisante quanto ao Direito comum, quando da integração, jamais em relação às disposições legais específicas trabalhistas ou contratuais.

Leciona Amauri Mascaro Nascimento que:

Do modo como está, esse texto legal atribuiu aos princípios uma função integrativa. Os princípios serão aplicados à falta de disposições legais ou contratuais. Vale dizer que aos princípios cabe o papel de orientar a exata compreensão das normas cujo sentido é obscuro. Porém, havendo norma jurídica para solucionar o caso concreto, esta é que deve ser aplicada. Os princípios atuariam, como a equidade e a analogia, para que se complete o ordenamento jurídico em face das lacunas da lei.⁵⁰

Se o jurista estudar o ordenamento trabalhista pelo método pós-positivista, ele deverá reconhecer que as normas ocupam tanto a estrutura de regras jurídicas como a de princípios jurídicos, ambos com força normativa ampla. Nesse método, não há lacunas e os princípios funcionam, também, como inspiradores do legis-

⁴⁹ “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 de 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. Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

⁵⁰ Nascimento, *Iniciação ao direito do trabalho*, p. 115.

lador e como vetores de interpretação. Havendo o preenchimento das hipóteses fáticas de variadas normas (enquanto gênero), deve o aplicador solucionar as antinomias pelos métodos já inventariados no Capítulo 1. Dito de outro modo, havendo antinomia entre uma regra e um princípio trabalhista, prevalecerá a regra jurídica e no conflito de princípios deve haver ponderação, com apoio na proporcionalidade e suas subregras.

Por qualquer método que se adote, o certo é que os princípios jamais terão a função de paralisar a eficácia das regras jurídicas trabalhistas. Os princípios não podem funcionar como paradigma de justiça ou legitimidade da legislação, em quaisquer dos dois modelos. Apenas no modelo jusnaturalista é que se admite um segundo controle de legitimidade da legislação. Apenas um sincretismo metodológico grave poderá, em tese, sustentar um modelo, como o adotado por muitos, em que se invocam princípios para negar vigência às regras, além das hipóteses restritas das inconstitucionalidades. Enxergam, contraditoriamente, força normativa ampla aos princípios que fomentam os interesses dos trabalhadores, como no método pós-positivista, porém os aplicam no modelo “tudo-ou-nada”, como se fossem regras do método juspositivista. O sincretismo metodológico gera ausência de sistematicidade, quebra do caráter científico do Direito, violação da previsibilidade e da segurança jurídica, além de “absolutizar” os princípios trabalhistas. Ou se reconhece que os princípios cumprem as funções secundárias do juspositivismo ou se reconhece sua força normativa ampla, como no novo modelo, mas aqui já haverá a necessidade de ponderação e flexibilidade dos princípios trabalhistas.

Avancemos para estudar criticamente a legislação e as interpretações mais divulgadas pelos autores e tribunais nacionais, a partir do corte metodológico fixado nas linhas acima. Verificar se os resultados são adequados aos métodos escolhidos.

Um primeiro ponto é fixar que em ambos os métodos os princípios cumprem também a função interpretativa, auxiliando o jurista quando da construção das normas a partir dos textos. A partir dessa função dos princípios trabalhistas e contaminados com a diretriz ideológica da formação do Direito do Trabalho, altamente intervencionista, uma grande parte dos autores tenciona a manipular o sistema de direito positivo a favor dos interesses dos trabalhadores. Procuram construir as suas normas jurídicas sempre a favor dos trabalhadores, ainda que contra texto expresso de lei. Deveriam observar que o limite de liberdade interpretativa vai até a tarefa de filtrar os dispositivos a partir de seus princípios específicos, mas não a de desconsiderar o texto quando esse, democraticamente, restringir algum direito dos trabalhadores. Filtrar quer significar optar por uma interpretação mais afinada aos princípios próprios quando duas ou mais forem possíveis e não criar – com postura legislativa – uma nova disposição.

A título ilustrativo do que afirmamos, Orlando Gomes e Elson Gottschalk defendem que os intérpretes trabalhistas devem perseguir o benefício dos empre-

gados, interpretando o direito positivo de modo a dar-lhe abrangência. Para eles, o método interpretativo do liberalismo clássico deve ser abandonado. O método de interpretação do Direito do Trabalho deve ser especial, deixando de lado as diretrizes da liberdade contratual do direito privado, eis que:

Dominando todos os métodos acima referidos, há o princípio geral, que dia a dia mais se solidifica, concretizado na regra de que, em caso de dúvida sobre o alcance de uma lei do trabalho, se deve adotar uma interpretação mais favorável aos trabalhadores. De modo geral, os autores reputam justa essa regra. Fundamentam-na em que o legislador, tendo manifestado, de maneira clara, sua decisão de intervir no interesse dos trabalhadores, o intérprete deve dar efeito a esta vontade.⁵¹

Américo Plá Rodríguez também abraça a mesma linha interpretativa:

Se o legislador se propôs a estabelecer por meio da lei um sistema de proteção do trabalhador, o intérprete desse direito deve colocar-se na mesma orientação do legislador, buscando cumprir o mesmo propósito. Sob este aspecto, o princípio não aparece como estranho aos critérios que se aplicam em qualquer ramo do direito, nos quais o intérprete deve sempre atuar em consonância com a intenção do legislador.⁵²

Discordamos em parte da premissa fixada, a qual revela desenganadamente uma pré-compreensão socializante, pois a legislação material trabalhista deve proteger até o limite em que a própria legislação avança, democraticamente discutida e editada, não sendo lícito ao intérprete, partindo dessa pré-compreensão, avançar além do limite para criar mecanismos de proteção não previstos pelo sistema. O jurista deve apenas descrever de forma imparcial o ordenamento jurídico – quando muito influenciado pelo paradigma democrático de direito da Constituição de 1988 e não o social-marxista da época de elaboração da CLT. É a Constituição Federal e os seus valores que devem nortear a interpretação do Direito do Trabalho atual; não o inverso, interpretando-se os direitos fundamentais à luz da legislação ordinária de 1943.

Não que os estudiosos não possam professar ideologias diferentes, a favor ou contra o aumento do sistema de proteção trabalhista, mas que esses favoritismos devem ficar confinados para o momento de exercício da democracia, seja pelo voto ou pelo exercício de mandato eletivo. O que não se admite é que, enquanto intérpretes, sejam julgadores ou juristas, os estudiosos de Direito do Trabalho utilizem-se de suas pré-compreensões ideológicas para manipular e alterar o ordenamento legislado.

⁵¹ Gomes e Gottschalk, *op. cit.*, p. 34.

⁵² Plá Rodríguez, *op. cit.*, p. 86.

Firmada a primeira lição de que a função interpretativa dos princípios, tanto para juspositivistas como para pós-positivista, deve ser exercida dentro dos limites da vontade legislativa e sem aumentar o grau de proteção momentâneo fixado pela lei, o próximo passo a investigar o modelo de aplicação dos princípios aos casos concretos.

Em relação ao princípio da indisponibilidade de direitos, alguns dispositivos celetistas são importantes para aprofundamento do ponto em discussão. Ei-los:

Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 444. As alterações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente dessa garantia.

Sergio Pinto Martins comenta o artigo 9º da CLT: “Na vigência do contrato de trabalho, os direitos trabalhistas são irrenunciáveis. Em juízo, poderá haver a transação, pois as partes estarão diante do juiz, que poderá verificar os casos de fraude.”⁵³

Verificamos em parte da sua fundamentação a invocação do princípio da irrenunciabilidade como princípio absoluto, vedando qualquer tipo de renúncia durante a vigência do contrato. Mais a frente, por sua vez, invoca o princípio para justificar que a transação somente pode ser feita perante o juiz, pois este teria, a seu juízo, condições de evitar a fraude. Nessa linha, por coerência lógica, dever-se-ia admitir como válidas aquelas transações e renúncias, nada obstante celebradas em palco extrajudicial, mas quando não se verifica a ocorrência de fraude. Ou uma coisa ou outra. Ou se admite que as renúncias e transações sejam válidas desde que não haja fraude (traço esse decisivo na visão do autor) – a partir de que seriam renunciáveis os direitos –, ou se defenda, mesmo que sem argumentação firme, a indisponibilidade absoluta e não se admita a transação sequer em palco judicial. Não é o momento ou local em que é celebrado o negócio jurídico transação que vai mudar a sua natureza jurídica; não é por isso que os direitos de indisponíveis transmudar-se-ão para disponíveis. A posição de Sergio Pinto Martins contém uma contradição interna, insanável, provocada justamente pela absolutização dos princípios trabalhistas, rejeitando-se a sua modulação.

⁵³ Martins, *Comentários à CLT*, p. 61.

Para Arnaldo Süssekind, já admitindo a transação, leciona:

O *princípio da proteção do trabalhador* resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho – uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal. Daí decorre o *princípio da irrenunciabilidade*, que vem sendo afetado pela tese da flexibilização, mas que não se confunde com a transação, quando há *res dubia* ou *res litigiosa* no momento ou após a cessação do contrato de trabalho.⁵⁴

Coerentemente, Süssekind divisa os institutos da renúncia e da transação, admitindo possa ser adotada esta última durante ou após o contrato. O erro da posição por ele defendida, segundo pensamos, é defender a irrenunciabilidade como princípio absoluto, não a admitindo em situações limítrofes e fundamentadas.

Em última razão, o próprio pedido de demissão é uma renúncia ao emprego, bem maior que o trabalhador pode ter em sua vida profissional. Admite-se renúncia ao emprego, mas não se admite renúncia de alguns direitos de menor estatura, conforme as circunstâncias concretas, em clara contradição entre as duas condutas admitidas amiúde pela jurisprudência trabalhista.⁵⁵

Com rigor, Maurício Godinho Delgado defende que:

A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego. O aparente contingencimento da liberdade obreira que resultaria da observância desse princípio desponta, na verdade, como o instrumento hábil a assegurar efetiva liberdade no contexto da relação empregatícia: é que aquele contingenciamento atenua ao sujeito individual obreiro a inevitável restrição da vontade que naturalmente tem perante o sujeito coletivo empresarial.

É comum a doutrina valer-se da expressão *irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas* para enunciar o presente princípio. Seu conteúdo é o mesmo já exposto, apenas adotando-se diferente epíteto. Contudo, a expressão irrenunciabilidade não parece adequada a revelar a amplitude do princípio enfocado. Renúncia é ato unilateral,

⁵⁴ Süssekind, *Instituições de direito do trabalho*, p. 144.

⁵⁵ Assim já se manifestava Alfredo Ruprecht quanto ao perigo de se considerar a irrenunciabilidade de forma estática e inflexível: “A aplicação absoluta desse princípio daria lugar a situações extremas. Tornaria impossível a conciliação, a transação, a desistência e, sobretudo, a prescrição, assim como a renúncia ao emprego, condenando, desse modo, o trabalhador a ficar, por toda a vida, numa empresa” (*Os princípios do direito do trabalho*, p. 53).

como se sabe. Entretanto, o princípio examinado vai além do simples ato unilateral, interferindo também nos atos *bilaterais* de disposição de direitos (transação, portanto). Para a ordem justralhista, não serão válidas quer a renúncia, quer a transação que importe objetivamente em prejuízo ao trabalhador.⁵⁶

Observamos que, para o autor, o seu conceito de despojamento de direitos é mais amplo que o da maioria da doutrina. Considera ele, aí como faz a unanimidade dos autores, a existência do dogma da irrenunciabilidade como princípio absoluto, mas não justifica com argumentação analítica sua existência e eficácia. Estende seu alcance de modo a abarcar também a transação (concessões mútuas de objeto controvertido).

Em complemento arremata Godinho Delgado:

O requisito da *manifestação de vontade* recebe tratamento singular no Direito do Trabalho, em contraponto ao Direito Comum. A ordem justralhista atenua o papel da vontade obreira como elemento determinante das cláusulas e alterações contratuais, antepondo a ela os princípios da imperatividade das normas laborais e da indisponibilidade de direitos. No caso da transação, a lei acrescenta ainda o parâmetro saneador da inexistência de prejuízo em função do ato transacional. Nesse contexto, pouco espaço resta à pertinência (ou utilidade) de uma pesquisa sobre a higidez da vontade lançada em uma transação trabalhista. A análise concernente a vícios de vontade (erro, dolo ou coação, fundamentalmente), desse modo, apenas ganhará sentido em raras situações da dinâmica trabalhista concernente à figura da transação.⁵⁷

Nesse trecho, com coerência metodológica, defende que a manifestação de vontade do trabalhador e a existência ou não de fraude em nada influenciam na solução da aceitação da transação. Adotando o modelo juspositivista e coerente com as teses desse modelo, diz que há vedação ao despojamento de direitos, conscientemente ou não. O único ponto que merece crítica em sua lição é aquele em que afirma que só se admite transação quando não houver prejuízo ao trabalhador. Para nós, dessa forma, de transação não se trata e sim de concessão a título gracioso de benefícios aos operários, vez que sem as concessões recíprocas das partes não há, a rigor, transação alguma (artigo 840 do Código Civil).

No ano de 2007 foi realizada pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, com a participação de magistrados especializados de todos os graus de jurisdição. Entre todas as ementas aprovadas pelo Plenário, algumas se destacam quanto ao

⁵⁶ Delgado, *Curso de direito do trabalho*, p. 201-202.

⁵⁷ Delgado, *op. cit.*, p. 220-221.

tema em debate, seguindo como exemplo, respectivamente, as de número 9 e 15, *in verbis*:

FLEXIBILIZAÇÃO. I – FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. Impossibilidade de desregulamentação dos direitos sociais fundamentais, por se tratar de normas contidas na cláusula de intangibilidade prevista no art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição da República. II – DIREITO DO TRABALHO. PRINCÍPIOS. EFICÁCIA. A negociação coletiva que reduz garantias dos trabalhadores asseguradas em normas constitucionais e legais ofende princípios do Direito do Trabalho. A quebra da hierarquia das fontes é válida na hipótese de o instrumento inferior ser mais vantajoso para o trabalhador.

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.

Em ambas as ementas fica cristalizado o entendimento de que os princípios de proteção dos empregados são absolutos, não admitindo nenhum tipo de restrição. A possibilidade de restrição proporcional ou a ponderação com outros interesses sequer é levada em consideração. Partem de uma concepção de que no eventual conflito entre o direito do trabalhador e o direito do empregador, prevalece sempre o daquele, pouco importando as situações dos casos concretos. O mais intrigante nos enunciados é que, aparentemente, aproximam do modelo pós-positivista, dando normatividade ampla aos direitos fundamentais que ocupam a estrutura de princípios, mas quando da aplicação, dando um salto ao juspositivismo, o fazem por subsunção, de forma estática e inflexível.

Amauri Mascaro Nascimento, com amparo em doutrina portuguesa, desafia interpretação mais moderna ao advertir que:

Observe-se, também, que para Maria do Rosário o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, que cumpre importante finalidade, não é absoluto: tem exceções, uma vez que o direito do trabalho de alguns países admite derrogação *in pejus* de normas legais pelas convenções coletivas como mecanismo de valorização das negociações coletivas e da autonomia coletiva dos particulares no sistema de direito do trabalho. É o que acontece no Brasil com a exceção aberta pela Constituição Federal de 1988 (art. 7º, VI), que admite acordos coletivos de redução salarial; o que também se verifica, por força da legislação infraconstitucional, na desinvestidura de exercentes de cargos de confiança, no poder disciplinar do empregador e no *jus variandi*, perspectiva segundo a qual o *princípio protetor*, central no direito

do trabalho, não é mais importante que o da *razoabilidade*, de modo que este é o princípio básico a não aquele. Não é viável proteger o trabalhador quando a proteção não se mostra razoável.⁵⁸

Nascimento reconhece a flexibilidade dos princípios, inclusive apontando as situações em que o princípio da proteção foi excepcionado.⁵⁹ Partindo da premissa de que o autor adotou o modelo positivista, não há nenhuma censura à sua lição, pois é essa realmente a dicção e o sistema legislativo atual interpretado com mecanismos do juspositivismo. Poderia, se adotasse o método pós-positivista, avançar para dizer que o princípio da proteção não é excepcionado só de forma expressa pelo legislador, mas que também pode sê-lo pelo contrato e pelo juiz, quando do momento da ponderação, em ambos os casos respeitando a proporcionalidade e o núcleo essencial dos direitos fundamentais modulados.

Guilherme Guimarães Feliciano, conclui excelente artigo sobre os princípios com a seguinte passagem:

A letra da lei jamais será porto seguro para a investigação dos princípios. Mesmo que não sofra variações evidentes, pode ser imantada com novos princípios, hauridos de uma nova Lei Fundamental (caso brasileiro) ou da própria experiência com a aplicação da lei (autopoiese do sistema jurídico). Há que buscar o seu espírito.

A evolução do Direito do Trabalho – de suas regras, institutos e jurisprudências – reflete as transformações que a sua malha principiológica experimenta paulatinamente.

Numa leitura atualizada, o princípio da proteção deixa de ser um borrarho paternalista, afirmando-se como “*ratio*” axiológica que deita raízes na primazia da dignidade humana e se rivaliza com o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão (conquanto esse se subordine àquele nos quadros mais agudos de colisão). Somente a existência desse último explica a possibilidade de dispensa de empregados estáveis por motivos técnicos ou econômico-financeiros (artigo 165, *caput*, da CLT), o exercício do “*jus variandi*” e a plácida constitucionalidade das sucessivas reformas trabalhistas que precarizam circunstancialmente os contratos de trabalho (p. ex., os contratos por prazo determinado, a tempo parcial, o trabalho temporário e – fora do Brasil – a comissão de serviços e o “*job sharing*”). Obtém-se, com isso, um edifício dogmático mais coerente e democrático, sem perder de vista a dignidade da pessoa trabalhadora e as suas concreções nos planos da

⁵⁸ Nascimento, *Curso de direito do trabalho*, p. 352-353.

⁵⁹ Para falar com Mascaro Nascimento, a partir da conclusão de que os princípios não são absolutos, também o princípio da irrenunciabilidade encontra restrição expressa na legislação, quando a CLT admite a possibilidade de despojamento de direitos trabalhistas de forma expressa, como o que ocorre com a renúncia pelo empregado ao cargo de dirigente sindical e, por corolário, à garantia provisória no emprego, na linha do § 1º do artigo 543.

interpretação, da hierarquia de fontes (dinâmica) e da estabilidade do patrimônio jurídico-laboral (condição mais benéfica).⁶⁰

A lição acima já desafia uma visão muito mais moderna, consentânea com a nova sistemática constitucional inaugurada em 1988 no Brasil. Deixa para trás aquele viés paternalista do Governo Vargas, para abraçar tese mais flexível. Ressalvamos a nossa discordância com a posição do autor quando ele faz a conexão de que os direitos dos trabalhadores coincidem com a dignidade humana e, a partir dessa tese, defende que a colisão entre a dignidade e os interesses de gestão sempre vai se resolver a favor do primeiro princípio. Que a colisão entre dignidade humana e interesses outros será resolvida em favor da dignidade não dissentimos, pelo contrário, afirmamos nos capítulos antecedentes. A nossa divergência é quanto à premissa de que os direitos trabalhistas conectam-se à dignidade. Entendemos que entre os direitos trabalhistas alguns derivam diretamente da dignidade humana – os quais têm precedência quando nos casos de colisão com direitos outros –, mas os direitos trabalhistas ordinários são apenas decomposições remotas da dignidade, não radicando diretamente nela, bem por isso não possuem precedência *prima facie* quando dos casos de colisão com outros princípios que fomentam interesses dos empregadores. As circunstâncias concretas, estatisticamente, resultarão em ponderação a favor dos direitos dos empregados, mas a maioria dos resultados não pode servir de fundamento para enunciação da regra geral de que os direitos dos empregados têm precedência em abstrato e estaticamente.

