

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

VALDOMIRO CZAIKOWSKI FILHO

A INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA NO DIREITO DO TRABALHO
Perspectivas em face do pós-positivismo

CURITIBA
2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

VALDOMIRO CZAIKOWSKI FILHO

A INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA NO DIREITO DO TRABALHO
Perspectivas em face do pós-positivismo

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Aldacy Rachid Coutinho.

CURITIBA
2010

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus acima de tudo. Agradeço a Valdomiro Czaikowski Neto, a Maria Inah Ferreira Pepe Czaikowski, a Aldacy Rachid Coutinho, a José Affonso Dallegrave Neto e aos professores e colegas da graduação, bem como aos funcionários da Faculdade de Direito.

RESUMO

O Direito do Trabalho possui estrutura normativa que não deve ser confundida com a dos demais ramos do Direito. Em especial, por tratar de direitos sociais, a densificação normativa juslaboral mostra-se de suma importância para a garantia da tutela do trabalhador hipossuficiente, articulada uma coesão entre os planos constitucional e infraconstitucional através do pleno reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, mormente aqueles que fundamentam o poder estatal. Especificamente, deve-se visualizar os dois grandes vetores que informam contrato individual de trabalho: o princípio da tutela (entendido no plano constitucional) e o princípio da solidariedade, os quais são aplicados no contexto mais amplo do princípio da preservação da empresa e sob o pano de fundo da cooperação. A aplicação direta dos princípios constitucionais na órbita do Direito do Trabalho é visualizada de duas formas. Em primeiro lugar, de uma maneira mais intensa, através da organização sistematizada do sistema de decisões jurisdicionais. Em segundo lugar, de forma menos intensa, através da aplicação normativa casuística. Em decorrência da aplicação normativa dos princípios no Direito do Trabalho, é proposta a intervenção judicial ativa no que toca à demissão. A regulação das relações de trabalho por meio da estrutura jurídica contratual despessoaliza o empregado através da abstração da reificação de seu labor, enquanto unidade separada do prestador de serviços. Essa ideologia oculta parcela do sentimento moral do empregado, haja vista que aquele é atributo da personalidade humana. A intenção do constituinte, reconhecendo a especificidade trabalhista dos danos de ordem moral e material decorrentes da ruptura da relação de emprego, foi a de instituir um mecanismo compensatório para atenuar os gravames sofridos pelo empregado, delegando ao legislador infraconstitucional a tarefa de estabelecer uma regulação que considere as especificidades do caso concreto. A omissão legislativa, que ocorre até o presente momento, não tem o condão de neutralizar os princípios que albergam os direitos fundamentais vinculados aos danos morais, haja vista a plenitude da possibilidade de sua aplicação. Respeitado o valor tarifado provisoriamente instituído (indenização fundiária), se verificada, no caso concreto a sua insuficiência, o juiz deve exasperar o montante a ser pago.

Palavras-chave: princípios normativos; precedentes; contrato de trabalho; direitos da personalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
PARTE I – O DIREITO DO TRABALHO NO PÓS-POSITIVISMO	2
1. A MUTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	3
1.1. Princípio da legalidade I	3
1.2. Pós-positivismo	6
1.2.1. Substancialismo	8
1.2.1.1. As regras e os princípios	8
1.2.1.2. A solução correta	9
1.2.2. Teorias procedimentalistas e a argumentação jurídica	11
1.2.2.1. As normas jurídicas segundo Robert Alexy	11
1.2.2.2. Princípios na base do sistema	11
1.2.2.3. Aplicação dos princípios	13
1.2.2.4. Argumentação	15
1.3. Princípio da legalidade II	19
1.3.1. A força normativa da Constituição	19
1.3.2. Princípios e conceitos jurídicos indeterminados	20
1.3.3. O princípio da legalidade substancial	20
2. O ROMPIMENTO DAS TEORIAS	22
2.1. O cotejo jurídico	22
2.1.1. Direito Civil I	22
2.1.2. Direito do Trabalho I	23
2.2. As dimensões platônicas do ser	24
2.3. Direito Civil II	25
2.4. Direitos individuais e direitos sociais	33
2.5. A cadeia infinita de confrontos	36
2.6. O discurso fragmentado	41
3. RECONSTRUÇÃO	44
3.1. Organização normativa	44
3.2. Direito do Trabalho II	44