Existirão casos, e a possibilidade de dispensa por justa causa do trabalhador recém-acidentado (e no período da garantia provisória no emprego) é um deles, em que a própria dignidade do trabalhador, remotamente, vai ser ponderada e sacrificada, em alguma medida, não a ponto de ofender seu núcleo essencial, em prol dos direitos do empregador, como a livre iniciativa e o poder diretivo.

Modernamente, a filosofia da linguagem⁶¹ reconhece que a descrição que o observador faz do objeto é diferente do objeto em si mesmo. A forma que o objeto da investigação passa a ocupar depende diretamente da pré-compreensão do observador. É exatamente o que ocorre com a maioria da doutrina trabalhista, aqui homenageada na pessoa de Plá Rodriguez. Como possuem uma pré-compreensão socializante, o objeto descrito pela sua ciência tenderá a ocupar a forma também socializante. Um exemplo pragmático dessa conclusão é quando os doutrinadores da área trabalhista passam a analisar a legislação comum, como o Código Civil

⁶⁰ Feliciano, *Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo*, p. 3.

⁶¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. GADAMER, Hans-George. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1999. HABERMAS, Jürgen. *A lógica das ciências sociais*. Petrópolis: Vozes, 2009.

ou a Constituição Federal, oportunidades em que o resultado passa a ser diverso daquele alcançado por juristas de outras áreas. A Constituição de 88, em si mesma, não é social, mas o resultado da interpretação feita por juristas de inclinação socialista passa a ocupar essa formatação.

Inclusive autores mais modernos, conscientes, inclusive, do método jurídico pós-positivista, tencionam a adotar uma ideologia socializante. Por exemplo, Dinaura Godinho Pimentel Gomes utiliza a força normativa dos princípios para manter a ideia de inflexibilidade dos princípios trabalhistas, a favor dos interesses dos trabalhadores, pouco importando as circunstâncias do caso concreto. Eis trecho de sua lição quando fala do papel do Judiciário Trabalhista:

Sob esse prisma, cumpre-lhe fazer uso da técnica da ponderação de valores, ao interpretar normas coletivas conforme a Constituição, principalmente ao se defrontar com aquelas tendentes a reduzir direitos dos trabalhadores. Mesmo reconhecidos os Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho como fonte de direito do trabalho, a possibilidade de redução salarial (CF/88, art. 7º, VI), por meio de normas coletivas, deve ser encarada apenas de forma temporária, nas fases de crise aguda de incapacidade econômica da empresa, submetida aos ditames da alta tributação nacional, à exorbitante elevação dos juros e à competitividade globalizada.

No entanto, o Judiciário Trabalhista deve deixar de aplicar toda e qualquer regra jurídica infraconstitucional que se afastar da ideia de justiça.⁶²

E mais a frente conclui a citada autora:

Nesses termos, o Judiciário pode – e deve – assegurar de forma mais abrangente possível a progressiva promoção e proteção dos direitos à vida, à saúde e à dignidade de cada trabalhador em contraposição às graves e crescentes desigualdades geradas pela globalização econômica, fazendo a devida ponderação de valores a partir da correta interpretação e aplicação dos princípios e regras constitucionais. Vale dizer, *sem recuos e retrocessos*.⁶³

A autora fala em princípios e em regras constitucionais, fala da técnica da ponderação de valores, contudo, arraigada da ideologia trabalhista da proteção irrestrita e da inflexibilidade dos princípios, concluiu pela negação de aplicação das regras que se afastam da ideia de justiça – essa, segundo seu conceito, é a promoção sempre a favor dos direitos dos trabalhadores –, bem assim arremata, em absoluta contradição, que o juiz do trabalho deve fazer a ponderação de valores, sem recuos ou retrocessos, esquecendo que a ideia de ponderação inclui

⁶² Gomes, *A constitucionalização do direito do trabalho*, p. 33-34.

⁶³ Gomes, *op. cit.*, p. 38.

justamente alguns recuos recíprocos e a necessidade de compatibilização, com algum sacrifício dos direitos em rota de colisão.

No mesmo sentido Gustavo Filipe Barbosa Garcia reconhece que “o sistema jurídico contém normas, as quais representam um gênero, do qual são espécies as regras e os princípios”.⁶⁴ Contudo, contraditoriamente, no tópico seguinte do livro no qual reconheceu, como no modelo pós-positivista, a dualidade das normas jurídicas, diz que os princípios exercem relevantes funções no sistema jurídico: integrativa, havendo lacuna da legislação, interpretativa e inspiradora do legislador, funções específicas do modelo positivista normativista.

Mauricio Godinho Delgado, em monografia recente,⁶⁵ muda de posição ao deixar o método jurídico positivista para estudo do Direito do Trabalho e assume o novo modelo pós-positivista. Deixa essa mudança bastante evidente quando reconhece que entre as funções dos princípios está a “função normativa concorrente”, divisando as normas em regras e princípios, e que “não existiriam princípios absolutos”, inobstante entenda o autor – diversamente do que aqui defendemos – que ainda persiste a função integrativa de lacunas. Para nós, dentro do sistema pós-positivista, não há lacunas, apenas antinomias entre regras e princípios, autonomamente e entre si (v. tópico 1.4.4). Também diversamente do que defendemos no livro, Godinho Delgado é da posição que no conflito entre regras e princípios, estes últimos devem prevalecer em tese, mas com a nota de que “na solução de conflitos entre princípios e regras ou entre os próprios princípios, não prevaleceria critério hierárquico rígido favorecendo os primeiros, mas *critério matizador*, fundado no *peso* dos princípios cotejados”.⁶⁶

A partir da sua conclusão de que nas colisões entre regras e princípios estes últimos teriam precedência – ainda que uma precedência matizada –, conclui que eles podem permitir ao intérprete estender o comando da regra jurídica enfocada ou mesmo restringi-lo. “Nessa medida, os princípios poderão até mesmo eventualmente esterilizar o comando derivado da regra jurídica contraposta.”⁶⁷

Conforme enunciamos, durante o corte metodológico que fizemos ao início desse tópico, não poderá o intérprete negar eficácia às regras jurídicas ao fundamento de contraposição a um princípio, salvo quando declarar a inconstitucionalidade dela, exatamente porque as regras são exceções aos princípios. Prestigiar o princípio em face da regra jurídica com ele colidente desconsidera

⁶⁴ Garcia, *Curso de direito do trabalho*, p. 96.

⁶⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

⁶⁶ Delgado, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁷ Delgado, *op. cit.*, p. 26.

a opção legislativa pré-ponderada e, por interpretação, converterá o jurista em legislador positivo. Desde que as restrições aos princípios constitucionais sejam proporcionais – constitucionais em sentido material, portanto –, devem elas ser prestigiadas, enquanto opção legislativa, não autorizando, como quer Mauricio Godinho Delgado, ao jurista “esterilizá-las”.

O autor homenageado, embora reconheça em sua fase doutrinária recente a força normativa dos princípios jurídicos, acaba ele, contraditoriamente, não assumindo a nota essencial dos princípios que é a flexibilidade; a incidência modulada conforme as circunstâncias dos casos concretos e os demais princípios em rota de colisão. No capítulo que trata do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, divisa ele as normas trabalhistas em absolutamente indisponíveis e relativamente indisponíveis. As da primeira categoria não admitem renúncia ou transação, sendo que as da segunda categoria admitem apenas transação, pois “no tocante à *renúncia*, o operador jurídico em geral até mesmo pode dispensar o exame de seus requisitos, uma vez que o Direito do Trabalho tende a repelir qualquer possibilidade de renúncia a direitos laborais por parte do empregado”.⁶⁸

Com o devido respeito que merece o autor e louvando a sua mudança de paradigma epistemológico para o pós-positivismo, de nada adiantará enunciar que os princípios têm força normativa e não são absolutos, se quando da sua incidência nas mais diversas situações concluir que as renúncias são vedadas em toda e qualquer situação, absolutizando o princípio da irrenunciabilidade de direitos.⁶⁹

Entre as decisões judiciais, uma recente, talvez a única em que o Tribunal Superior do Trabalho recorreu às lições de Robert Alexy e Ronald Dworkin, termina por concluir no sentido que sempre caminhou, ou seja, não importando as circunstâncias do caso concreto, os princípios de proteção ao trabalhador sempre prevalecem. Isso prova que enquanto não for alterada a pré-compreensão de que o Direito do Trabalho não mais deve ser interpretado apenas pelo viés social, mas como pertencente ao estado democrático de direito, nos termos da atual Constituição Federal, o método jurídico será deturpado no momento de sua aplicação pelos julgadores.

Trata-se de um caso⁷⁰ em que um bancário optou, nos termos do plano de cargos, carreiras e salários da Caixa Econômica Federal, por ocupar uma função com atribuições diferenciadas de confiança, com incremento salarial, no entanto

⁶⁸ Delgado, op. cit., p. 83.

⁶⁹ A nossa posição quanto ao princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas – com a admissão de renúncias e transações justificadas – por ser consultado em 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*, v. 74, p. 190-203, fev. 2010.

⁷⁰ TST – E-RR – 1454/2005-103-03-40 – Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi – DJ 29-2-2008.

deixaria de enquadrar-se na regra da jornada bancária de seis horas, passando a desenvolver a jornada de oito horas diárias, nos termos do artigo 224 da Consolidação.

A 4ª Turma do próprio Tribunal Superior do Trabalho entendeu que, no caso dos autos, como o autor optou livremente pela alteração da função e da remuneração, bem como pode, a qualquer momento, retornar à função anterior, com perda da função comissionada, ofende a boa-fé, desprezando o acordado entre as partes, conceder-lhe a sétima e oitava horas diárias como extraordinárias, com pagamento do adicional, além de manter a remuneração diferenciada do cargo para o qual optou.

Entretanto, o empregado recorreu à última instância interna do Tribunal para perseguir as alegadas horas extras, argumentando, em síntese, que o regulamento da empresa não pode contrariar a legislação trabalhista e que o direito era irrenunciável.

O acórdão elege a premissa de que o modelo atual em que vivemos é o do Estado do Bem-Estar Social, afastando do antigo Estado Liberal. Por isso, o Direito do Trabalho incorporou os princípios da irrenunciabilidade de direitos e da primazia da realidade. A decisão chega a dizer que: “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.”

Mais a frente diz que o direito deve ser interpretado como integridade, bem por isso os princípios “não devem ser aplicados casuisticamente”, bem ao contrário do que a teoria dos princípios e os autores pós-positivistas citados no corpo da decisão têm indicado. E a conclusão da decisão não poderia ser diversa, por dedução silogística das premissas fixadas, mantendo o caráter absoluto dos direitos dos trabalhadores. Foi dito que:

Partindo, portanto, dessas premissas quais sejam, a força deontológica do direito e a integridade como coerência na aplicação dos princípios que o justificam –, chega-se ao entendimento de que, 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.

[...]

Entender diversamente implicaria afastar, de forma casuística, os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, em detrimento, ainda, da coerência do próprio direito do trabalho.

Como conclusão, por maioria de votos, a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho reformou a decisão anterior para determinar a quitação das sétima e oitava horas como extras.

O que menos importa no acórdão em debate é a solução final apontada, mas as premissas construídas durante a fundamentação, de que o modelo atual é o Estado de Bem-Estar Social e, por corolário, que os princípios especiais do Direito do Trabalho não podem ceder quando em caso de colisão com outros princípios. A decisão debatida demonstra claramente a pré-compreensão socializante, como consequência, mesmo que se invoquem lições de autores pós-positivistas, o resultado será a absolutização dos princípios de proteção dos trabalhadores, a despeito das circunstâncias concretas. Equivocam-se, em essência, ao dizer que os princípios trabalhistas não cedem em face do princípio da boa-fé, independente das circunstâncias do caso concreto. Mais ainda. A decisão menciona que os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade não podem ser afastados, casuisticamente, nas hipóteses de antinomias com outros princípios.

Alheios ao acerto ou não da conclusão do julgamento, a fundamentação é de nenhuma valia e se guardasse coerência com o método invocado (pós-positivista) deveria reconhecer que os princípios da irrenunciabilidade e da primazia devem ser ponderados, podendo ser modulados casuisticamente e que jamais seriam absolutos. Conforme circunstâncias, pode a boa-fé suplantar os princípios específicos trabalhistas, bem ao contrário do afirmado na decisão judicial. De outra banda, se os julgadores não quisessem reconhecer que os princípios aplicam-se por ponderação, deveriam abraçar o modelo positivista, mas aí já não poderiam reconhecer força normativa aos princípios invocados na fundamentação da decisão.

Ainda em relação aos princípios da irrenunciabilidade de direitos e proteção, já podem ser vistas na jurisprudência posições mais arrojadas, com apoio inclusive em decisões do Tribunal Superior do Trabalho. A questão é que, embora se reconheça a relatividade dos princípios trabalhistas, inclusive a admissão de renúncias, o julgado em testilha não adota o modelo pós-positivista de forma expressa, muito menos realiza a ponderação de princípios, reconhecendo força normativa ampla a eles. Citamos:

ESTABILIDADE – ACIDENTE DE TRABALHO – REINTEGRAÇÃO – RENÚNCIA – DIREITO DISPONÍVEL – Perfeitamente válida a renúncia ao período de estabilidade decorrente de acidente de trabalho. Salvo na hipótese de alegação de vício de consentimento, cuja prova, de toda sorte, incumbe a quem alega. Não há porque se negar eficácia à declaração assinada pelo autor, sob o fundamento único de indisponibilidade do direito, o que, de toda sorte, não se cuida, respeitada vozes em contrário. Com efeito, segundo as palavras do insigne Ministro Milton de Moura França, “é preciso ter presente que o trabalhador não é incapaz, mas cidadão que tem plena consciência dos atos jurídicos que livremente pratica, de forma que, ressalvada a hipótese de vício de seu consentimento, como erro, dolo, coação etc.,

não se revela juridicamente correto negar eficácia à sua declaração de vontade”, in TST E-RR 264.708-96.2. Nesse passo, certo afirmar que o princípio da proteção, bem assim o da irrenunciabilidade dos direitos laborais, não deve ter seu alcance elevado a escalas exponenciais. Primeiro porque, em regra, acaba vindo, direta ou indiretamente, em prejuízo dos demais trabalhadores, inibindo, não raras vezes, a continuidade de benefícios concedidos. Segundo porque os empregados não podem ser tratados como pessoas incapazes ou relativamente incapazes, não se podendo continuar a restringir a validade de sua assinatura unicamente nas hipóteses em que as consequências desse ato lhe forem inteiramente favoráveis (TRT 9ª R. – Proc. 19823-2002-004-09-00-5 – (16575-2005) – Rel. Juíza Sueli Gil El-Rafihi – DJPR 5-7-2005).

Em evidente minoria, existem vozes extremadas que pregam a liberdade na relação de trabalho, admitindo a plena disponibilidade de direitos e negando validade ao princípio da irrenunciabilidade. São visões carregadas de ideologia liberal, com a qual não concordamos. A tese que defendemos é a que a Constituição adotou tanto princípios de ordem social como outros de matriz liberal, sem precedência *prima facie* e abstrata, aplicáveis na maior medida possível e conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas dos casos concretos. Reconhecemos a existência e validade dos princípios da proteção e irrenunciabilidade, apenas divergindo quanto à eficácia absoluta que lhes é atribuída.

Prócere dessa leitura liberal, Marcelo Bатуíra Pedroso argumenta que:

O mercado livre cria oportunidades para todos os indivíduos, desde que estes estejam dispostos a renunciar determinados direitos, se conformarem com remunerações aquém das desejadas e, inclusive, estarem dispostos a mudar de lugar e de ocupação. A renúncia é, portanto, uma poderosa ferramenta à disposição do trabalhador (e não do empresário, como muitos pensam) para se adaptar ao mercado de trabalho e lograr prover suas necessidades e desejos. A liberdade não é limitada pelo desemprego ou pela miséria, ela é, ao contrário, estimulada, na medida em que tais fatores servem como principal motor do indivíduo para obter uma contínua melhoria de seu bem-estar.⁷¹

Antonio Della Senta, na mesma linha ideológica, questiona:

De tanto ouvir que os direitos trabalhistas são indisponíveis, temos a tendência em aceitar como se fosse uma pedra fundamental, de forma a montar o nosso conhecimento a partir deste dado, não mais questionando se este dado é verdadeiro. Alguns desinformados, outros, sofistas, constroem teorias sobre base falsa, induzindo os menos avisados ao erro.⁷²

⁷¹ Pedroso, *Liberdade e irrenunciabilidade no direito do trabalho*, p. 229-230.

⁷² Della Senta, *Disponibilidade dos direitos trabalhistas*, p. 1.

O tópico em referência demonstrou que a posição trabalhista dominante na doutrina e nos tribunais é pela adoção do método juspositivista, aplicando os princípios aos casos concretos como se regras fossem, por subsunção e de forma absoluta, nada obstante para esse método os princípios sequer possuem força normativa. Por sua vez, já há manifestações adotando parcialmente o método pós-positivista quanto à força normativa ampla dos princípios jurídicos trabalhistas, contudo não há quem – como nós pretendemos fazer – reconheça a flexibilidade dos princípios trabalhistas, a relatividade conforme as circunstâncias fático-jurídicas concretas e a inexistência de precedência abstrata ou *prima facie* quando em colisão com princípios que fomentam direitos do empregador. O panorama é alvissareiro ao se verificar que autores consagrados, como Mauricio Godinho Delgado, e decisões do Tribunal Superior do Trabalho já reconhecem e adotem parcialmente o novo método pós-positivista, evidentemente necessitando de abandonar o sincretismo metodológico que retira a cientificidade do Direito do Trabalho, além de lustrar as suas teses com tintas democráticas, de acordo com o paradigma da Constituição Federal de 1988.

4.5 VISÃO PANORÂMICA DO DIREITO ESTRANGEIRO

Passaremos em revista pela legislação estrangeira, analisando sucintamente as posições adotadas em alguns países de tradição romano-germânica, equiparados ao nível de desenvolvimento jurídico-constitucional vivido no Brasil, especialmente quanto ao tema dos princípios de Direito do Trabalho e a sua manipulação nesses sistemas. O presente tópico não tem a pretensão de fazer um estudo crítico de direito comparado, mas apenas exemplificar como se comportam alguns sistemas constitucionais e legais assemelhados ao brasileiro, por isso elegemos apenas países ibero-americanos que experimentaram processos de redemocratização na mesma quadra da história.

4.5.1 Argentina

A Constituição Nacional argentina de 1994 é bastante sintética, não havendo nenhum princípio de Direito do Trabalho enunciado. Em sua redação originária sequer havia direitos sociais fundamentais garantidos, sendo que posterior reforma inseriu um único artigo para tratar dos direitos sociais gerais, direitos trabalhistas, direitos de seguridade social e direitos sindicais. No artigo há referência ao caráter irrenunciável dos direitos da seguridade social, mas não há referência quanto aos trabalhistas.⁷³

⁷³ “Art. 14 bis. El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso

As relações de trabalho são regradas pela *Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744 de 1976)*, em cujo texto adota explicitamente vários dos princípios específicos da disciplina, demonstrando também a inspiração metódica positivista que permeava a teoria do direito na época, atribuindo aos princípios as tríplices funções, notadamente a força normativa apenas para colmatar lacunas.⁷⁴

O artigo 7º condena com a nulidade quaisquer condições menos favoráveis aos trabalhadores que forem pactuadas pelas partes abaixo do patamar fixado pela lei ou pelas convenções coletivas, reafirmando no artigo 8º que as condições negociadas pelas normas coletivas que tragam maiores benefícios serão válidas e aplicáveis, não precisando sequer realizar prova de sua vigência e aplicabilidade em juízo.

No artigo 9º o legislador argentino adota expressamente o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, pontuando que será considerada a norma mais favorável aquela analisada em seu conjunto em relação a cada instituto. O legislador adotou a teoria da acumulação mitigada, considerando na análise da norma mais favorável cada uns dos institutos, podendo, por exemplo, adotar as disposições de norma coletiva que se referem à jornada e valer-se das disposições mais benéficas da legislação quanto ao tema salário, quando mais favoráveis, sem que isso importe em quebra sistemática das fontes normativas. Na Argentina foi superada a divergência que ainda há no Brasil entre as teorias atomistas ou da acumulação, de um lado, e a do conglobamento, de outro.⁷⁵

y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

⁷⁴ “Artículo 11 – Principios de interpretación y aplicación de la ley. Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe.”

⁷⁵ “Artículo 9º – El principio de la norma más favorable para el trabajador. En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho

O artigo seguinte adotou o princípio da continuidade do contrato e no artigo 12 o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, imputando como nulas as disposições nesse sentido. O artigo 14 adota o princípio da primazia da realidade sobre a forma, imputando como nulos os contratos celebrados com outras roupagens legais com o fim de mascarar uma relação específica de trabalho subordinado.⁷⁶

Se a renúncia de direitos foi vedada, por sua vez a transação também obteve cuidadoso regramento, inclusive com algumas atualizações advindas de leis recentes. O artigo 15 da lei do contrato de trabalho trata da transação e sua validade. Os acordos transacionais, conciliatórios ou liberatórios serão válidos apenas com a intervenção das autoridades administrativas ou judiciais, quem verificará a existência de uma justa composição dos direitos e interesses das partes, bem como zelará pela obediência da legislação, notadamente fiscal e previdenciária. Esses termos de acordos homologados terão eficácia jurídica de coisa julgada entre as partes celebrantes.

4.5.2 Uruguai

A Constituição uruguaia atual é de 1967 e é bastante sintética em matéria de direitos trabalhistas, apenas garantindo alguns direitos elementares e delegando a sua regulamentação ao legislador ordinário. Não há adoção de nenhum princípio específico de Direito do Trabalho no texto constitucional platino.

Cristina Margarelli, em trabalho sobre a renúncia e transação nos contratos individuais de trabalho, leciona que no Uruguai não há nenhuma disposição específica de Direito do Trabalho que trate da questão, por isso a doutrina e a jurisprudência têm admitido-a, balizando-a a partir dos requisitos específicos do código civil e do princípio da irrenunciabilidade. “Resulta interessante observar que, com disposições legais que não são idênticas, os critérios da doutrina e da jurisprudência laboral em torno da transação são similares nos distintos ordenamentos”,⁷⁷ sendo eles a existência de lide pendente, existência de concessões recíprocas, referência a

del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador.”

⁷⁶ “Artículo 14 – Nulidad por fraude laboral. Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley.”

⁷⁷ “Resulta interesante observar que, con disposiciones legales que non son idénticas, los criterios de la doctrina y de la jurisprudencia laboral em torno a la transacción, son similares en los distintos ordenamientos” (Margarelli, *La transacción en el Derecho del Trabajo*, p. 506).

direitos duvidosos e que o trabalhador conte com assessoramento, assim entendido aquele prestado por um advogado ou nas conciliações administrativas perante o Ministério do Trabalho.

A Suprema Corte de Justiça do Uruguai já entendeu que não há concessões recíprocas e por isso transação legítima quando a empresa paga o que está obrigada a pagar pela lei ao trabalhador. No corpo da decisão constou expressamente que: “Não existiram, com efeito, no negócio em questão concessões recíprocas dos outorgantes: a empresa não renunciou a nada, simplesmente abonou o que estava obrigada – por lei – a pagar ao finalizar a relação laboral.”⁷⁸

Para os autores uruguaios e a jurisprudência doméstica, atendidos todos os requisitos de validade da transação, ela ostenta eficácia de coisa julgada, conforme está previsto no artigo 2.161 do Código Civil.

Em resumo, embora não haja disposição constitucional ou legal específica acerca dos princípios de Direito do Trabalho, há consenso entre os autores e julgadores uruguaios quanto à sua existência, motivo pelo qual, a partir da leitura que fazem do princípio implícito da irrenunciabilidade de direitos, admitem a transação, observando certos requisitos, mas negam eficácia às renúncias nas relações individuais de trabalho.

Muito provavelmente pela escassez legislativa uruguia quanto ao tema dos princípios trabalhistas é que a doutrina, representada por Américo Plá Rodrigues, foi convocada a construí-los por indução das demais disposições do sistema legal.

4.5.3 Venezuela

A Constituição venezuelana é do ano 2000 e traz em seu corpo o respeito aos direitos humanos, adotando expressamente a teoria do diálogo das fontes entre o direito interno e os direitos internacionais,⁷⁹ conforme a doutrina de Erik Jayme, exposta em sua célebre conferência em Haia.⁸⁰ Especificamente quanto ao Direito

⁷⁸ “Non existieron, en efecto, en el negocio en cuestión concesiones recíprocas de los otorgantes: la empresa no renuncio a nada, simplemente abonó lo que estaba obligada – por ley – a pagar al finalizar la relación laboral.” (Sentencia nº 112, de 22-6-2001).

⁷⁹ “Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

⁸⁰ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, v. 251, p. 9-267, 1995. Para melhor aprofundamento do tema no Brasil: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

do Trabalho, a Carta da Venezuela traz um rol amplo de direitos (artigos 87 e 97), sendo adotados princípios expressos no artigo 89, tais quais o da intangibilidade e progressividade dos direitos trabalhistas, primazia da realidade sobre as formas, irrenunciabilidade, restrição à transação, da norma mais favorável, *in dubio pro operario* e não discriminação.⁸¹

A atual legislação trabalhista venezuelana é composta pela *Ley Orgánica del Trabajo* de 1997 e pelo *Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo* de 1999, em cujo documento regulamentar adotou expressamente os princípios fundamentais específicos de Direito do Trabalho (artigo 8º), recepcionados pela Constituição de 2000, como o princípio protetor, com seus três subprincípios da norma mais favorável, *in dubio pro operario* e conservação da condição laboral mais favorável, da irrenunciabilidade de direitos, da primazia da realidade e dos direitos sobre a forma, conservação da relação de trabalho, não discriminação arbitrária e gratuidade dos procedimentos judiciais e administrativos em matéria de trabalho, fazendo nos artigos seguintes uma rigorosa explicação do alcance dos princípios, inclusive com as suas restrições ocasionais que são admitidas pelo sistema.

Também na vanguarda e seguindo diretriz constitucional, o regulamento adotou o princípio da norma mais favorável também em relação ao direito internacional, conforme a teoria já referida do “diálogo das fontes”, ao prever que:

Artículo 5º Normas de origen internacional: Las normas de la Organización Internacional del Trabajo contenidas en su Constitución y Convenios, así como las previstas en Tratados y demás instrumentos normativos internacionales sobre

⁸¹ “Artículo 89. El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios: Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias.

Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenio al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.

Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad.

Toda medida o acto del patrono contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno.

Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición.

Se prohíbe el trabajo de adolescentes en labores que puedan afectar su desarrollo integral. El Estado los o las protegerá contra cualquier explotación económica y social.”

relaciones de trabajo y seguridad social, ratificados por Venezuela, privarán sobre cualquier otra de rango legal, en cuanto fueren más favorables al trabajador.

Quanto ao tema da renúncia e transação, a *Ley Orgánica del Trabajo* da Venezuela prevê que:

Artículo 3º En ningún caso serán renunciables las normas y disposiciones que favorezcan a los trabajadores.

PARÁGRAFO ÚNICO. La irrenunciabilidad no excluye la posibilidad de conciliación o transacción siempre que se haga por escrito y contenga una relación circunstanciada de los hechos que la motiven y de los derechos en ella comprendidos. La transacción celebrada por ante el funcionario competente del trabajo tendrá efecto de cosa juzgada.

O regulamento acrescenta que o princípio da irrenunciabilidade não afetará a possibilidade de transação, judicial ou extrajudicial, desde que haja direito controvertido e concessões mútuas. Nos casos de legítima transação, as partes podem ajuizar uma ação judicial para homologação ou levar o termo de acordo para análise do Inspetor do Trabalho, que tem o prazo de três dias para homologar ou recusar fundamentadamente o negócio jurídico, concedendo às partes a oportunidade de emenda da transação. É de se observar que a Constituição venezuelana restringiu a possibilidade de transação para a fase posterior à rescisão contratual, vedando-a durante o contrato.

Nos dois casos, a homologação emprestará os efeitos da coisa julgada.

A lei venezuelana é mais flexível que a brasileira, na medida em que veda a renúncia, mas admite a transação, desde que ela cumpra com as formalidades legais e haja exposição do direito controvertido objeto do negócio jurídico. Vai além para dar efeito de coisa julgada à transação extrajudicial celebrada perante as autoridades administrativas. Entendemos que a legislação da Venezuela é bastante inteligente, eis que protege todos os trabalhadores das pressões patronais para renúncia de direitos, mas não enrijece a possibilidade de negociação, com transação de objeto controvertido, importando em concessões mútuas legítimas, após a extinção do contrato. Possibilita o ajuizamento de ações em procedimento especial apenas para fins de homologação do acordo, com vistas a obter a eficácia da coisa julgada, garantindo a um só tempo a liberdade assistida das partes, o respeito aos direitos sociais e a segurança jurídica.

Como já dito, o legislador adotou expressamente os subprincípios da norma mais favorável e do *in dubio pro operario*, inclusive adotando a teoria do conglobamento quanto à escolha da norma mais favorável.⁸² Avançou, com vanguardismo, para

⁸² “Artículo 59. En caso de conflicto de leyes prevalecerán las del Trabajo, sustantivas o de procedimiento. Si hubiere dudas en la aplicación de varias normas vigentes, o en la interpretación de

dizer que além das disposições constitucionais e legais, também possuem força normativa os princípios gerais do direito, os específicos de Direito do Trabalho e, inclusive, todos os princípios constitucionais e os adotados pela Organização Internacional do Trabalho.⁸³ Importante observar que os princípios não ocupam a função secundária de integração de lacunas, mas antes devem ser aplicados ao lado das regras jurídicas, demonstrando a adoção do modelo metodológico pós-positivista pelo legislador da Venezuela.

O princípio da continuidade do contrato de trabalho foi eleito, mas as suas restrições estão dispostas na lei, na medida em que o sistema legal, concorrentemente, admite que “o contrato de trabalho poderá celebrar-se por tempo indeterminado, por tempo determinado ou para uma obra determinada.” (Artigo 72 da Lei Orgânica), sem nenhuma preferência para a indeterminação do prazo ou continuidade dos contratos, se bem que existem requisitos objetivos para que os contratos sejam celebrados por prazo determinado, em variadas hipóteses.

Em sede de negociação coletiva, a legislação veda a simples supressão de direitos dos empregados, mas admite possa haver transação, inclusive com supressão de alguns direitos para lograr a conquista de outros, fundamentadamente justificada, devendo, em análise conjuntural, trazer benefícios à classe operária.⁸⁴

una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador. La norma adoptada deberá aplicarse en su integridad.”

⁸³ “Artículo 60. Además de las disposiciones constitucionales y legales de carácter imperativo, para la resolución de un caso determinado se aplicarán, en el orden indicado: a) La convención colectiva de trabajo o el laudo arbitral, si fuere el caso; b) El contrato de trabajo; c) Los principios que inspiran la Legislación del Trabajo, tales como los contenidos explícita o implícitamente en declaraciones constitucionales o en los Convenios y Recomendaciones adoptados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo y en la jurisprudencia y doctrina nacionales; d) La costumbre y el uso, en cuanto no contraríen las disposiciones legales ni los principios a que se refiere el literal anterior; e) Los principios universalmente admitidos por el Derecho del Trabajo; f) Las normas y principios generales del Derecho; y g) La equidad.”

⁸⁴ “Artículo 511. La convención colectiva no podrá concertarse en condiciones menos favorables para los trabajadores que las contenidas en los contratos de trabajo vigentes.

Artículo 512. No obstante lo establecido en el artículo anterior, podrán modificarse las condiciones de trabajo vigentes si las partes convienen en cambiar o sustituir algunas de las cláusulas establecidas, por otras, aun de distinta naturaleza, que consagren beneficios que en su conjunto sean más favorables para los trabajadores.

Parágrafo único: Es condición necesaria para la aplicación de este artículo indicar en el texto de la convención, con claridad, cuáles son los beneficios sustitutivos de los contenidos en las cláusulas modificadas.

No se considerarán condiciones menos favorables el cambio de un beneficio por otro, aunque no sea de naturaleza similar, debiéndose dejar constancia de la razón del cambio o de la modificación.”

A legislação da Venezuela é arrojada e demonstrou a adoção de diversos mecanismos pós-modernos, como o modelo metodológico pós-positivista, emprestando força normativa ampla aos princípios, gerais e específicos, adoção da teoria do diálogo das fontes com o Direito Internacional, a adoção da teoria da vedação do retrocesso social, a enumeração dos princípios específicos, mas com as hipóteses de restrição, assumindo a posição de que os princípios não possuem eficácia absoluta.

4.5.4 Chile

A atual Constituição Política chilena é de 1980, nada obstante as diversas reformas ocorridas nas duas últimas décadas, a qual garante direitos fundamentais de liberdade, sociais e coletivos, reservando aos direitos trabalhistas apenas o artigo 16, no qual há garantia geral da liberdade de trabalho, o princípio da não discriminação, o direito à negociação coletiva e o direito de greve, restringindo-o quanto aos servidores públicos e empregados de empresas que atuam em atividade essencial.

Muito embora a omissão constitucional, o direito ordinário chileno trabalhista é bastante moderno e afinado aos ideais democráticos, com admissão da ponderação entre os interesses dos trabalhadores e empregadores, inserindo o Direito do Trabalho no novel modelo constitucional do Estado Democrático de Direito, compatibilizando a ideologia liberal e a social, sem precedência *prima facie* e abstrata entre os interesses, conforme se verifica de diversas passagens do Código do Trabalho de 2003.

O artigo 2º do Código reconhece a dignidade da pessoa humana, bem assim no artigo 5º o poder diretivo do empregador, balizado pelos direitos fundamentais dos trabalhadores. No mesmo dispositivo há adoção do princípio da irrenunciabilidade de direitos, condicionado ao período de duração do contrato, assim como a legalidade da alteração contratual trabalhista, individual e coletiva, por mútuo consentimento.

Não há a consagração expressa dos princípios da norma mais favorável, da primazia da realidade ou da continuidade do contrato de trabalho.

Uma regra interessante, de natureza jurídica processual, é a existência de procedimento especial de tutela dos direitos fundamentais dos trabalhadores. No inciso III do artigo 485 está previsto como deverá o juiz chileno pautar-se nessas ocasiões:

Se entenderá que os direitos e garantias a que se referem os incisos anteriores resultam lesionados quando o exercício das faculdades que a lei reconhece ao empregador limita o pleno exercício daquelas sem justificação suficiente, de

forma arbitrária ou desproporcional, ou sem respeito ao seu conteúdo essencial. Em igual sentido se entenderá as represálias exercidas contra os trabalhadores, em razão ou como consequência da ação fiscalizadora da Direção do Trabalho ou por exercício de ações judiciais.

A disposição inicial do artigo 485 lista quais são os direitos fundamentais dos trabalhadores passíveis de sofrer violação, mas o inciso III cuidou de deixar bem claro que só há falar em violação desses direitos fundamentais dos empregados quando o exercício dos direitos de gestão ofendê-los de forma desproporcional. Por exercício de raciocínio lógico, a legislação está a admitir, com ineditismo a ser aplaudido na Latinoamérica, a possibilidade de retração dos direitos fundamentais dos obreiros, em alguma medida, desde que não seja a restrição injustificada, arbitrária ou desproporcional.

Aquilo que é lição elementar na dogmática constitucional, de que os direitos fundamentais, que ocupam a estrutura de princípios, não são absolutos, na medida em que comportam restrições quando de sua aplicação, passa a fazer parte do sistema de direito positivo do Chile, no que toca aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Sergio Gamonal Contreras, comentando a mudança de paradigma vivida na legislação chilena, diz que alguns são os requisitos para que se considere legítima a restrição de direitos fundamentais dos trabalhadores: (1) deve existir uma justificação suficiente; (2) não deve ser a limitação arbitrária ou desproporcional; (3) não deve afetar o núcleo essencial dos direitos; e (4) não deve tratar-se de uma represália do empregador.⁸⁵

No entanto, segundo Gamonal Contreras, não basta a alteração legislativa, mas principalmente uma mudança na metodologia dos aplicadores do direito. A postura que se espera do novo magistrado trabalhista chileno é a pós-positivista:⁸⁶

⁸⁵ Contreras, *Los principios y la ponderación judicial: el rol del juez en el proceso del trabajo chileno*, p. 173.

⁸⁶ Cita o autor duas decisões judiciais em que os magistrados trabalharam com a proporcionalidade na solução da colisão de direitos fundamentais de empregados e empregadores. Uma delas, de setembro de 2008 (Madrid c. Kronos, Rol 08-4-0001305-6), declara a nulidade de uma dispensa realizada a pretexto de a obreira ter enviado pelo *e-mail* particular, monitorado em sigilo pela empresa, informações de caráter privilegiado. O Tribunal reconhece a possibilidade de restrição do direito fundamental ao sigilo e a privacidade da empregada, mas, após exercício de ponderação, entende que, no caso concreto, a atitude patronal importou em violação desproporcional do direito à privacidade. Acrescentou o Tribunal que a conduta patronal de fiscalização secreta do *e-mail* privado da empregada afetou o conteúdo essencial do direito à privacidade, por isso foi tida como desproporcional (cf. Contreras, *op. cit.*, p. 185).

O novo procedimento laboral da lei chilena representa uma mudança muito importante na atividade de tutela dos trabalhadores. Nada obstante, também implica uma série de desafios para a função jurisdicional.

Um primeiro desafio guarda relação com o conhecimento e aplicação da dogmática dos direitos fundamentais. Estes operam como princípios e não como regras, o que implica um labor reflexivo de ponderação, que analisa cada caso e que deve fundamentar-se adequadamente para que este procedimento se legitime.

Um segundo desafio radica na operação mesma de ponderação, que se exige avaliar também os direitos fundamentais do empregador. Por isso, se bem é um procedimento protetor, inclusive a mesma lei enumera os requisitos para os quais, eventualmente, poderia modular-se um direito fundamental do trabalhador dentro da empresa.⁸⁷

Em relação ao direito coletivo do trabalho, com vanguardismo, o Código do Trabalho chileno estabelece os temas que podem ser objeto de negociação coletiva, como remuneração, benefícios, condições de trabalho, e protege alguns direitos dos trabalhadores e também dos empregadores, como se verifica no artigo 306: “Não serão objeto de negociação coletiva aquelas matérias que restrinjam ou limitem a faculdade do empregador de organizar, dirigir e administrar a empresa e aquelas relacionadas a mesma.”

Guardadas as devidas diferenças entre o direito positivo nacional e o chileno acima transcrito, o que pretendemos como uma das hipóteses do trabalho é inserir a mesma metodologia pós-positivista, calcada na proporcionalidade, como ferramenta adequada a solver os conflitos entre os direitos de empregados e empregadores.