3.3. As etapas sucessivas de aplicação normativa	47
3.4. A roupagem constitucional do princípio da tutela	49
3.4.1. A aplicabilidade das normas de direitos sociais	49
3.4.2. O princípio constitucional da tutela	54
3.5. A busca pela cooperação	56
3.5.1. O direito natural	56
3.5.2. A superação do direito natural pelo positivismo jurídico	58
3.5.3. Pós-positivismo – ourtas encruzilhadas	60
3.5.4. O conteúdo mínimo do direito natural	61
3.5.5. A cooperação	65
3.5.6. A cooperação diante da responsabilidade ética	66
3.6. Concreção principiológica I – os precedentes	71
3.6.1. Precedentes no Direito do Trabalho	77
3.6.2. A legitimidade dos precedentes	78
3.7. Concreção principiológica II – aplicação singular dos direitos sociais	79
PARTE II – A INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA	81
1. NOÇÕES PREAMBULARES	82
2. OS DANOS DECORRENTES DA DEMISSÃO	83
2.1. A moral do trabalho	83
2.2. Os danos	86
2.2.1. Dano material	86
2.2.2. Dano moral	88
3. A QUESTÃO CONTRATUALISTA	91
3.1. As incompatibilidades	91
3.2. O contrato individual de trabalho	95
3.3. A teleologia do contrato de trabalho	100
4. OS DANOS E A RESPOSTA DO JUDICIÁRIO	102
4.1. Indenização por danos morais e materiais	102
4.2. Atividade judicial	104
5. CASUÍSTICA – OS TRABALHADORES E A IDADE	110

CONCLUSÃO – O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....	112
BIBLIOGRAFIA	114

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho atravessa situação na qual os predicados de suas normas revelam-se em sua singularidade no panorama jurídico. Em certa perspectiva sistemática, as regras justralhistas distinguem-se das normas dos demais ramos do Direito, considerada, principalmente, a rigidez e a uniformidade de aplicação daquelas. Avulta-se essa percepção no ambiente social pela extremada quantidade de litígios trabalhistas levados à análise da Jurisdição especializada. A problemática refere-se à viabilidade de mudança ou de manutenção dos matizes das normas trabalhistas, considerada, ainda, a necessidade de se conferir efetividade às normas constitucionais, o que pressupõe a ampla aplicabilidade de princípios.

O texto divide-se em duas metades. Na parte I são propostas algumas perspectivas concernentes ao sistema jurídico do Direito do Trabalho e sua figuração no pós-positivismo. Cura-se do princípio da tutela divisado a nível constitucional, bem como de sua base intersubjetiva, a cooperação humana. São lançados, igualmente, os pressupostos da parte II, a qual, por sua vez, foca-se na questão da compensação pela rescisão contratual sem justa causa pela iniciativa do empregador. A questão do contrato de trabalho, embora exposta no ponto 3 da parte II, bem atina, igualmente, à parte I, concretizando o segundo ponto de conexão entre as duas metades do texto.

Por fim, a conclusão promove o desfecho comum da primeira e da segunda parte, completando o terceiro laço entre ambas. O princípio constitucional da preservação da empresa é apresentado em conexão completa para com seus fundamentos normativos. Numa concepção abrangente, é realizada remissão à presença concomitante de ambas as acepções que formam a ambivalência técnica do termo empresa, cuja significância justralhista remete ao empregador, ao passo que, na esfera comercial, representa a atividade econômica deflagrada pelo empresário.