4.5.5 Espanha

A Constituição espanhola de 1978 apenas consagra os direitos gerais de sindicalização, greve e liberdade de trabalho, não havendo a constitucionalização de nenhum direito específico trabalhista, muito menos enunciação dos princípios especiais.

As relações de trabalho espanholas são ordinariamente reguladas pelo Real Decreto Legislativo nº 1/1995, de 24 de março, que revisou e refundiu a antigo *Estatuto de los Trabajadores*. Houve a adoção expressa na legislação de alguns princípios próprios de Direito do Trabalho, principalmente no artigo 3, que cuida das fontes de direitos e obrigações da relação laboral. Entre as fontes está a vontade

⁸⁷ Contreras, op. cit., 186-187.

das partes, desde que se respeite o patamar legal ou convencional fixado.⁸⁸ Trata-se de restrição para fins de negociação individual, na medida em que em relação às negociações coletivas a lei outorga ampla liberdade às partes convenientes.

Houve também manifestação expressa do princípio da norma mais favorável, inclusive a adoção da teoria do conglobamento como critério hábil a indicar a opção da norma a ser aplicada pelo juiz. Diz a legislação que “os conflitos originados entre os preceitos de duas ou mais normas laborais, tanto estatais como pactuadas, que deveriam respeitar em todo caso os mínimos de direito necessário, se resolverão mediante a aplicação da mais favorável para o trabalhador, apreciada em seu conjunto, e em computo anual, a respeito dos conceitos quantificáveis” (artigo 3.3).

O legislador ibérico tratou da renúncia de direitos trabalhistas, vedando-a em qualquer circunstância, de modo que adotou o princípio da irrenunciabilidade ampla. O item 5 do artículo 3 vaticina que: “Os trabalhadores não poderão dispor validamente, antes ou depois de sua aquisição, dos direitos que sejam reconhecidos por disposições legais de direito necessário. Tampouco poderão dispor validamente dos direitos reconhecidos como indisponíveis por convênio coletivo.”

Não há na legislação trabalhista espanhola nenhuma referência à transação, de modo que os autores e a jurisprudência aplicam as disposições da legislação civil para admitir a sua possibilidade, desde que observados os requisitos consagrados da existência de objeto controvertido e as concessões recíprocas.

Mais ainda. O artículo 41, que regulamenta as modificações substanciais das condições de trabalho, admite que o empregador possa, comprovando razões técnicas, econômicas, organizativas ou de produção, alterar as cláusulas contratuais por período determinado, inclusive *in pejus*, quanto aos temas de jornada, remuneração, turnos de trabalho, funções, entre outros, devendo notificar o trabalhador alcançado. Este poderá, entendendo haver abuso na alteração contratual, rescindir seu contrato unilateralmente por motivo justificado ou questionar judicialmente as alterações, quando o juiz decidirá sobre a legalidade ou não das alterações.

Essa sistemática de alteração contratual para situações de adaptabilidade da empresa,⁸⁹ se não afasta os princípios da inalterabilidade contratual e da condição mais benéfica, os submete a sérias restrições.

⁸⁸ “Artículo 3. 1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: (...) c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.”

⁸⁹ “Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos,

O artigo 15, que trata da duração dos contratos de trabalho, manifestou a possibilidade de que “o contrato de trabalho poderá pactuar-se por tempo indefinido ou por uma duração determinada”, muito embora as hipóteses de contratos por tempo determinado devam enquadrar-se em algumas situações legais que, bastante amplas, admitem a contratação determinada quase que indistintamente. Poder-se-ia construir, a partir da disposição transcrita, a existência do princípio da continuidade do contrato de trabalho, contudo referido princípio é bastante mitigado em diversas disposições.

A título de exemplo da restrição ao princípio da continuidade do contrato, o artículo 47 admite a suspensão do contrato, por iniciativa exclusiva do empresário, desde que haja razões de ordem econômicas, técnicas, organizativas, de produção ou em caso de força maior, bem como a redução da carga horária de trabalho, por período de até 90 dias, valendo-se referir que as modalidades de suspensão ou alteração dos contratos são adotadas em situações pontuais, principalmente pelo fato de que a regra geral é a impossibilidade de dispensa imotivada do trabalhador, havendo requisitos legais objetivos para as dispensas individuais e coletivas (artigos 51 e 52).

Em síntese, a atual legislação espanhola, a despeito de adotar os princípios trabalhistas clássicos, expressa ou implicitamente, trouxe uma série de restrições aos mesmos princípios, afastando no país a antiga crença que permeia outras nações de que os princípios de Direito do Trabalho seriam absolutos, não admitindo restrições.

A legislação espanhola incentiva a ampla negociação coletiva, transferindo aos empresários e aos trabalhadores uma maior responsabilidade na negociação das condições que regularam os contratos.

4.5.6 Portugal

A Constituição portuguesa de 1976 consagrou direitos fundamentais das três dimensões, entre os quais direitos sociais trabalhistas. No artigo 18º, adotou o modelo pós-positivista, referindo expressamente a flexibilidade dos direitos fundamentais,⁹⁰ admitindo sejam feitas restrições proporcionais a esses direitos

que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda” (Art. 41.1).

⁹⁰ “Artigo 18º (força jurídica). 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. 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 cons-

pela atividade legislativa conformadora, em respeito a outros direitos constitucionalmente relevantes. Ponderou a necessidade de as leis restritivas de direitos fundamentais atenderem o princípio da proporcionalidade, respeitando o conteúdo essencial dos direitos fundamentais objeto de sopesamento legislativo. Também adotou, quanto ao direito internacional, a teoria do diálogo das fontes (artigos 8º e 16º), abrindo o sistema constitucional português para a atividade integrativa posterior, nacional e internacional; criou um mecanismo jurídico que permite a constante atualização do direito constitucional português, possibilitando sejam admitidas outras normas que não somente aquelas enunciadas expressamente.

Quanto ao tema do Direito do Trabalho, a Constituição portuguesa é sintética, arrolando os direitos gerais de liberdade de trabalho, garantia no emprego, liberdade de associação e sindical, direito de greve e alguns direitos trabalhistas básicos (artigo 59º), delegando ao legislador ordinário a tarefa de concretização das metas fixadas. No texto constitucional não houve a enunciação de nenhum princípio específico trabalhista.

Lastreado nas premissas constitucionais resumidas alhures, os Códigos do Trabalho de 2003 e o atual de 2009 são bastante modernos, afinados com as diretrizes metodológicas eleitas, revelando-se uma obra de constante atividade ponderativa dos legisladores quanto às diversas situações fáticas que envolvem a colisão de direitos fundamentais e o resultado pré-ponderado (legislativo) da colisão.

As disposições mais importantes ao objeto desse capítulo são o artigo 3º do Código do Trabalho de 2009, que trata das fontes de direito do trabalho, o qual adota expressamente o princípio da norma mais favorável em face das cláusulas legais e aquelas dos contratos coletivos e individuais,⁹¹ nada referindo quanto aos princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade.

Há a adoção do princípio da continuidade do contrato de trabalho, contudo com diversas restrições, como as modalidades de contratações a termo, contratações a tempo parcial, trabalho temporário, trabalho intermitente. Permite que o “empregador pode reduzir temporariamente os períodos normais de trabalho ou suspender os contratos de trabalho, por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afectado gravemente

titucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir de carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

⁹¹ “3.3 — As normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, sem oposição daquelas normas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores quando respeitem às seguintes matérias: [...] 3.4 — As normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por contrato individual que estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador, se delas não resultar o contrário.”

a actividade normal da empresa, desde que tal medida seja indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho” (artigo 298), pelo prazo de até seis meses, sendo que, nos casos de catástrofes ou outras ocorrências graves por até um ano, haverá pagamento de uma compensação retributiva aos empregados.

O Código português também traz disposições de proteção dos direitos da personalidade dos trabalhadores, como respeito à intimidade e à vida privada, liberdade de expressão e de opinião, integridade física e moral, proteção dos dados pessoais, restrições quanto a solicitação de exames médicos, requisitos objetivos para vigilância a distância, confidencialidade de mensagens e de acesso à informação, proibição de discriminação e assédio, moral e sexual, entre outros direitos, em atividade legislativa metódica que atende as diretrizes constitucionais de restrição proporcional aos direitos fundamentais, sempre respeitando o núcleo essencial desses direitos.

E o mais interessante é que não só direitos fundamentais integrantes do patrimônio jurídico dos trabalhadores são consagrados, mas direitos que fomentem os interesses dos empregadores, como a já referida possibilidade de suspensão contratual para atender as situações estruturais ou de mercado, entre tantas outras.

Exemplificativamente, quanto ao tema da reserva da intimidade e da vida privada, determina o artigo 16º que o empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada. O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.

Em relação ao tema dos meios de vigilância a distância, o artigo 20º, em lapidar atividade ponderativa legislativa, anotou que:

- 1 – O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.
- 2 – A utilização de equipamento referido no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a protecção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem.
- 3 – Nos casos previstos no número anterior, o empregador informa o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados, devendo nomeadamente afixar nos locais sujeitos os seguintes dizeres, consoante os casos: “Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão” ou “Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som”, seguido de símbolo identificativo.

4 – Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto no n.º 1 e constitui contra-ordenação leve a violação do disposto no n.º 3.

Houve o fomento tanto dos direitos da personalidade dos trabalhadores, com a vedação da adoção de meios de vigilância para controlar a atividade profissional, mas também, condizente com determinadas circunstâncias e protegendo direito fundamental do empregador, admite-se o monitoramento, com a reserva de alguns requisitos.

Mais ainda. No artigo seguinte, tratando dos requisitos procedimentais para o empregador obter a autorização de instalação do sistema de monitoramento, o Código exige o requerimento e a autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados, atribuindo a essa a atividade ponderativa. “*A autorização só pode ser concedida se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objectivos a atingir.*”

É a consagração do método pós-positivista pela legislação trabalhista lusa, chegando ao ponto de tamanho refinamento ao delegar à autoridade administrativa a tarefa de ponderar as circunstâncias fáticas dos casos concretos para a autorização de monitoramento, adotando o princípio da proporcionalidade em sua acepção técnica, no modelo da Corte Constitucional alemã e da doutrina de Robert Alexy, com as sub-regras da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Também ao tratar do direito de greve, já nos artigos 537 e 538, o legislador português pondera o direito fundamental de greve dos trabalhadores com os direitos da sociedade de outro, dando como resultado a necessidade de nas atividades essenciais o sindicato manter um percentual mínimo de trabalhadores em atividade, como de resto faz a legislação brasileira.⁹² No entanto, o grande avanço é que não há fixação rígida do percentual mínimo a ser atendido, mas delegou às autoridades administrativas, com o necessário diálogo realizado com os sindicatos e sem necessidade de interveniência do Poder Judiciário, culminando com a ordem de que: “*A definição dos serviços mínimos deve respeitar os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade.*”

A legislação portuguesa trabalhista, a um só tempo, além da adoção das diretrizes ideológicas da Constituição de 76 quanto ao método pós-positivista e a teoria do diálogo das fontes de Erik Jayme, também homenageou as exigências da pós-modernidade, convocou os diversos atores sociais ao diálogo legitimador das decisões, construindo procedimentadamente as soluções dos casos concretos, de forma flexível e adequada às circunstâncias fático-jurídicas, afastando-se do corporativismo estatal e das soluções rígidas e generalizantes, ainda em voga no Direito do Trabalho brasileiro.

⁹² Lei n.º 7.783 de 1989.

4.5.7 Projeto de Código-Tipo de Direito do Trabalho na América Latina

Em importante Seminário Internacional que contou com juristas da área trabalhista de toda a Latinoamérica, a partir de cujo evento se tentou sistematizar um Código-Tipo, o colombiano Augusto Conti Parra, responsável pelo tema dos princípios, advertiu que:

Um Código-Tipo tem, por conseguinte, o primordial objetivo de neutralizar a ideologia mediante uma proposta de centro que reduza a busca frenética da panaceia única e excludente que tem semeado o ódio e a destruição entre nossas gentes. Nessa medida, o legislador comunitário tem o grande desafio de conceber fórmulas de harmonia que permitam o uso comum de princípios protetores sem desprezar o axioma irrefutável da liberdade.⁹³

E arremata em tom conclusivo a sua exposição:

Corolário direto de anteriores evidências, expressas, além disso, em outras manifestações de empobrecimento, é o de que há uma lacuna entre o direito e a realidade, que, se não preenchida por meio da desregulamentação e da flexibilização dos princípios que secularmente têm orientado a matéria, conduzirá a uma irreversível degradação da renda e, por conseguinte, do consumo que, no espaço de três anos, produziria uma situação de falência inevitável. A salvaguarda do emprego, o crescimento da produtividade e a introdução de novas tecnologias, que refletem um problema de ajuste estrutural, só podem ter soluções no âmbito da empresa. Dessa forma, para começar se deveria considerar a possibilidade de um recesso na contratação coletiva por setores. A extensão simultânea de certas formas de emprego, chamadas comum e impropriamente *atípicas ou precárias*, como o trabalho temporário, o trabalho por tempo parcial, o trabalho compartilhado, o trabalho em domicílio ou o trabalho desenvolvido mediante contratos de tempo determinado – que na realidade são um fato incontestável e estão demonstrando vantagens para conjurar o desemprego – deveriam ser entendidos e ser estendidos como forma conjuntural aceitável nesses períodos de crise.⁹⁴

No mesmo evento, retratando a situação mexicana, que já foi modelo de Estado Social de Direito, na medida em que foi o primeiro país do mundo a elevar para o nível constitucional os direitos fundamentais de proteção dos trabalhadores, adverte Baltasar Cavazos Flores:

⁹³ Parra, *Princípios para um “Código-Tipo” de Direito do Trabalho na América Latina*, p. 246.

⁹⁴ Parra, *op. cit.*, p. 261.

O México chegou a ser o paladino do novo Direito do Trabalho. Depois veio uma explosão legislativa, cujos limites começaram a roçar os da demagogia. O Direito do Trabalho se converteu logo num direito de tipo eleitoral. Durante quase quarenta anos (de 1931 a 1970), tivemos uma legislação trabalhista que exportamos para a América Latina. Mas cada país ibero-americano aspirava a ser o mais generoso, o que mais direitos concedia à classe trabalhadora. Assim teve início uma intensa competição legislativa entre o México e a Argentina, entre a Colômbia e o Peru, entre o Brasil e o Uruguai, com vistas a conceder direitos irrenunciáveis aos trabalhadores. A crise econômica e a influência do Fundo Monetário Internacional (FMI) têm sido determinantes na modificação das tradicionais políticas trabalhistas. O FMI exigiu e o México se viu na necessidade de aceitar: a) contenção salarial; b) maior arrecadação impositiva; c) redução substancial do gasto público. Isso afetou seriamente a situação dos trabalhadores e dos empresários, e do alto do Direito do Trabalho na América ibérica, da noite para o dia, o México se empobreceu de forma integral, o trabalhador mexicano já não quer ganhar mais e trabalhar menos; agora só quer sobreviver. Os patrões já não querem mais lucros pelo risco de seu capital investido. Agora só querem não falir nem encerrar seus negócios.⁹⁵

O que retrata o autor mexicano é o colapso do modelo constitucional social, de viés marxista, demonstrando a necessidade de busca do equilíbrio com os ideais de matriz liberal. Acreditamos, diferentemente do que ocorre no México, que a nossa Carta Constitucional de 1988 já encampou essa mudança de paradigma, incorporando tanto princípios de ordem social, quanto aqueles de viés liberal, restando fazer, como se dá com a experiência chilena e, principalmente, portuguesa, uma mudança de paradigma nos métodos de aplicação.

⁹⁵ Flores, *La flexibilización*, em *Novedades y tendencias actuales del derecho del trabajo*, p. 21.

5

Constitucionalização do Direito do Trabalho

5.1 A APLICAÇÃO DO MODELO METODOLÓGICO PÓS-POSITIVISTA AO DIREITO DO TRABALHO

Conscientes da lição de Lourival Vilanova de que o jurista deve ser o ponto de intersecção entre a teoria e a prática, entre a ciência e a experiência, pretendemos no presente capítulo aplicar todas as teorias e conclusões dos capítulos anteriores para a descrição do Direito do Trabalho brasileiro, demonstrando, com vários exemplos da prática jurisprudencial, como se dá a aplicação do método pós-positivista, notadamente a adoção dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, enquanto métodos de solução de antinomias, e as restrições e renúncias dos direitos fundamentais especiais, dentro dos limites permitidos pelo direito positivo atual. Dito de outro modo, explorar as potencialidades do ordenamento jurídico trabalhista, sem a necessidade de alteração legislativa, armando os intérpretes com as ferramentas mais modernas em teoria e filosofia do direito, à luz do modelo metodológico pós-positivista.

O ordenamento jurídico trabalhista é composto pela Constituição Federal de 1988, Tratados Internacionais ratificados e internalizados, legislação infraconstitucional – CLT, Código Civil e legislação extravagante –, normas coletivas e pelos contratos de trabalho estipulados pelas partes. A partir desse amplo objeto é que o jurista trabalhista irá apreender o significado dos textos e construir o sistema jurídico, o qual é integrado por normas que ocupam tanto a forma de regras como a de princípios. Na construção e sistematização, o intérprete hierarquizará as normas trabalhistas de forma flexível, com observância do princípio da norma mais favorável, realizando o diálogo das diversas fontes, e resolverá as antinomias entre as regras e princípios, autonomamente e entre si. Não há lacunas no sistema trabalhista pós-positivista, conforme pensamos. Havendo conflito de princípios,

principalmente a partir da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, será o postulado 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.

A adoção da proporcionalidade, enquanto mecanismo de ponderação entre princípios jurídicos conflitantes, tem como seu pressuposto a inexistência de princípios trabalhistas que sejam absolutos. Os princípios, que normalmente representam normas de direitos fundamentais, podem sofrer restrições diretamente constitucionais¹ e indiretamente constitucionais, as últimas que se dividem em explicitamente autorizadas pelo constituinte e as implicitamente autorizadas. A autorização implícita do constituinte, em primeiro plano, delega ao legislador ordinário a tarefa de restringir adequadamente os princípios trabalhistas; em não havendo solução legislada, a tarefa é repassada ao Poder Judiciário, que realiza a ponderação em casos concretos, restringindo em alguma medida os princípios colidentes, atento às peculiaridades da contenda, com respeito do núcleo essencial e com apoio na proporcionalidade. Como resultado da aplicação da proporcionalidade, poderá haver mais de uma resposta que seja constitucional, devendo o juiz fundamentar a adoção por uma delas. Importante fixar que a proporcionalidade, a despeito de excluir a maioria das respostas possíveis – tidas como desproporcionais, inconstitucionais –, não aponta para uma única resposta certa.

Os princípios podem ser construídos pelo intérprete, por indução, a partir do direito positivo abstratamente considerado, sem a necessidade de haver um dispositivo específico que lhe dê suporte, como se dá com as regras jurídicas. Reconhecemos, na esteira, que o sistema constitucional dá suporte aos princípios de Direito do Trabalho enunciados pela doutrina clássica, bastando a alteração de seu modelo absolutizante de aplicação, recomendando-se a ponderação conforme as circunstâncias fáticas. O que defendemos não é uma negação dos princípios clássicos trabalhistas, mas a sua correta compreensão e aplicação, de acordo com o método pós-positivista.

Exemplificativamente, alguns poderiam dizer, com Otávio Bueno Magano,² da existência do inciso VI do artigo 7º, onde o constituinte originário deixou clara a

¹ O próprio direito à vida não é absoluto e pode ser restringido, basta dar uma olhada na alínea *a* do inciso XLVI do artigo 5º que admite a adoção de pena de morte em caso de guerra declarada, afastando, sem dúvida alguma, o direito fundamental à vida, em casos excepcionais, limítrofes e proporcionais.

² “Caso merecedor de atenção especial é do art. 7º, VI, da Constituição em que se prevê a possibilidade de redução salarial, mediante convenção ou acordo coletivo. Ora, se isso é possível em relação a salário, que, pela sua natureza alimentar, constitui o mais importante benefício do trabalhador,

possibilidade de renúncia/sacrifício de direitos do trabalhador, com o despojamento do mais importante de seus direitos que é o salário. Logo, *a fortiori*, todos os outros direitos fundamentais também o seriam, rompendo com o princípio da irrenunciabilidade.

O raciocínio não é verdadeiro. Os intérpretes das normas constitucionais observam que as regras que positivam restrições de direitos fundamentais, antes de ser sinal da adoção de um princípio restritivo, é a confirmação do inverso.³ Em palavras outras, admitir a existência de um princípio a partir de uma regra específica importaria, sem dúvida, no reconhecimento da imprestabilidade ou inutilidade da regra do inciso VI do artigo 7º, *v. g.*, na medida em que, se o princípio jurídico fosse o da renunciabilidade ampla, por que então prescrever a possibilidade de renúncia nesse caso específico? Pelo contrário. A positivação de regras jurídicas restritivas de direitos fundamentais indica que o princípio é o da irrenunciabilidade de direitos, sendo que a exceção deve ser de logo prevista e autorizada em casos pontuais, como fez o constituinte originário. O constituinte derivado também pode legislar, criando regra constitucional restritiva de direitos fundamentais, mas para tanto deve obedecer a uma série de requisitos, tais como não ofender o núcleo essencial dos direitos fundamentais, realizar a ponderação, balizando-se pela proporcionalidade e pelo princípio da proibição do retrocesso social, sob pena de inconstitucionalidade da emenda constitucional, conforme a proibição do § 4º do artigo 60 da Constituição.⁴

Isso porque da mesma forma que a colisão de princípios na resolução do caso concreto invoca o que atualmente se chama de técnica da ponderação, podem existir situações em que foi o próprio constituinte quem já fez a ponderação (*rec-*

a mesma solução há de prevalecer concernentemente a outras condições de trabalho. E daí se tira a conclusão de haver ficado relativizada a regra do art. 468, da CLT, proibitiva de alterações contratuais *in pejus*. Se a alteração provier de convenção ou acordo coletivo, a cláusula convencional respectiva não poderá considerar-se nula, devendo, ao contrário, prevalecer” (Anulação de cláusulas convencionais, *Revista Trabalho & Doutrina*, nº 13, São Paulo, SP, Saraiva, p. 40, 1997).

³ Consultar, nesse sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, e SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁴ É de se observar, ao contrário do que defendem os positivistas, que o constituinte originário expressou no citado inciso que é vedada a edição de emenda constitucional “tendente a abolir” direitos individuais, retirá-los do ordenamento ou tolher-se a eficácia, mas não impediu, antes incentivou, a conformação legislativa reformadora da Constituição, adaptando-a aos novos tempos, desde que preservado o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Modular não pode ser confundido com abolir.

tius: pré-ponderação) e positivou o resultado do sopesamento como uma regra de exceção, atitude também realizada pelo legislador ordinário.

O exemplo do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas é uma das hipóteses. Existindo em determinados casos concretos conflito entre a valorização do trabalho (e, por corolário, a irrenunciabilidade de direitos) e de outro lado os valores da livre iniciativa, ambos de alçada constitucional e sem hierarquia *prima facie*, o próprio constituinte já pré-ponderou e deu a solução do caso: sob essas condições específicas de crise empresarial, a irrenunciabilidade deve ceder (inciso VI do artigo 7º da Constituição). Por evidente, sob condições diversas, a irrenunciabilidade de direitos irá prevalecer sobre os interesses de gestão (p. ex., artigo 468 da CLT).

Não tivesse o constituinte originário feito essa restrição expressa, os legisladores tanto derivado quanto infraconstitucional poderiam fazê-lo, cada um com seus métodos procedimentais próprios, e ambos atentos ao núcleo essencial do direito fundamental, sob pena de inconstitucionalidade material.

Quando o legislador infraconstitucional cria uma exceção proporcional a um princípio constitucional, o faz por meio da positivação de normas que ocupam a estrutura de regras jurídicas legais, podendo citar como exemplo a restrição legislativa que a própria CLT faz ao princípio da irrenunciabilidade de direitos, quando admite que um dirigente sindical renuncie a essa condição, e por corolário, renuncie a sua garantia provisória no emprego, a teor do § 1º do artigo 543 da CLT. No exemplo, o legislador infraconstitucional já pré-ponderou os direitos em conflito, entendendo que, nessas situações fáticas concretas, com a mudança de endereço por interesse do empregado, no exercício de sua liberdade, poderia haver autorização para a renúncia de direitos.

O mesmo acontece quando há colisão concreta entre o direito fundamental de greve dos empregados, o direito de liberdade de trabalho daqueles que não optaram por aderir à greve e o direito de propriedade e livre iniciativa do empregador. Havendo a deflagração de uma greve, com realização de piquetes e obstruções na entrada do local de trabalho, configurar-se-ia *in concreto* a colisão de direitos fundamentais. A solução não precisa ser o resultado da ponderação do julgador, mas antes disso foi o legislador quem realizou a ponderação e positivou por meio da Lei nº 7.783 de 1989 as balizas para harmonizar esses interesses conflitantes. Especificamente, não é protegido pelo direito fundamental de greve a obstrução do acesso aos locais de trabalho (artigo 6º, § 3º), como não é protegido pelo direito de livre iniciativa a contratação de trabalhadores temporários para a realização das atividades dos grevistas (artigo 7º, parágrafo único). Havendo interesse público em jogo na balança do sopesamento, os resultados pré-ponderados também serão especiais e já enunciados pela legislação (artigo 11).

Como visto, a ponderação pode ser legislativa, positivando-se uma regra de exceção ao princípio contraposto, bem como pode ser judicial. Por corolário, ha-

vendo a regra jurídica de exceção ao direito fundamental, o aplicador não pode desprezá-la e desconsiderar a atividade própria do legislador, que é mediar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. O juiz somente pode deixar de aplicar a regra jurídica restritiva de direito fundamental se ela for inconstitucional; para tanto precisa motivar, em controle difuso, a desproporcionalidade da atividade legislativa. Também havendo norma coletiva que já realizou a pré-ponderação, modulando a colisão entre direitos fundamentais de empregados e empregadores, fica a ela o juiz vinculado.

Exemplo corriqueiro na Justiça do Trabalho da aplicação inadequada do método é quando os juízes invocam o princípio da inafastabilidade da jurisdição para deixar de aplicar a regra competencial do artigo 651 da CLT. A regra jurídica citada já é o resultado da pré-ponderação do legislador ao conflito entre os princípios do acesso à jurisdição e da efetividade da Justiça. Levando em conta as circunstâncias concretas, o legislador optou por fixar como competente a Vara do Trabalho do local da prestação dos serviços, onde estão as provas a serem produzidas, facilitando o acesso das testemunhas, produção das provas periciais, entre outras, impondo ao autor da ação o deslocamento até a sede da Vara, caso não mais resida na jurisdição onde prestou serviços. Quisesse o legislador privilegiar, no caso, o princípio do acesso à justiça em toda medida, teria positivado no artigo 651 da CLT que o trabalhador poderia propor a ação na Vara do Trabalho mais próxima, ou mesmo como defendem inadequadamente os magistrados em torno da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho: “Em se tratando de empregador que arregimente empregado domiciliado em outro município ou outro Estado da federação, poderá o trabalhador optar por ingressar com a reclamatória na Vara do Trabalho de seu domicílio, na do local da contratação ou na do local da prestação dos serviços” (Enunciado nº 7).

Poderiam, quicá, racionalmente, entender que o artigo 651 da CLT não foi recepcionado pela nova Constituição de 1988, por violação da inafastabilidade, contudo nesse caso de controle difuso de constitucionalidade – com declaração de ineficácia do artigo celetista – haveria lacuna normativa na CLT, quando seria ela complementada pelas disposições do Código de Processo Civil, para o qual o foro competente é o domicílio do réu. Por um lado ou por outro, seja reconhecendo a constitucionalidade ou não do artigo 651 da CLT, a única solução que não poderia ser tomada é aquela de fixar a competência para a ação no domicílio do autor da ação ou outro por ele eleito. Decisões nesse sentido, longe de respeitar os critérios científicos que devem permear a atuação do intérprete, apenas revelam um favoritismo ideológico e absoluto descuido com a racionalidade, a previsibilidade e a segurança jurídica.⁵

⁵ Com razão, alguns autores, entre os quais Lênio Streck, têm defendido a necessidade de se elaborar uma teoria da decisão judicial, a fim de se evitar os favoritismos, decisionismos e o “pan-

Nesse particular invocamos a precisa lição de Daniel Sarmento:⁶

muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito 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, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.

No sistema jurídico pós-positivista – pródigo na invocação de princípios com força normativa –, é indispensável a adoção de procedimentos adequados na incidência aos casos concretos para garantia da segurança jurídica, coerência e racionalidade. A procedimentalização do sistema jurídico pós-positivista passa pelo respeito ao texto legislativo, pela atenção à vontade do legislador, pela análise dos precedentes do STF sobre a matéria e pelo estudo da doutrina especializada. Na tarefa procedimental de criação da norma jurídica para aplicação, o intérprete trabalhista pós-positivista deve se despir das antigas tendências ideológicas socializantes que permearam a fase de seu surgimento e consolidação, nos séculos passados.

As forças antagônicas da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, como sói acontecer em regimes de índole democrática, adotaram ideologias conflitantes e até mesmo incompatíveis, o que foi visto em capítulo próprio, como se percebe claramente do preâmbulo (direitos sociais e desenvolvimento); artigo 1º (os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa); artigo 3º (desenvolvimento nacional e erradicação da pobreza); artigo 5º (propriedade privada e a sua função social); artigo 170 (valorização do trabalho/busca do pleno emprego e a livre iniciativa/livre concorrência).

O legislador, primordialmente, e depois o intérprete têm a necessidade de ponderar e de adequar essas duas linhas ideológicas quando dos conflitos concretos, sem que uma supere a outra *prima facie* e abstratamente. Pensamos que, a se admitir que sempre os interesses do trabalhador devam prevalecer sobre os do empregador, estar-se-ia negando a própria natureza de princípio à indisponibilidade de direitos, à proteção, à primazia da realidade, à continuidade do vínculo de emprego etc., além dos princípios gerais aplicáveis ao Direito do Trabalho, como os da publicidade, respeito à intimidade e à vida privada, contraditório, ampla

-principiologismo” de alguns julgadores em dias atuais. Por todos: STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁶ Sarmento, *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional, p. 200.

defesa, pois a característica essencial que diferencia os princípios das regras é a possibilidade de adequação e ponderação em casos concretos, ora um prevalecendo um pouco mais, ora outro, sempre com os olhos voltados ao respeito dos limites de seu núcleo essencial.

Paradigmática a seguinte passagem de Robert Alexy:

É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio leva à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam de ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.⁷

Na esteira da lição acima é de simples verificação que em nosso sistema jurídico trabalhista também não existem princípios absolutos. Exemplificativamente, o princípio da irrenunciabilidade de direitos, como princípio constitucional, admite tanto a restrição constitucional por meio do inciso VI do artigo 7º, bem como a legislativa ordinária do artigo 543, § 1º, CLT. Também admite restrição implicitamente autorizada quando em choque com outro princípio contraposto, de mesma estatura constitucional, conforme as circunstâncias dos casos concretos, para cuja função o Judiciário deve valer-se do método pós-positivista. Não se coaduna com o modelo constitucional atual a ideia de que, por exemplo, o princípio da irrenunciabilidade seja absoluto.⁸

Com todos os demais princípios trabalhistas específicos haverá restrição por meio de regras constitucionais, regras infraconstitucionais que sejam proporcionais – ou seja, materialmente constitucionais – e pela atividade ponderativa do Poder Judiciário na solução dos casos concretos. Também o serão os direitos

⁷ Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 111.

⁸ O Tribunal Superior do Trabalho equivocadamente disse: “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 – E-RR – 1454/2005-103-03-40 – Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi – DJ 29-2-2008).

fundamentais gerais, de todas as dimensões, os quais os empregados e empregadores continuam ostentando ainda quando inseridos em uma relação de trabalho.

Além das restrições proporcionais aos princípios trabalhistas, também o pós-positivismo admite as renúncias, igualmente proporcionais e justificadas, dos direitos fundamentais trabalhistas. As renúncias podem ser tácitas ou expressas. Exemplos das segundas seria o pedido de destituição de cargo em comissão – com retorno ao cargo efetivo e diminuição da remuneração – e o próprio pedido de demissão. As renúncias tácitas são verificadas amiúde com o esgotamento do prazo para a reintegração de empregados dispensados injustamente durante o período de estabilidade, assim como os pedidos de demissão desses mesmos estáveis, também nos acordos celebrados nas Comissões de Conciliação Prévia e nos acordos celebrados na fase de execução, quando os trabalhadores renunciam parte do direito já integrante do seu patrimônio, sem nenhuma contraprestação do empregador-executado. Neste último caso, poderá celebrar transação, chancelando a renúncia de parte do seu crédito, inclusive quanto a direitos fundamentais, por exemplo, as indenizações por danos morais.

As renúncias devem ser saudáveis e proporcionais, carimbando-as com as sanções de inexistência, nulidade e ineficácia quando verificada violência aos requisitos de existência, validade e eficácia das manifestações de vontade, principalmente quando constatada a ocorrência de vícios de consentimento. Entretanto, para o reconhecimento do defeito da renúncia, deverá o prejudicado valer-se do procedimento próprio.

Tratando genericamente do tema da renúncia de direitos fundamentais é a precisa lição de Virgílio Afonso da Silva:

A figura da renúncia a direitos é conhecida desde o direito romano. Sua recepção no âmbito do direito público sempre foi, contudo, problemática. No âmbito dos direitos fundamentais, por sua vez, a possibilidade de renúncia costuma ser rejeitada de pronto.

Quando se menciona as principais características dos direitos fundamentais, costuma-se falar em *inalienabilidade*, *imprescritibilidade* e *irrenunciabilidade*. Se se encaram tais características como simplesmente *prima facie*, podem elas desempenhar alguma função, mas não é possível imaginar que o problema se esgote por aí. Casos difíceis e limítrofes – e muitos não tão limítrofes assim – não podem ser explicados de maneira tão simples e genérica e não é difícil encontrar contra-exemplos que demonstrem as limitações da aceitação absoluta dessas características.

Exemplifico:

(1) Aquele que, após a prolação de uma sentença de primeiro grau em um processo, aceita não recorrer à instância superior diante de uma proposta em dinheiro da parte contrária, *negocia* seu direito fundamental ao duplo grau de jurisdição.

(2) Aquele que, diante das câmeras de TV, exhibe sua cédula na cabine de votação, *renuncia* ao sigilo do voto.

(3) Quando um homem entra para um seminário na igreja católica, com o intuito de se tornar padre, ou uma mulher, com o intuito de se tornar freira, *renunciam* eles a seu direito de constituir família.

(4) Aquele que é aprovado em concurso público e aceita o cargo de juiz, renuncia a seu direito fundamental do art. 5º, XIII, referente ao livre exercício de qualquer trabalho, pois somente poderá exercer uma atividade de magistério (art. 95, parágrafo único, I).

(5) Todo aquele que celebra um contrato, renuncia a uma parcela de sua liberdade.

Os exemplos seriam muitos, mas esses são suficientes para ilustrar a falta de força explicativa de classificações como a mencionada acima, especialmente quando tais classificações pretendem ter aplicação absoluta a todos os direitos fundamentais, sem nenhuma exceção.⁹

Os princípios jurídicos trabalhistas que fomentam direitos dos trabalhadores, presentes no sistema jurídico constitucional, devem observar essa mesma diretriz. Se se entender que os princípios da irrenunciabilidade de direitos ou o da proteção sejam absolutos, ao menos *prima facie*, poderão até prestar-se a alguma função, na linha de Virgílio Afonso da Silva, como a função informativa do legislador e a interpretativa; no entanto, o caráter absoluto perde força quando da sua função normativa, notadamente quando em colisão concreta com outros princípios jurídicos.¹⁰

Partindo da premissa fixada alhures de que o modelo constitucional nacional é democrático de direito, com a garantia de direitos fundamentais tanto de viés liberal como de matriz social, por corolário exigindo do intérprete uma posição epistemológica coerente com esse novo modelo, entendemos que o Direito do Trabalho também deve inserir-se nessa nova conjuntura. E isso não apenas porque os direitos do trabalhador integram o rol dos direitos fundamentais previstos no artigo 7º da Constituição de 1988, mas também porque, ao se inserir dentro da atividade produtiva, o trabalhador traz os direitos fundamentais inerentes à sua

⁹ Silva, *A constitucionalização do direito*, p. 62-63.

¹⁰ Assim Daniel Sarmiento: “Já se tornou lugar-comum a afirmação de que, apesar da relevância ímpar no papel que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais. Tem-se entendido que o caráter principiológico das normas constitucionais protetivas dos direitos fundamentais permite ao legislador que, através de uma ponderação constitucional dos interesses em jogo, estabeleça restrições àqueles direitos, sujeitas, no entanto, a uma série de limitações (são os chamados ‘limites dos limites’)” (Sarmiento, *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos*, p. 293).

condição de cidadão, como são os direitos da personalidade, integridade psicofísica, entre outros, sujeitos a violações. De sua parte, os empregadores também são detentores de direitos fundamentais que podem também ser violados pelos empregados. Por essas razões que o intérprete, principalmente os magistrados trabalhistas, que lidam com esses direitos fundamentais, devem partir da pré-compreensão democrática de direito e valer-se do método pós-positivista como o único e adequado a manipular um sistema jurídico que inclua direitos fundamentais. Quanto mais o sistema jurídico seja pródigo na enunciação de direitos fundamentais de empregados e empregadores – com a estrutura de princípios –, mais haverá colisão entre esses princípios nas situações concretas.

Também como já visto em capítulo próprio, quando tratamos da incidência de direitos fundamentais nas relações privadas, incluídas as relações de trabalho, todo o ordenamento jurídico é influenciado pelas normas constitucionais, sendo o problema da eficácia direta, indireta ou mista um problema secundário. Se o Direito do Trabalho é influenciado pelo modelo constitucional vigente, impõe-se o respeito aos direitos tanto de empregados como de empregadores, sem que haja precedência *prima facie* entre eles, reformulando-se a visão da posição clássica de que os direitos fundamentais dos trabalhadores tinham *status* de direitos absolutos e proeminentes.

Um caso exemplificativo dessa posição que precisa ser superada refere-se à entrevista do Presidente do Banco do Estado do Espírito Santo S/A, na qual disse que entre as centenas de empregados que precisariam ser dispensados, em razão de sua adequação estrutural, optou-se por aqueles que tinham problemas administrativos, tais como advertências, censuras ou que tinham desempenho profissional abaixo da média exigida. Diversos dos empregados dispensados recorreram à Justiça do Trabalho com o objetivo de ser indenizados por violação à honra e a moral, na medida em que, estando entre os dispensados, a entrevista pública do representante deixava entender que a postura profissional de todos eles era insatisfatória, proporcionando dificuldades para nova colocação no mercado de trabalho, mesmo que o banco não tenha feito uma lista pública indicando quem seriam os dispensados em razão daqueles motivos.