Enfim, como objetivo central busca-se, a partir da exposição das razões que provocaram a mutação do princípio da legalidade, estudar em evidência a necessidade de se obter uma atuação mais dinâmica do Poder Judiciário, pois a tarefa deste não se resume a operacionalizar a aplicação da lei ao caso concreto. Precipuamente, a missão do Judiciário é a de conceder a tutela dos direitos, os quais são concebidos adequadamente apenas se situados em um contexto mais amplo que o da lei.

Parte I

O DIREITO DO TRABALHO NO
PÓS-POSITIVISMO

1. A MUTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

1.1. Princípio da legalidade I

O constitucionalismo europeu continental, guiado pelo iluminismo, foi originariamente dotado das idéias vinculadas ao universalismo. Nesse contexto, a lei genérica e abstrata haveria de ser excessivamente virtuosa em sua solitude. Na conjuntura revolucionária francesa, a burguesia almejava o alcance da ascensão ao poder, até então dominado pela nobreza parasitária. Paralelamente, os estratos sociais miseráveis acirravam seu inconformismo para com as desigualdades econômicas vivenciadas. O *ancien régime* era marcado, dessa forma, por uma classe de nobres que controlava o Administrativo e o Judiciário. Por essa razão, o Parlamento, em sua soberania, representava a anulação dos privilégios indevidos, buscando sempre o benefício da nação em sua inteireza, levando-se em consideração todas as classes sociais, pois estas se faziam presentes por seus representantes no processo legislativo. Assim, figurava-se o Legislativo como o “único representante da soberania nacional e do ‘interesse geral’¹.” A exaltação da igualdade e da liberdade, garantidas pela lei abstrata e genérica, funcionou como mecanismo capaz de dilapidar os privilégios que estavam na base de um trato abertamente desigual. A perfeição da lei em si mesma, conforme a ideologia iluminista, era garantia da própria justiça do julgamento, tratado o Direito como na mesma estática das ciências matemáticas. A grande vantagem da matemática sobre a moral² pode ser percebida na clareza e na determinação de seus parâmetros, de modo que a mais sensível diferenciação entre as idéias são perceptíveis de imediato, pois esse é o campo da ausência de ambigüidades. “O isósceles e o escaleno são distinguidos por limites mais exatos que vício e virtude, certo e errado³.”

Pela implantação no Brasil da estrutura política nos moldes da Europa continental, seguimos a mesma tradição, ainda que o cenário pátrio tenha se distinguido daquele que propiciou o ambiente para a propagação da primazia do Legislativo. Adotamos, também, a tripartição dos poderes como construção que cinge organicamente

¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. p. 27.

² HUME, David. *An Enquiry Concerning Human Understanding*. p. 52.

³ Livre tradução de “the isosceles and scalenum are distinguished by boundaries more exact than vice and virtue, right and wrong” (HUME, David. *An Enquiry Concerning Human Understanding*. p. 53).

esse cultivo de regras. Apegamo-nos, sobretudo, à peculiaridade da segurança jurídica concedida pelo corpo normativo abstrato.

A separação dos poderes, enquanto critério de divisão das tarefas estatais, originariamente foi concebida para atender ao clamor pela segurança jurídica. O poder estatal, dessa forma, não intervinha na vida dos cidadãos sem antes passar por estágios sucessivos de controle. Reconheça-se, de qualquer forma, que a separação dos poderes é aceitável tão somente na forma de ficção criada com o intento de explicar e balizar a atividade estatal, porquanto inegável é o fato de que o poder emanado do Estado é uno. O poder em exercício torna-se uma atividade complexa em cuja extremidade inicial a vontade estatal é manifestada por meio da edição de normas genéricas e abstratas, características que imunizam os preceitos legais de ferir a igualdade entre os cidadãos. Por outro lado, a estratificação em níveis de diferentes facetas do poder estatal coloca-se como garantia da liberdade dos indivíduos, obrigados apenas pelo enunciado normativo das regras jurídicas. Ou seja, afora o quadrante da realidade compreendido pela semiótica da lei, circunstância a que se vinculam determinações imperativas, o cidadão é livre para reger seu agir da forma como entender.