O Tribunal Regional capixaba, sem ponderar os princípios em conflito, como a honra e imagem do trabalhador, de um lado, e o direito de informação e a publicidade dos atos das pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público, de outro, julgou que houve violação à honra de uma empregada e que havia o dever de indenizar. Não levou em consideração as circunstâncias fáticas do caso concreto, como o caráter informativo da entrevista, na medida em que causaria alterações significativas em sua estrutura e diversos reflexos para a população. A entrevista não fora concedida com o propósito de macular a honra dos empregados dispensados, mas de bem esclarecer a população sobre as mudanças a serem experimentadas na estrutura bancária estatal.

O Tribunal Superior do Trabalho manteve a decisão^{11,12} dizendo que:

Portanto, a publicação atingiu a autora na sua honra de trabalhador e ser humano, ou seja, honra subjetiva e objetiva, ao lhe ser imputada uma imagem extremamente negativa, com capacidade de provocar profundo abalo em sua personalidade e no seu círculo de convívio social.

[...]

De outro lado, restou patente tanto o dano, quanto a culpa da reclamada e o nexo causal, já que a lesão aos atributos da personalidade da reclamante decorreu de ato irrefletido de seu presidente: a publicação de entrevista que ofendeu a honra da empregada.

O resultado da decisão é reflexo do modelo metodológico positivista, eis que para esse modelo as normas jurídicas são absolutas. Se válidas, devem ser aplicadas em todos os seus efeitos. Por isso, quando manipulou princípios jurídicos que envolvem direitos fundamentais, como é o direito à honra e à imagem do trabalhador, os Tribunais utilizaram a técnica de aplicá-los de maneira uniforme e absoluta, sem considerar as circunstâncias do caso concreto e os direitos fundamentais de que também era detentor o empregador, representado pelo seu dirigente.

Se o método aplicado fosse o pós-positivista, com ponderação de princípios conflitantes, conforme as circunstâncias do caso concreto e, na maior medida possível, subsidiado pelo princípio da proporcionalidade, o resultado teria sido diverso e muito mais consentâneo com as diretrizes da atual Constituição Federal de 1988.

A partir do mecanismo de solução de antinomias entre princípios jurídicos, os julgadores deveriam sopesar os direitos fundamentais das partes para concluir se a restrição imposta ao direito da trabalhadora era adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, conforme as circunstâncias daquele caso concreto.

¹¹ TST – RR – 221100-52.1996.5.17.0007 – Rel. Min. Emmanoel Pereira – *DEJT* 13-11-2009.

¹² Em caso similar já havia decidido o Tribunal Superior do Trabalho: “DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. DISPENSA COLETIVA. DIVULGAÇÃO DEPRECIATIVA. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. 1. Caracteriza dano moral, passível de gerar direito à indenização, o ato de Banco empregador que, em meio de comunicação de massa, difunde a explicação de que a dispensa de um grupo de 700 empregados deveu-se a ‘problemas disciplinares’, ‘baixo desempenho profissional’, ‘censuras e advertências’. 2. A divulgação ampla e generalizada de informações desabonadoras à conduta de ex-empregada constitui ofensa à sua reputação e à sua imagem no meio social em que vive, criando-lhe decerto empecilhos à recolocação no mercado de trabalho. 3. A configuração do dano moral ganha ainda maior vulto se considerado o fato de as instâncias ordinárias não haverem consignado que a dispensa deu-se por justa causa. 4. A ausência de eventual divulgação do rol nominativo dos empregados despedidos não é empecilho a que se repute presente um nexo causal entre o comportamento do empregador e a ofensa infligida ao empregado ante a fácil identificação dos integrantes do grupo dispensado coletivamente” (TST – E-RR-543.180/1999.0, Rel. Min. João Oreste Dalazen – *DJ* 21-10-2005).

Também poderão ocorrer situações em que atitudes dos empregados é que irão restringir direitos fundamentais dos empregadores, devendo haver o recurso ao mesmo método de ponderação. Poderá, como resultado, tanto a restrição praticada pelo empregado se mostrar proporcional naquele caso concreto, como desproporcional, ilegal, impondo-se o dever de ressarcir o empregador neste último caso.

Um exemplo histórico paradigmático de aplicação dos direitos fundamentais do empregador para paralisar ato lesivo de um emprego é o “caso Wallraff”, julgado pela Corte Constitucional alemã no fim da década de 1970. Trata-se da situação do repórter Günter Wallraff que, se valendo de identidade falsa, conseguiu emprego no jornal *Bild-Zeitung*, o diário de maior circulação na Europa, quando recolheu material para edição do livro crítico-investigativo intitulado *Fábrica de mentiras*. O jornal moveu ação judicial para proibir a circulação do livro, porém o Superior Tribunal de Justiça alemão negou o pedido ao argumento de que o repórter é detentor dos direitos fundamentais da livre manifestação do pensamento e da liberdade de informação. Contudo, em recurso julgado pelo Tribunal Constitucional, houve a ponderação dos princípios jurídicos envolvidos, tanto do repórter como da empresa jornalística, tendo o tribunal decidido pela restrição dos direitos fundamentais do repórter, conforme as circunstâncias concretas, e pela proteção dos direitos fundamentais da empregadora, reformando a decisão e, por corolário, proibindo a publicação do livro do jornalista.

Enfim, o pressuposto para adoção do pós-positivismo para a descrição do sistema jurídico trabalhista é admitir a plasticidade dos princípios próprios e princípios gerais aplicáveis ao ramo especializado, com a possibilidade de retrações e renúncias justificadas, conforme as circunstâncias dos casos concretos. Não se coaduna com o pós-positivismo a existência de princípios absolutos, aplicados por subsunção.¹³

5.2 RAZOABILIDADE NA PRÁTICA TRABALHISTA

Resumindo o que foi tratado no primeiro capítulo, a razoabilidade não é um princípio – ao menos na acepção de princípio enquanto espécie de norma. Ela é

¹³ Virgílio Afonso da Silva, criticando a doutrina clássica, diz: “Os direitos fundamentais seriam absolutos porque não poderiam sofrer limitações. Essa tese, ainda que intuitivamente plausível, por querer conferir maior grau de proteção a esses direitos, ignora a impossibilidade, não somente teórica, mas sobretudo prática, de resolver colisões entre direitos fundamentais sem recorrer à limitação de alguns deles nos casos concretos. Como se verá mais adiante, é impossível resolver o problema da constitucionalização do direito sem recorrer ao sopesamento entre direitos fundamentais, o que, por conseguinte, implica recorrer à sua limitação quando assim exigível” (Silva, *A constitucionalização do direito*, p. 88).

um mecanismo que auxilia o intérprete quando da aplicação das regras jurídicas aos casos concretos, paralisando a sua eficácia por violação direta da igualdade em sua vertente material (controle difuso de constitucionalidade). Trata-se de hipóteses peculiares, nas quais o descritor da regra está preenchido pela relação fática, mas, naquele caso, os seus efeitos não devem incidir, na exata medida em que a sua incidência importaria em inconstitucionalidade material por violação da igualdade. A análise abstrata da regra resulta na afirmação de compatibilidade com a Constituição, inclusive com o princípio da igualdade, mas sob aquelas circunstâncias deixa de sê-lo, impondo ao julgador fazer o controle de constitucionalidade, conforme as circunstâncias concretas.

A razoabilidade incide para afastar, enfim, a aplicação de regras jurídicas trabalhistas que sejam violadoras da igualdade material, reclamando do aplicador uma fundamentação racional e exaustiva, na busca da legitimação da sua decisão.

Um exemplo especialíssimo seria o caso de um empregado que ocupa um cargo de envergadura na estrutura empresarial, mas que, após receber vultosa quantia de dinheiro a título de herança, resolve contratar com o empregador a diminuição das suas responsabilidades, com diminuição da remuneração. *De lege lata*, a diminuição é vedada (artigo 468 da CLT), contudo, no caso especial, conforme as circunstâncias, é a redução admitida, afastando-se a regra jurídica citada, com apoio na razoabilidade. As razões que inspiraram a positivação do artigo celetista citado (proteção contra coações, pressões conjunturais empresariais, transferência dos riscos do negócio etc.) não se fazem presentes no caso especial apresentado como exemplo.

O artigo 468 da Consolidação é abstratamente constitucional, mas, naquela circunstância específica do empregado que recebeu a herança e quer contratar menor carga de trabalho e remuneração, a sua incidência violenta o princípio da liberdade de contratação – até porque nesse caso estão em situação de igualdade fática empregado e empregador –, não se justificando o impedimento para a alteração contratual.

A igualdade material é tratar igualmente quem que se encontre na mesma situação fática, tratando desigualmente aqueles que se encontram na situação fática contraposta. Exatamente o caso do exemplo acima. Para os trabalhadores que não têm condições fáticas e jurídicas de negociar alterações restritivas nos seus contratos, a consequência jurídica da regra do artigo 468 da CLT deve incidir, mas por imperativo de igualdade material, para os poucos empregados que estejam em plenas condições de contratar a restrição de alguns direitos e fazem de forma justificada, as consequências jurídicas do artigo celetista não devem ser incidentes nesses casos concretos.

Um outro exemplo específico da aplicação do postulado da razoabilidade na qualidade de mecanismo paralisador dos efeitos de regras jurídicas se deu nos

autos de uma execução trabalhista.¹⁴ O TRT da 23ª Região, em sua atividade regulamentar, editou o Provimento nº 1 de 2006 para regular as hipóteses de venda parcelada dos bens penhorados em hasta pública. Como forma de facilitar as vendas judiciais, admitiu que o exequente autorizasse que o bem fosse vendido em até 24 parcelas. Nesses casos, deve o arrematante pagar corretamente as parcelas, sob pena de perda dos valores pagos e o desfazimento da arrematação. Por sua vez, para resguardar o direito do executado, o arrematante ficará como depositário judicial do bem, até o fim do parcelamento, quando será expedida a carta de arrematação para registro da transferência imobiliária.

Na situação em julgamento, o arrematante teve o seu lanço acolhido, com o conseqüente deferimento do parcelamento. Realizou o pagamento apazado das suas primeiras obrigações, porém não conseguiu ocupar o imóvel como depositário em face da resistência da executada em sair do local. O dia do vencimento do parcelamento era em todo dia 7, mas em determinado mês dia 7 coincidiu com um domingo. O lançador fez o pagamento, então, no dia 8. Ocorre que no mês subsequente, passou a pagar em todo dia 8 de cada mês, com base na premissa falsa do pagamento do mês anterior.

Houve insurgência da executada, com pedido de desfazimento da venda e a perda das parcelas pagas em favor da execução, na exata medida da regra jurídica do artigo 200 do citado Provimento. A decisão reconheceu que a hipótese fática da regra estava preenchida, pois evidente que o pagamento no dia 8 do mês atual teria violado o prazo fixado quando da arrematação. Contudo, as conseqüências jurídicas não seriam incidentes na hipótese, justamente em razão do postulado da razoabilidade.¹⁵

As razões jurídicas que empolgaram o administrador a editar a regra jurídica regulamentar foi evitar que o arrematante deixasse de pagar as parcelas, danificando o bom andamento do processo de execução. Nesse caso específico, o objetivo da regra não foi violado, eis que o arrematante não deixou de pagar as parcelas, apenas passou a fazê-lo com um dia de atraso. Outras circunstâncias concretas pontuais coloriram a situação a justificar a invocação da razoabilidade. Tratava-se de execução antiga, cujo bem já havia sido oferecido sem sucesso em hasta pública, o resultado da venda seria utilizado para saldar diversas execuções

¹⁴ Processo nº 00371.2002.003.23.00-5, Juiz do Trabalho André Araújo Molina, julgado em 9-10-2009, cuja decisão foi mantida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região.

¹⁵ “Essas considerações levam à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (preâmbulo e art. 3º da CF)” (Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 142).

e, principalmente, a mesma executada que ora invocava a sanção do Provimento quanto ao desfazimento da venda não cumpria deliberadamente o artigo anterior que determinava fosse o arrematante apossado no bem na qualidade de depositário judicial durante o período do parcelamento.

5.3 PROPORCIONALIDADE NA PRÁTICA TRABALHISTA

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 à integridade moral do trabalhador. Na linha do que defendemos como uma das teses centrais do livro, 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.¹⁶

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 coletiva, quando as partes irão decidir, convenientemente, se admitem e em que condições as revistas íntimas em homens e se as revistas em bolsas e pertences em trabalhadores de ambos os sexos são admitidas. Somente em último caso é que o Judiciário poderá fazê-lo.

¹⁶ 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.

Os exemplos seguintes demonstrarão o itinerário procedimental que deve ser percorrido pelo julgador 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 grande indústria 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 adequada e mais necessária, pois evitaria os furtos e seria muito menos invasiva 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 eficaz. 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 moderação, 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 intimidade,¹⁷ 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 a 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.¹⁸

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 em outras não. E é essa posição pós-positivista 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 tesoureiros de bancos, 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 tesoureiros, as circunstâncias concretas demonstram que essa medida é a única adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para proteção do patrimônio dos bancos.

¹⁷ 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).

¹⁸ Barros, *Proteção à intimidade do empregado*, p. 74.

Também as restrições impostas aos atletas profissionais, como a restrição de sua liberdade de expressão no momento em que os dirigentes proibem a concessão de entrevistas em algumas situações, ou a restrição de horários e 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.¹⁹ Criaram-se dois mundos sob o pálio dos mesmos direitos constitucionais 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 desses 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 concreta em que um empregado que exercia a função de caixa bancário foi flagrado apropriando-se de dinheiro de clientes, com posterior procedimento interno investigativo, dispensa por justa causa confirmada em ação judicial trabalhista e paralela condenação criminal pela apropriação indébita.

Ao procurar emprego em nova instituição bancária privada, o antigo gerente tenha informado acerca dos fatos verdadeiros ocorridos, com responsabilidade penal e trabalhista chanceladas por decisões transitadas em julgado. Continuaria

¹⁹ “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. Recurso a que se nega provimento” (TRT 23ª Região – 2ª T. – RO 00239.2007.002.23.00-1 – Rel. Des. Maria Berenice – *DEJT* 30-11-2007).

havendo aqui restrição de direitos fundamentais do trabalhador, pois provavelmente não lograria mais alcançar a função de caixa, gerando danos a sua honra e imagem profissional.

Contudo, 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 profissional, o fez de forma proporcional, sob aquelas circunstâncias fáticas e jurídicas. Em última razão, não foi a ex-empregadora quem obstruiu o acesso do empregado ao novo emprego, nem foi quem violou-lhe os direitos da personalidade, mas foi o próprio ofendido, quando decidiu praticar a conduta ilícita, tanto na perspectiva trabalhista como na criminal.

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 possuem precedência ou não possam ser ponderados. Poderá sim tanto o legislador quanto as normas coletivas realizarem a tarefa de ponderação e já fixarem, sob 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.

Se as hipóteses coletivas em que se admite a revista 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*.

5.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

No capítulo próprio, concluímos que a dignidade humana, enquanto substrato da sociedade brasileira, é o fundamento do qual todos os demais direitos fundamentais são especificações. E os direitos fundamentais gerais que o trabalhador e empregador trazem consigo para a relação de trabalho, e os direitos fundamentais

trabalhistas, encontram razão de ser e fundamento também na dignidade humana, motivo pelo qual consideram-se violadoras da dignidade dos sujeitos integrantes da relação de trabalho as investidas, do Estado ou de outro sujeito privado, tendentes a solapar o direito à vida, à integridade física, psíquica e moral, à liberdade, à propriedade, à solidariedade e à convivência social igualitária, convertendo-se as pessoas em objetos.

Empregados e empregadores, enquanto detentores de dignidade humana, podem invocá-la tanto na sua eficácia protetiva como na prestacional (positiva), em face do Estado ou de particular – eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais.

Especialmente quanto à sua eficácia para o Direito do Trabalho, a dignidade humana, tanto de trabalhadores quanto de empregadores, 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. Essa seria a vertente de eficácia negativa ou protetiva da dignidade da pessoa humana. Já a eficácia positiva ou prestacional da dignidade exige que os sujeitos passivos da relação comportem-se positivamente na implementação da pauta constitucional de proteção dos direitos fundamentais.

Transportando-se a lição para o ramo especializado, temos que o legislador constitucional reformador, o infraconstitucional e as normas coletivas não podem violar os limites da dignidade humana dos sujeitos, abstratamente considerados – dignidade como regra jurídica. Uma lei ou norma coletiva que ofenda 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.

Peter Häberle inventaria a jurisprudência federal especializada na Alemanha 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.²⁰

Já em situações limítrofes, conforme as circunstâncias concretas, poder-se-ia falar em alguma restrição da dignidade dos trabalhadores e dos empregadores, aqui ocupando a dignidade a estrutura de princípio jurídico. Um atleta profissional de boxe que contrata a participação em uma competição, em alguma medida, terá

²⁰ Idem, p. 67-68.

a integridade física violada – ou potencialmente poderá sê-lo – em troca de uma retribuição salarial. Se a legislação, as normas coletivas e os contratos de trabalho não podem instituir cláusulas que sejam violadoras da dignidade em sua acepção abstrata, funcionando como regra jurídica, em casos pontuais, especificamente a cada trabalhador e empresa, e de acordo com as circunstâncias concretas, poder-se-á falar em contratação com alguma restrição da dignidade, como no exemplo citado dos lutadores.

Outros exemplos seriam os trabalhadores voluntários que contratam com os empregadores a realização de atividades sem recebimento de nenhuma remuneração, ocasionando, em tese, restrição dos meios de subsistência, situação totalmente distinta daquelas em que há restrição da liberdade e dos meios de subsistência nas relações de trabalho análogas à de escravos. Em uma e outra houve restrição dos meios materiais de existência – em abstrato violando o conteúdo material da dignidade humana –, mas apenas no segundo caso é que, conforme as circunstâncias concretas, a dignidade em sua acepção de regra jurídica foi violada. No primeiro caso, na sua acepção de princípio jurídico, foi apenas ponderada, com a salvaguarda do seu núcleo essencial.

Na verdade, a partir da teoria do suporte fático dos direitos fundamentais que se adote,²¹ será enunciado que não houve em verdade restrição da dignidade humana propriamente, mas que essa apenas pode ser revelada naquelas situações concretas ao final do exercício da ponderação, com o auxílio do instrumento que é o princípio da proporcionalidade. O núcleo de dignidade de cada pessoa não pode ser enunciado antecipadamente, como um conceito geral, mas somente após o juízo de ponderação.

Como decomposição prática do conceito de dignidade humana nas relações de trabalho, tem-se que, quando o magistrado trabalhista verificar que ocorreu violação da dignidade, estar-se-á atendido o requisito para a condenação em indenização por danos morais, individuais ou coletivos. Isso porque Foi a Constituição de 1988 (artigo 5º, V e X) que confirmou a doutrina antecedente de que o patrimônio do indivíduo é composto tanto de bens materiais quanto imateriais, entre os quais seu patrimônio moral. O Código Civil reafirmou que o patrimônio moral, individualmente considerado, é passível de violação e reparação (artigo 186). Fixada essa premissa da reparabilidade, a questão era saber quais são os elementos que compõem o patrimônio moral dos indivíduos, para verificação da sua violação. Muito se disse que a violação moral era identificável pela sensação de perda, aborrecimento, dor, sofrimento da vítima, contudo essa posição não mais

²¹ Para aprofundamento: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, e SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

prevalece. Essas exteriorizações psíquicas do indivíduo podem ser consequências da violação moral, mas não são causas, assim como pode haver dano moral sem que haja sofrimento.

O que importa para configuração do dano moral é a violação da dignidade da pessoa humana. É a afronta aos direitos da personalidade do sujeito,²² o direito à vida, à integridade psicofísica, a sua liberdade, os seus direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tendo como padrão de comportamento a média dos demais integrantes da sociedade, independentemente da demonstração de dor ou sofrimento. Fixada essa segunda premissa, emerge uma terceira conclusão: não é qualquer espécie de violação que importa em dano moral, mas aquela violação grave que atente à dignidade da pessoa humana, aborrecimentos extremamente significativos, pelo que o mero inadimplemento contratual trabalhista, os aborrecimentos comuns da vida em sociedade, as ofensas a direitos outros que não os inerentes à personalidade não se revestem dos requisitos de reparabilidade do dano moral.^{23,24}

5.5 RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS

Dentro dessa perspectiva, aplicando o método pós-positivista, ancorado na necessária “reformulação” gnosiológica da pré-compreensão, adotando-se a ideo-

²² “Por dano moral compreende-se toda violação a um bem integrante da personalidade da pessoa (intimidade, imagem, bom nome, privacidade etc.) que interfere intensamente no comportamento psicológico e causa dor, angústia, aflição, vexame, desgosto, mágoa, sofrimento, humilhação, desequilíbrio do bem estar etc.” (BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (Estético, biológico e existencial) – breves considerações. *Revista LTr*, v. 73, nº 1, p. 26, jan. 2009).

²³ “Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 83-84).

²⁴ É da jurisprudência firme do TRT da 23ª Região que a falta de anotação da CTPS e o inadimplemento de verbas rescisórias não gera dano moral (0092700-10.2009.5.23.0003 – Rel. Des. Edson Bueno), que a inclusão do nome do autor em sistema de proteção ao crédito, diante do atraso salarial, não enseja dano moral imputável ao empregador (01291.2009.001.23.00-0 – Rel. Des. Roberto Benatar), que a exigência de labor em horas extras, sem o devido pagamento, também não gera dano moral (00733.2009.046.23.00-2 – Rel. Des. Tarcísio Valente), bem assim não dá direito à indenização a atitude omissiva do empregador que dificulta a habilitação no seguro-desemprego (01370.2009.005.23.00-7 – Rel. Des. Tarcísio Valente).

logia do estado democrático de direito (fórmula política) ao invés da socializante, diversas situações limites em que a doutrina e a jurisprudência trabalhista clássica respondiam negativamente, para todos os casos, devem ser novamente estudadas. Trata-se das hipóteses de restrições a direitos fundamentais dos trabalhadores, realizadas por norma coletiva e por norma individual. Hipóteses essas que não encontram respostas prontas dentro da doutrina dos direitos fundamentais desenvolvida no país, mas a formulação nada tem de complexa, apenas reclama a aplicação do mesmo método, nada obstante mudando o objeto de manipulação – aqui, a legislação trabalhista pátria.

O constituinte incentivou a negociação coletiva entre as partes da relação de trabalho (artigo 7º, XXVI). A posição clássica é que por meio desse veículo não poderia haver restrição de direitos dos trabalhadores, apenas o acréscimo, na medida em que a legislação forma um patamar mínimo sobre o qual as partes não podem negociar.²⁵ A premissa para a defesa dessa posição é o princípio da irrenunciabilidade de direitos e, ainda, aplicado de forma absoluta, eis que não há na legislação, constitucional ou infra, qualquer vedação à possibilidade de restrição de algum direito dos trabalhadores por meio da adequada negociação coletiva.

Já nos referimos ao *caput* do artigo 7º da Constituição quando tratamos do princípio da proibição do retrocesso (tópico 3.7, infra), cujo princípio dificulta, contudo não inviabiliza, a possibilidade, em casos proporcionais, de restrição de direitos.

Aqui, o princípio da irrenunciabilidade tem a sua função de limitar a vontade das partes, criando obstáculos para que não se retroceda aos tempos do liberalismo. O ponto que merece atenção é que, muito ao contrário de admitir um retorno ao liberal, as eventuais restrições, fundamentadas e proporcionais, podem e devem ser admitidas no modelo do estado democrático de direito.

Duas correntes se divisaram quanto à irrenunciabilidade de direitos aplicada às normas coletivas. Uma dizendo que nenhum dispositivo coletivo poderia fixar direitos abaixo do patamar legal. As cláusulas vistas isoladamente, uma a uma, deveriam só crescer, jamais retroceder. Existe, também, quem defenda que as normas coletivas devem ser analisadas globalmente, de modo que uma cláusula em específico poderia retrair algum direito operário, desde que as outras trouxessem

²⁵ 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho: “DIREITO DO TRABALHO. PRINCÍPIOS. EFICÁCIA. A negociação coletiva que reduz garantias dos trabalhadores asseguradas em normas constitucionais e legais ofende princípios do Direito do Trabalho. A quebra da hierarquia das fontes é válida na hipótese de o instrumento inferior ser mais vantajoso para o trabalhador” (Enunciado nº 9).

benefícios. A norma coletiva, no seu conjunto, deveria ser benéfica; as cláusulas necessariamente não.²⁶

Estamos com essa segunda posição, de que as cláusulas, individualmente consideradas, podem trazer alguma restrição proporcional, mas a regra geral (*rectius*: princípio) é para a irrenunciabilidade e a vedação do retrocesso social.

A nosso juízo, seria plenamente válida uma cláusula coletiva na qual os empregados renunciassem ao direito de ver integrado na sua remuneração o valor da alimentação fornecida pelo empregador, de modo que este não cobraria pelo produto. A posição clássica, nesse caso, não admitiria a renúncia, contudo estaria o empregador autorizado a cobrar pela alimentação ou mesmo nem fornecê-la.

Os exemplos seriam diversos, mas a premissa a ficar construída é a que não há princípio absoluto, como o da irrenunciabilidade de direitos, bem por isso seriam admissíveis algumas cláusulas restritivas, desde que essa restrição ficasse ileisa aos testes de proporcionalidade e vedação do retrocesso, com respeito ao seu conteúdo essencial, que coincide com a dignidade da pessoa humana. As circunstâncias do caso concreto seriam decisivas na ponderação de direitos e na convalidação das restrições.

Nessa linha de ideias, embora abstratamente admitida, seria impossível que uma cláusula restritiva de norma coletiva, que dispensasse o uso dos equipamentos de proteção em atividades insalubres, sobrevivesse aos testes da proporcionalidade, até como já referimos acima quando da dignidade humana nas relações de trabalho.

Também seriam admitidos negócios jurídicos celebrados entre as partes com o objetivo de conformar às regras gerais aquela situação peculiar. Em abstrato, não há vedação absoluta para que as partes possam transacionar ou renunciar direitos, desde que a restrição, tanto de direito fundamental do empregado como do empregador, seja proporcional. Em nossa posição, seria válida uma transação em que o trabalhador tem diminuição de remuneração, com a proporcional diminuição de salário, desde que os interesses pessoais, naquele caso concreto, fossem convergentes. Não conseguimos admitir que, por exemplo, na hipótese de um trabalhador que queira se dedicar aos estudos, não possa ele modificar o seu contrato de trabalho com diminuição da jornada e da remuneração, quiçá reenquadramento em uma função de menor responsabilidade e com menor remuneração.

Outra hipótese que ocorre amiúde são os planos de desligamento voluntário incentivado, intitulados PDVs, quando empregados em vias de aposentadoria recebem uma indenização adicional para renunciar ao emprego, normalmente em sociedades de economia mista e empresas públicas, que possuem procedimentos administrativos que impedem a dispensa sem justa causa. Nesses casos, além das

²⁶ Delgado, *Curso de direito do trabalho*, p. 1394.

verbas rescisórias, os empregados recebem um valor adicional a título de indenização para, transacionando, deixar o emprego e dar quitação pelo período todo do vínculo. Nada obstante a opção seja facultativa e haja transação, com concessões recíprocas, a posição majoritária não tem admitido a eficácia liberatória do negócio jurídico transação,²⁷ proporcionando, em termos práticos, que o empregado pleiteie direitos além da indenização.

Temos consciência de que a adoção da posição poderá ampliar a possibilidade da ocorrência de negócios jurídicos fraudulentos, com sacrifício dos trabalhadores, no entanto para essas situações a legislação material dá a solução do caso em favor da anulação do negócio jurídico em específico (artigo 9º da CLT c/c artigo 138 e seg. do Código Civil). Esses desvios de conduta não podem justificar a vedação à negociação quando as partes atuam de boa-fé e com higidez de vontade (artigo 422 do CC).

Não concordamos com a posição jurisprudencial decantada de que o dogma da irrenunciabilidade absoluta “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”, conforme teve oportunidade de dizer o Tribunal Superior do Trabalho.²⁸

5.6 RENÚNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS

Também há hipóteses concretas em que o princípio da irrenunciabilidade de direitos cederá em prol das circunstâncias, desde que o seja amparado em princípio jurídico colidente e 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 constitucional 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.

²⁷ “BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. OJ-SDI1-270. 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.”

²⁸ TST – E-RR – 1454/2005-103-03-40 – Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi – DJ 29-2-2008.

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 que a liberdade dos sujeitos trabalhistas sempre cederá e ficará restringida, 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.

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.

Já referimos ao trabalho voluntário, quando os trabalhadores contratam a renúncia dos salários em prol de outros objetivos, como altruístas (trabalho voluntário em hospitais), religiosos ou mesmo aprendizagem. Em diversas profissões, como a de cozinheiro profissional, é comum os recém-graduados candidatarem-se para estágio em restaurantes estrelados, quando exercerão algumas tarefas subalternas à sua formação profissional ou mesmo auxiliarão gratuitamente aqueles que lhes servem de referência profissional. Em casos tais, não se admite, a despeito da invocação absolutizante do princípio da irrenunciabilidade que alguns fazem, que o jovem cozinheiro cobre os salários não pagos quando ele mesmo realizou a renúncia, real, saudável e livre, em condições de igualdade material. 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*.²⁹

No conflito entre irrenunciabilidade e exercício da liberdade, também deve o legislador criar resultados ponderados por intermédio da positivação de regras jurídicas na legislação ordinária; na sequência, os atores coletivos poderão fazê-lo, os próprios contratantes e, por último, o legislador 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 (Lei nº

²⁹ Para maiores aprofundamentos ver NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

11.788 de 2008) para os trabalhadores em período escolar, mas para os aprendizes já concluintes do período de educação formal, como no exemplo dos cozinheiros, não há na legislação ponderação já realizada a balizar o conflito entre liberdade e irrenunciabilidade, quando poderão as partes fazê-lo contratualmente, e o Poder Judiciário em atividade de análise dos casos concretos, quando verificará as reais condições de exercício material da liberdade.

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 da decisão. 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 operário 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.

Exatamente por essa razão, parece-nos equivocada a jurisprudência que não admite as transações e as renúncias aos direitos trabalhistas por meio da arbitragem, comissões de conciliação prévia ou transações extrajudiciais, sem sequer examinar as circunstâncias reais em que o direito de liberdade de transacionar ou de renunciar foi exercido pelos sujeitos trabalhistas. Em casos tais, os julgados acabam por violar o direito fundamental de liberdade dos trabalhadores, tratando-os como inimputáveis e incapazes de exercer o seu direito de liberdade de escolha do próprio destino, pessoal e profissional, ao argumento da proteção absoluta e do princípio da indisponibilidade.

5.7 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NA PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA

Para arrematar este último capítulo e para demonstrar como os princípios trabalhistas clássicos devem ser lidos a partir do modelo metodológico pós-positivista é que nos ocuparemos do princípio referência para o Direito do Trabalho, que é o da proteção do trabalhador. Demonstraremos que ele continua existente e válido dentro do ordenamento jurídico brasileiro atual, embora a sua eficácia nos pareça

bem diversa daquela que lhe é atribuída pela uniformidade dos autores especializados. Também nos é diverso o mecanismo de aplicação às situações concretas.

Um dos cuidados na aplicação do princípio protetor é o julgador não se fazer substituir ao legislador. Ao último cabe, segundo a diretriz constitucional e os influxos político-ideológicos do momento da legislação, adotar o modelo mais rígido ou flexível de proteção. Dito de outra forma, são os legisladores quem, balizados pelas diretivas da Constituição, escolhem o nível gradual de proteção que a legislação material especial de Direito do Trabalho deve ostentar, não podendo o aplicador, invocando o princípio da proteção, ampliar o nível de favorecimento desejado pelo Poder Legislativo, ou ainda negar aplicação de normas válidas e eficazes que sejam prejudiciais aos trabalhadores.

Importantes e lúcidas as palavras de Alfredo Ruprecht:

Na realidade, a proteção deve ser obra do legislador e da autoridade administrativa na sua qualidade regulamentadora, mas não se pode deixar que a imparcialidade da justiça seja alterada por uma manifesta inclinação por uma das partes do conflito.

Em primeiro lugar, convém ter presente que é preciso que haja uma dúvida real sobre o alcance ou interpretação da norma em questão e que não seja aplicada pelo simples afã de criar novos direitos em favor do trabalhador. Em segundo lugar, não deve contrariar a vontade do legislador. Quando este estabelece uma norma que tenda a conciliar os interesses dos trabalhadores, dos empregadores e da coletividade, não se pode romper o equilíbrio em favor de uma das partes, nesse caso, os trabalhadores.³⁰

Inclusive, recentemente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que pode o legislador criar algum embaraço legislativo que cause, abstratamente, restrição aos direitos dos trabalhadores. No caso em julgamento, a Corte Suprema decidiu que é constitucional o artigo 71 da Lei nº 8.666, de 93 que garantiu a irresponsabilidade do Poder Público pela quitação das verbas trabalhistas devidas em razão dos contratos de prestação de serviços, desautorizando, por via reflexa, a maciça interpretação da Súmula 331, IV, do TST, em sua redação anterior.³¹ A se entender como a maioria da doutrina trabalhista, aplicando o princípio da proteção de forma absoluta e utilizando-o como paradigma de constitucionalidade em tudo aquilo que contravier aos interesses dos trabalhadores, a regra da legislação citada era para ser tida como inconstitucional.

³⁰ Ruprecht, *op. cit.*, p. 13-17.

³¹ STF – ADC 16/DF – Rel. Min. Cezar Peluso – DJE 3-12-2010. A decisão reconheceu que o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666 de 1993 é constitucional, motivo pelo qual não pode o julgador trabalhista declarar a responsabilidade subsidiária do Poder Público em razão do simples inadimplemento contratual dos direitos trabalhistas por parte da empregadora, contratada para prestar serviços ao Estado.

Entendemos que, além de ser aplicado corretamente, nos moldes colocados linhas acima, sem que o aplicador substitua o legislador, avançamos para defender que deverá haver maior plasticidade do princípio da proteção. A premissa é a de que, se o princípio visa igualar as condições de negociação entre empregados e empregadores, por dedução, quanto mais estiver o trabalhador munido, pessoalmente, de condições de negociação, menor deverá ser a intervenção estatal equiparatória. Avançamos mais, para dizer que, em alguns casos limítrofes, quando as condições de negociação são equivalentes, econômica e faticamente, deve-se afastar a proteção para prestigiar a liberdade contratual das partes. Nesse caso extremo, não há falar em eficácia do princípio da proteção para regular a situação concreta entre as partes contratantes. O que estamos a defender, nesse caso limítrofe, é a ineficácia episódica do princípio da proteção, nada obstante continue existente, válido e eficaz para a universalidade das situações, abstratamente consideradas.

Mais ainda, o direito privado moderno, a partir do princípio contratual da boa-fé objetiva, indica que os empregadores devem ser protegidos contratualmente contra possíveis investidas de empregados que atuam ilicitamente. A recíproca também é verdadeira em relação à proteção dos trabalhadores, sendo de resto o mais importante a maleabilidade do princípio protecionista, de acordo com as circunstâncias concretas. Ainda que na maioria dos casos não haja igualdade fático-jurídica de condições de contratação, mantendo-se a eficácia do princípio da proteção, não podemos deixar de reconhecer, mesmo para os casos limítrofes e escassos, que a eficácia principiológica deve conformar-se à situação real de desigualdade, perdendo sua eficácia nos casos especiais em que houver condições uniformes de negociação. Retomemos a tese já exposta nos capítulos anteriores de que as soluções estáticas e generalizantes não são mais satisfatórias. Não é mais adequado aplicar o princípio protetor estaticamente, de forma absoluta, sempre com a mesma eficácia, desconsiderando as circunstâncias concretas dos sujeitos que integram a relação jurídica objeto da análise.

Mesmo Américo Plá Rodríguez defendia que não se pode levar ao extremo o princípio da proteção quando utilizado na sua função interpretativa. Em palavras outras, a proteção não se presta como paradigma de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, surtindo o efeito de paralisar a aplicação de normas que sejam, episodicamente, menos favoráveis aos trabalhadores. Não está autorizado o juiz a substituir-se ao legislador, negando a aplicação de normas jurídicas restritivas de direito dos empregados, quando assim preferiu o legislador em circunstâncias concretas, a despeito de a proteção ser a vertente generalizante. Como princípio jurídico, retomemos, a proteção deverá inspirar o legislador infraconstitucional, o qual acompanha a diretriz de aumento do espectro de proteção dos trabalhadores. Contudo, a proteção não impede que, pontualmente, como resultado de uma pré-ponderação legislativa para conformar-se a direitos outros, o legislador eleja normas que possam ser contrárias aos interesses dos empregados. Não é por

outra razão que se têm como constitucionais as legislações da década de 1990 que diminuíram alguns dos direitos dos empregados, por exemplo autorizando que os empregadores deixem de pagar horas extras realizadas pelos empregados desde que sejam compensadas no prazo de um ano (artigo 59, § 2º, da CLT, introduzido pela Medida Provisória nº 2.164-41 de 2001).

Embrionariamente, já defendia Alfredo Ruprecht que: “Não lhe deve ser dado um alcance excessivo, no sentido de considerar que *todo* o Direito Trabalhista protege o trabalhador. Entre suas normas figuram algumas que também lhe impõe obrigações e outorgam direitos aos empregadores, embora, evidentemente, na sua maioria, tendem a proteger os trabalhadores.”³²

Também entendemos que não foi autorizado ao intérprete, quer jurista quer julgador, negar aplicação das disposições de norma coletiva que sejam prejudiciais aos trabalhadores ao fundamento do princípio da proteção. A sistemática é mais complexa que a mera negação de tudo aquilo que violar os interesses dos operários, eis que a norma coletiva deverá ser analisada em seu conjunto, respeitando-se a autonomia que a Constituição atribuiu às entidades sindicais, concluindo-se que normas coletivas devem trazer conquistas aos trabalhadores, mas o avanço deve ser analisado em seu conjunto, admitindo-se episodicamente alguma ou outra cláusula restritiva. Haverá, de outro lado, normas coletivas que possuam, na visão conjuntural, violações, quando dar-se-á início a um procedimento especial de nulificação, com legitimados específicos e procedimento judicial especial.³³

Ressalve-se a disposição do artigo 623 da CLT, principalmente o parágrafo único, que outorga ao Judiciário trabalhista, incidentalmente, a obrigação de declarar a nulidade de cláusula de norma coletiva que contrarie norma disciplinadora da política econômica do governo ou de política salarial. Como já tratamos em capítulo anterior, a permissão legislativa para o juiz do trabalho declarar, incidentalmente e de ofício, a nulidade de cláusula de norma coletiva nessa situação pontual revela que o legislador não lhe concedeu a mesma permissão para todos os demais casos, quando, conforme exposto no parágrafo acima, deverá haver procedimento específico de nulificação.