Movimentada a engrenagem da separação dos poderes, é projetada a imagem dos freios e contrapesos, através da qual o poder sofre controle interno de maneira recíproca na ação mútua que se movimenta circularmente entre as três esferas de atuação. Como resultado, é obtido o agir estatal esvaziado, em grande medida, das arbitrariedades⁴, as quais vicejam mais vigorosamente na concentração do domínio estatal. Afinal de contas, é tendência do poder conduzir à corrupção⁵.

A manifestação primordial da vontade estatal reside propriamente na confecção das normas, por parte do Poder Legislativo, que serão aplicáveis à teia de relações sociais. Ao Poder Executivo incumbe a tarefa de prover a execução das leis, ao passo que o Poder Judiciário presta-se a aplicá-las aos casos litigiosos concretos. A estrita separação de tarefas aventadas busca apoio na absorção da maior parcela da determinação do ânimo estatal pelo conjunto das regras, os preceitos normativos com conteúdo claro e minudenciado. Como decorrência lógica do esquema traçado, ao Poder Legislativo se subordina a atuação do Executivo e do Judiciário, resumido este último,

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. p. 123 -124.

⁵ “Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely” (DALBERG-ACTON, John Emerich Edward. *Essays on Freedom and Power*. p. 364).

como afirmou Montesquieu, à boca da Lei⁶, sendo-lhe, nos moldes clássicos, vedada a ação criativa.

A doutrina positivista mais refinada, contudo, não vê na figura do juiz apenas um ente com capacidade estéril para alterar a realidade. De qualquer forma, não se poderia aceitar a atividade judicial como sobreposta à vontade do legislador. O ineliminável papel criativo do juiz limitava-se à periferia da lei. Por essa razão, Kelsen entende por natural, como exigência democrática, o controle dos órgãos de funções legislativas sobre os de funções executiva e judiciária, tendo em vista que ao Legislativo interessa, precipuamente, a correta observância de suas normas⁷. Em suma, a estrita obediência aos preceitos legais emanados do Estado confere o sentido mais básico do princípio da legalidade.

Tomando por base a doutrina de Kelsen, a atividade judiciária pode ser esquematizada em dois momentos distintos. Em um primeiro plano, deve o julgador conter seus atos judicantes adstritos à moldura desenhada pela lei⁸. A partir desse estágio, em uma segunda etapa, a escolha tomada será política, dependendo de critérios como o discernimento de justiça do próprio julgador. Várias são as possibilidades decisórias internas à moldura normativa extraída da regra, e todas as opções são válidas, nem ao menos havendo possibilidade de se afirmar uma hierarquia entre as várias alternativas. Uma vez observadas as diretrizes legais, a decisão interna à moldura escapa aos parâmetros da ciência do direito. Pelo pressuposto da anterioridade e da posição hierarquicamente privilegiada das leis abstratas em relação às normas individuais, percebe-se claramente que essa doutrina possui uma textura pretensa a manter a barreira, no que toca ao aspecto criativo, entre as dimensões legislativa e judiciária. Como a legalidade seria observada pela atenção à rigidez da moldura, e à ciência do Direito apenas interessaria essa interação entre juiz e lei, depura-se, no primeiro estágio, o Direito das concepções morais do julgador (nada obstante estas mesmas influenciarem o segundo momento do julgamento).

Hart, por sua vez, compreende a impossibilidade de existir um plexo de regras que poderão aplicar-se plenamente a toda e qualquer situação que se considere.

⁶ MONTESQUIEU, Barão de Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. p. 172. Dessa forma, torna-se o Judiciário um poder nulo (p. 167).

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. p. 403.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 390 - 391.

Quando houver ausência de lei aplicável, atuará o juiz no exercício de seu poder discricionário⁹.

Ademais das citadas, diversas são as posições positivistas, das quais é possível a extração de um padrão nas seguintes linhas¹⁰: 1 – Como Direito de uma comunidade compreende-se um conjunto de regras, as quais se interligam sistematicamente através de um dado critério de validade; 2 – Em não existindo regra aplicável a determinada situação, a solução concedida pelo julgador escapa à seara jurídica por resultar de um juízo discricionário; 3 – As obrigações jurídicas decorrem apenas das regras editadas pelo Poder Legislativo.