³² Ruprecht, op. cit., p. 9-10.

³³ Em tese luminar sobre as normas coletivas, Ronaldo Lima dos Santos, aplicando o método jurídico da ponderação, defende, como nós, que: “Como se observa, mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, a relação entre as regras legais e as normas decorrentes da autonomia privada coletiva pode ser equacionada pela aplicação de diversos métodos e princípios jurídicos, como a técnica da ponderação de interesses, podendo haver situações em que, diante de determinadas hipóteses concretas, disposições convencionadas, aparente ou imediatamente, menos benéficas possam prevalecer sobre as normas legais” (*Teoria das normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 285).

A partir do método analítico de aplicação do princípio da proteção exposto linhas acima, entendemos que a maioria dos julgadores labora em equívoco quando nega aplicação, nos julgamentos de casos concretos, de algumas normas coletivas que restrinjam alguns direitos dos trabalhadores, frutos que são, no conjunto, de uma negociação mais complexa, com concessões recíprocas. A negativa de aplicação das normas coletivas que restrinjam alguns direitos operários rompe com o equilíbrio estipulado no início da negociação sindical. Para aquelas situações em que, de fato, a norma coletiva violar desproporcionalmente direitos dos trabalhadores, há procedimento especial de nulificação, não se admitindo a declaração incidental de nulidade em cada caso concreto e conforme o convencimento do julgador.

Leciona Plá Rodriguez que a aplicação da proteção de forma desmedida e como falso fundamento para a negação da aplicação de normas ofende o princípio da segurança jurídica. O princípio protetor “não dá direito a fazer qualquer coisa em nome da proteção do trabalhador, e muito menos a substituir-se ao criador das normas. Tem um campo de aplicação limitado e, mantendo-se dentro dele, não conspira contra a segurança, porém assegura a eficaz e adequada aplicação das normas”.³⁴

Cerrando fileira, acrescenta Manuel Alonso Garcia:

Importa assinalar, antes de tudo, que não compete ao juiz a criação do Direito, nem é sua função criar a norma. Portanto, na medida em que o juiz, valendo-se do princípio *pró-operário*, dá origem a verdadeiras normas, resolvendo determinadas situações jurídicas, com novos módulos de Direito, deixa de cumprir com seu dever de aplicar e extrapola os limites de sua função. A função tutelar do juiz nas relações jurídico-laborais, e enquanto expressão do princípio *pró-operário*, não pode invadir o campo reservado ao legislador. Seu trabalho é meramente de aplicação. É só nessa função de aplicação que o juiz desenvolver o conteúdo do dito princípio.³⁵

Mudando com a concepção clássica de que a fórmula política não é mais social, porém democrática de direito, o subprincípio trabalhista do “*in dubio pro operario*” deixa de existir. Se durante a fórmula social se admitia que, na dúvida, deveria privilegiar o trabalhador, pois essa era a ideologia que a Constituição defendia, em tempos atuais, quando for possível colher do dispositivo dois ou mais sentidos, deverá o intérprete escolher aquele que esteja de acordo com a fórmula política do estado democrático de direito, nem sempre a favor dos direitos dos trabalhadores, como de resto se dá quando da técnica de interpretação conforme a Constituição para interpretação da legislação infraconstitucional.

³⁴ Plá Rodriguez, op. cit., p. 101.

³⁵ Garcia, *Derecho del trabajo*, p. 251.

Concluimos que, modernamente, o princípio protetor continua válido e eficaz, induzido que é das diversas disposições constitucionais de proteção dos empregados, embora a sua eficácia deva sofrer modulação conforme as situações fáticas e jurídicas da relação de trabalho, chegando ao ponto de sua ineficácia naqueles casos, embora ainda excepcionais, em que houver material igualdade de negociação, contratação e execução da relação jurídica. A aplicação do princípio protetor reclama um mecanismo racional de incidência, para que não conspire contra a segurança jurídica. Sintetizando o mecanismo de aplicação das normas jurídicas trabalhistas, à luz do princípio especial da proteção, entendemos que o itinerário a ser seguido pelo aplicador é o seguinte:

Na aplicação do sistema jurídico trabalhista, o intérprete deverá recolher as regras que sejam preenchidas pela hipótese fática em análise. Se houver apenas uma regra incidente e ela não comportar multiplicidade interpretativa, ela deve ser aplicada, por subsunção, ainda que seja contrária aos interesses dos empregados. Na hipótese única de a regra jurídica ser inconstitucional, formal ou materialmente, é que está o julgador autorizado a negar-lhe eficácia, controlando difusamente a constitucionalidade, devendo fundamentar explicitamente essa tomada de posição, mas aqui é irrelevante se a norma inconstitucional traz benefícios ou malefícios aos trabalhadores. Não é a proteção o paradigma para o controle de constitucionalidade, mas as normas materiais e formais da Constituição Federal.

Em hipótese diversa, verificará se a regra incidente comporta dubiedade interpretativa, recomendando a adoção da interpretação que mais fomente o estado democrático de direito e a dignidade da pessoa humana. Em último caso, havendo mais de duas regras jurídicas incidentes, sejam elas autônomas ou heterônomas, tratados internacionais, Constituição, legislação infraconstitucional, norma coletiva, regulamento de empresa ou cláusula contratual individual, prevalecerá aquela que for a mais benéfica aos interesses dos trabalhadores, objetivamente analisadas, dinamizando a hierarquia das fontes no Direito do Trabalho, como quer o *caput* do artigo 7º da Carta Maior, sem descuidar da racionalidade que é própria e exigida pelo Direito.

Todos os demais princípios do Direito do Trabalho devem ser revisitados e estudados pela perspectiva metodológica pós-positivista, mormente deverá haver a consciência do jurista pela adoção da fórmula política do estado democrático de direito pela Constituição de 1988, quando os resultados da interpretação e da aplicação serão outros – conforme mostramos em relação ao princípio da proteção.

6

Conclusões

1. A ciência jurídica evoluiu em diversas etapas, marcadas, principalmente, pela adoção da tese da existência de direitos anteriores e alheios à legislação, cuja nota divisou a evolução do Direito em três etapas bem específicas: jusnaturalismo, juspositivismo e o pós-positivismo, esta última corrente caracterizada pelo reconhecimento da divisão das normas em regras e princípios, ambas com igual força normativa.

2. O modelo pós-positivista é o mais adequado a dar concretude e eficácia aos direitos fundamentais, os quais ocupam a estrutura de princípios; porém, quando os princípios são incidentes nos casos concretos, eles são paralisados e ponderados por regras restritivas ou por princípios colidentes, sucessivamente. Disso resulta que não há, no sistema jurídico pós-positivista, princípios jurídicos que sejam absolutos.

3. Os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade são ferramentas à disposição do jurista pós-positivista para resolução das antinomias do sistema – pressupondo que não há nesse modelo lacunas normativas. A razoabilidade incide em hipóteses muito especiais para negar a aplicação da sanção das regras quando a hipótese fática do seu descritor esteja preenchida. Já a proporcionalidade se presta como mecanismo de verificação da constitucionalidade de regras restritivas de direitos fundamentais, bem como métrica para realização da ponderação entre princípios colidentes *in concreto*.

4. A Constituição Federal de 1988 é o resultado do diálogo democrático entre as mais diversas vertentes ideológicas do momento de sua discussão e promulgação, pelo que o seu resultado é a síntese superadora dos antigos modelos dos Estados sociais e liberais. A sua fórmula política é a do estado democrático de direito, em cujo modelo são consagrados interesses de índole liberal e social, em abstratos

conflitantes e antagônicos entre si, incumbindo aos poderes de Estado realizar a compatibilização. Os juízes, enquanto representantes do Estado e partícipes da construção do modelo fixado pelo constituinte, devem interpretar toda a legislação, inclusive a própria Constituição, despidos dos antigos paradigmas sociais e liberais, adotando a fórmula política atual do estado democrático de direito como vetor interpretativo.

5. Os antigos direitos naturais foram positivados nas constituições e, posteriormente, em tratados internacionais, quando passaram a ser conceituados, sucessivamente, como direitos fundamentais e direitos humanos. Os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, após o mecanismo de interpretação e construção das normas jurídicas pelos juristas, ocupam a estrutura de princípios jurídicos, os quais possuem ampla força normativa e são aplicáveis tanto em face do Estado (eficácia vertical) como em face de outros particulares (eficácia horizontal).

6. Os direitos fundamentais de todas as dimensões – direitos de liberdade, igualdade, solidariedade e universalidade – integram o conceito de direitos subjetivos das pessoas físicas e, no que couber, das pessoas jurídicas, sendo que os sujeitos da relação de trabalho, nessa condição, podem invocar a incidência dos direitos fundamentais das quatro dimensões em face de violação praticadas pelo outro sujeito de direito, também um particular. Como ambos são detentores de direitos fundamentais, a sua incidência nas relações de trabalho acabará quase sempre em problema de colisão de princípios.

7. A nossa tese é no sentido de que não há uniformidade de classificação quanto aos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, havendo aqueles que são aplicáveis nas relações privadas e os que são incidentes apenas nas relações verticais entre cidadão e Estado. Os da primeira hipótese podem ser aplicados tanto direta e imediatamente quanto indireta e mediadamente – teoria eclética ou mista –, conforme a natureza do direito fundamental em discussão e os mandamentos deônticos previstos no próprio texto constitucional. As proibições e ordenações constitucionais são direta e imediatamente aplicáveis nas relações de trabalho, mas as permissões devem ser preenchidas e explicitadas pelo legislador ordinário, reclamando regulamentação.

8. O Direito do Trabalho nasceu comprometido ideologicamente com ideais socialistas, incorporando matriz intervencionista. No Brasil, pela influência do Governo Vargas, foram recepcionados os ideais sociais e intervencionistas, sendo positivados em vários dispositivos legais da CLT. A jurisprudência trabalhista atual e a doutrina clássica são reflexos dessa carga ideológica na qual a CLT foi gerada, bem por isso aplicam-se os princípios de forma absoluta, sempre em favor dos direitos dos trabalhadores. Também o modelo jurídico adotado é o jusposi-

tivista, cujo mecanismo único de aplicação das normas é a subsunção (modelo “tudo-ou-nada”).

9. O futuro do Direito do Trabalho brasileiro será o reconhecimento de que os sujeitos de direito trabalhistas são multiformes, em razão da complexidade social pós-moderna, daí por que houve o abandono do antigo paradigma do empregado analfabeto e da grande indústria como modelares. A consequência do reconhecimento da multiplicidade de sujeitos de direito trabalhistas, com os diversos modelos de realização do trabalho, é o abandono do modelo estático da CLT e a adoção de modelos flexíveis, adaptáveis e previstos em legislações especiais (microssistemas), com a consequente convocação dos atores sociais ao debate legitimador das condições contratuais para cada espécie.

10. A Constituição Federal de 1988 permite que os princípios trabalhistas clássicos sejam reconhecidos pela atividade indutiva do intérprete, porém o mecanismo de aplicação e o caráter absoluto que lhes é atribuído devem ser revistos. Reconhecemos a existência e a validade dos princípios clássicos, mas dissentimos quanto à eficácia absoluta. A sua eficácia – dentro do novo modelo pós-positivista – é plástica e flexível, dependente das regras restritivas previstas na legislação ordinária e das ponderações realizadas nas situações concretas de colisão com outros princípios.

11. Os princípios jurídicos trabalhistas podem ser excepcionados pela constituição ou em razão dela. Neste último caso por delegação expressa ou implicitamente, casos em que pode haver restrição pelo próprio texto originário das constituições, pelo legislador constitucional reformador, pelo legislador ordinário, pelas normas coletivas e, em último caso, pelo julgador em cada caso concreto submetido sob sua apreciação e quando há conflito inconciliável de princípios jurídicos.

12. Em sede de Direito do Trabalho poderá haver restrições proporcionais de direitos para a conquista de outros benefícios, por meio de negociação coletiva e até por negociação individual, desde que preenchidos diversos requisitos, principalmente o respeito à dignidade humana e ao princípio da proibição do retrocesso social.

13. A chave para dar segurança jurídica à teoria dos princípios e justificar de modo fundamentado a ponderação é a adoção do princípio da proporcionalidade, com as suas três sub-regras da adequação, necessidade e a proporcionalidade estrita. Com a utilização do método pós-positivista, emprestar-se-ão racionalidade e cientificidade ao Direito do Trabalho, sem descuidar de seu vetor axiológico, representado pelos direitos fundamentais dos trabalhadores, coincidindo o núcleo essencial desses direitos com a dignidade da pessoa humana.

14. Outro traço decisivo da teoria dos princípios trabalhistas é a rigorosa necessidade de exposição analítica das razões que levaram o intérprete, quer juiz

quer jurista, à escolha de uma solução entre as possíveis. A fundamentação analítica proporcionará o controle da decisão pelos demais atores sociais, afastando a crítica de que a aplicação de princípios importa em casuísmos e violência ao ideal de segurança jurídica.

15. Para a procedimentalização da interpretação dentro da teoria dos princípios, deve o intérprete estudar o texto legislativo, a vontade do legislador, a interpretação que lhe deu o Supremo Tribunal Federal (precedentes e súmulas) e a doutrina.

16. Também é imprescindível a existência de um Tribunal Constitucional, como na Europa ocidental, com formação plural, democrática, legitimada pela participação de todos os setores da sociedade civil. Incumbiria à Corte fomentar a permitir que os diversos atores sociais dialoguem sobre a questão constitucional discutida, cuja solução serviria de pauta informativa vinculante para as demais instâncias, porém suscetíveis à revisão evolutiva quando as situações de fato se alterarem.

Bibliografia

ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Direito, razão, discurso*. Estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

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.

ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 797, p. 11-26, mar. 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Renúncia e transação no direito do trabalho. In: DUARTE, Bento Herculano (Org.). *Manual de direito do trabalho*. Estudos em Homenagem ao Professor Cássio Mesquita Barros. São Paulo: LTr, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2008.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Sólón. São Paulo: Edipro, 2011.

_____. *O positivismo jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

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.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

_____. Tributo e segurança jurídica. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do Novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003.

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.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 16, jan./mar. 2008, nº 62, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CONTRERAS, Sergio Gamonal. Los Principios y la ponderación judicial: el rol del juez en el proceso del trabajo chileno. *Cadernos da AMATRA IV*. 10º Caderno de Estudos sobre Processo e Direito do Trabalho, Ano IV, nº 10, HS Editora, jan./mar. 2009.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- DE LA CRUZ, Rafael Naranjo. *Los limites de dos derechos fundamentales em las relaciones entre particulares: La buena fe*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1960.
- _____. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1996. v. 1.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- _____. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *História da filosofia do direito*. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2010.
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do Direito do Trabalho no mundo contemporâneo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, nº 916, jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7795>>. Acesso em: 7 set. 2008.
- FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. Homenagem a Armando Casimiro Costa. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FLORES, Baltasar Cavazos. La flexibilización, em novedades y tendencias actuales del derecho del trabajo. In: PERONE, Gian Carlo; SCHIPANI, Sandro (Coord.). *Princípios para um código-tipo de direito do trabalho para a América Latina*. São Paulo: LTr, 1996.

GARCÍA, Manuel Alonso. *Derecho del trabajo*. Barcelona: Bosch, 1960.

GARCIA, Maria. Juspositivismo do século XXI: a norma como valor. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, nº 60, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, jul./set. 2007.

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, nº 58, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2007.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.

_____. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria processual da constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Tradução de Armino Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEITE, Fábio. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro. *Direito, estado e sociedade*, Rio de Janeiro, nº 16, jan./jul. 2000.

MARGARELLI, Cristina. La transacción en el derecho del trabajo. In: KURCZYN VILLALOBOS, Patrícia; PUIG HERNÁNDEZ, Carlos Alberto. *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Nestor de Buen Lozano*. México: UNAM, 2003.

- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Comentários à CLT*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima C. Borges (Coord.). *Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 16, nº 63, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2008.
- _____. A teoria das restrições dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 17, nº 69, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 86-109, out./dez. 2009.
- NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Iniciação ao direito do trabalho*. 27. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1980.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2005.
- PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Direito do trabalho*. Parte I – Dogmática Geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- PARRA, Augusto Conti. Princípios para um “código-tipo” de direito do trabalho na América Latina. In: PERONE, Gian Carlo; SCHIPANI, Sandro (Coord.). *Princípios para um código – tipo de direito do trabalho para a América Latina*. São Paulo: LTr, 1996.
- PEDROSO, Marcelo Bатуíra da C. Losso. *Liberdade e irrenunciabilidade no direito do trabalho*. Do estudo dos princípios à *economic analysis of law* aplicados ao Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- 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.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais*. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIBEIRO, Renato Janine. Elogio ao socialismo. *Filosofia, Ciência & Vida*. São Paulo, ano IV, nº 46, abr. 2010.

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.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 2002.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitária, 1963.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

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.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, nº 57, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 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.

_____. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

_____. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais*. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2 ed. São Paulo: Método, 2009.

SENTA, Antonio Della. Disponibilidade dos direitos trabalhistas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4156>>. Acesso em: 7 set. 2008.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

_____. *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.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*. Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. 1.

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.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TRIBE, Laurence. *American constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Em que medida vinculam 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.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. Repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIERA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TEORIA *dos* PRINCÍPIOS TRABALHISTAS

A APLICAÇÃO DO MODELO METODOLÓGICO PÓS-POSITIVISTA AO DIREITO DO TRABALHO

O livro inaugurou uma nova fase do Direito do Trabalho brasileiro, inserindo-o no modelo pós-positivista, principalmente utilizando o princípio da proporcionalidade para ponderar princípios jurídicos nos casos de colisão. O autor faz uma intersecção entre a teoria e a prática, ao revisar criticamente as decisões judiciais mais recentes e demonstrar com exemplos práticos a utilização do novo modelo teórico.

Para melhor exposição das teses e a conclusão da teoria proposta, a obra foi dividida em várias etapas. Inicialmente, faz um inventário das principais fases da ciência jurídica, apontando as características das suas três grandes fases: jusnaturalismo, juspositivismo e pós-positivismo. O Capítulo 2 estuda as constituições brasileiras, a fim de demonstrar que a atual de 1988 adotou a fórmula política do estado democrático de direito, linha ideológica que é harmonizadora das ideologias liberal e social.

O Capítulo 3 analisa a decorrência imediata da normatividade dos princípios jurídicos, que é a sua eficácia nas relações entre particulares, no que se convencionou chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Já o Capítulo 4 demonstra a formação histórica e a evolução do Direito do Trabalho.

A constitucionalização do Direito do Trabalho é o tema do Capítulo 5. O texto discute a inserção do ramo especializado na interpretação constitucional pós-moderna, através da aplicação do método pós-positivista, com a utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade como métodos adequados de solução para os conflitos entre regras e princípios, autonomamente entre si.

APLICAÇÃO

Leitura complementar para as disciplinas *Filosofia do Direito*, *Teoria Geral do Direito*, *Teoria do Direito do Trabalho* e *Metodologia do Direito do Trabalho* dos cursos de graduação e especialização em Direito. Também é leitura extremamente relevante para os operadores jurídicos da área trabalhista, pois o livro trata com ineditismo e cientificidade a adoção do método pós-positivista para o Direito do Trabalho, acenando para o futuro desse ramo jurídico, na medida em que o modelo metodológico referido foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal e tende a disseminar-se pelos Tribunais trabalhistas do país.