1.2. Pós-positivismo

O modelo da primazia das regras, embora promulgasse o ideal da igualdade, assentava-se, na verdade, no escamoteamento da realidade inequânime. Interna à carcaça da igualdade formal, convive a desigualdade substancial. Percebe-se que o ganho da racionalidade do constitucionalismo francês do século XVIII veio acompanhado da hipocrisia, inserta na filosofia¹¹ política. As leis que proibiam as pessoas de dormirem debaixo de pontes e não admitiam a mendicância pelas ruas aplicavam-se tanto os miseráveis quanto aos ricos¹². A realidade mostra que o produto do processo legislativo posiciona-se em espaço distinto daquele que considera a vontade dos grupos sociais. No centro do processo legislativo, os fatores que realmente influem nas conclusões legisladas são os grandes bandos políticos¹³ e econômicos, ou seja, os detentores de poder, situação maximizada em uma realidade nacional em que as escolhas legislativas distanciam-se sensivelmente dos anseios democráticos. Em suma, o absolutismo de um sistema composto por leis em sentido genérico e universal é apenas viável em uma sociedade utópica em que todos são iguais ou em uma sociedade na qual o Estado, não intervencionista, é alheio às desigualdades sociais¹⁴. Como

⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 149

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 27 – 29.

¹¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. p. 26 – 27.

¹² WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. p. 523.

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. p. 40.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume I: teoria geral do processo*. p. 40.

alhores afirmado, da iniciativa do Estado Liberal em extinguir os privilégios do antigo regime decorreu a necessidade de igualizar todos diante da lei¹⁵.

Mas, mesmo as leis que são fruto de uma perspectiva social holística e, portanto, com intenção democrática, são incapazes de se adequarem à ampla variedade de casos litigiosos. O vácuo entre a lei e os casos concretos nada mais é do que resultado do ímpeto pela segurança jurídica, separado o Direito da moral. Essa cisão ampara-se numa ilogicidade, pois as normas jurídicas são direcionadas a finalidades práticas e sociais¹⁶, escopos esses nitidamente externos ao espaço normativo.

Outrossim, frise-se que, muito embora as acepções que absolutizam a normatividade das regras busquem adstringir sobremaneira a atividade judicial, a verdade é que para determinadas situações não haveria sequer o mínimo controle ou linha determinada no julgamento, como se viu no tópico anterior. Dentre as razões que determinaram a superação do positivismo jurídico, essa falha teórica¹⁷ é a que parece ser dotada de maior extensão fluida, perambulando em torno das demais. Os jusfilósofos denominados, genericamente, de pós-positivistas visualizam nesses espaços não preenchidos pelas regras a aplicação de preceitos normativos, igualmente provenientes da autoridade estatal, consubstanciados em preceitos de textura aberta. São essas normas os princípios jurídicos, compreendidos não apenas como critério de interpretação das regras ou normas secundárias de aplicação subsidiária. As inúmeras doutrinas que buscam superar o positivismo através da matriz principiológica recorrem à moral com o propósito de alcançar o substrato próprio a permear o árido conjunto de normas, e é justamente nesse ponto em que se propaga toda sorte de divergências.

A nova hermenêutica apoiada nos princípios jurídicos é explicada por inúmeras doutrinas. Estas, pode-se afirmar, deitam suas raízes em duas grandes vias opostas, o que permite sua classificação em atenção a determinado aspecto essencial. Trata-se, em primeiro lugar, das doutrinas substancialistas, que procuram estruturar um arranjo normativo que direciona o conteúdo da decisão judicial. Em segundo lugar, as doutrinas procedimentalistas pugnam pela teorização que lança as bases do procedimento a ser percorrido pelo juiz como as balizas para sua decisão, depurada do aspecto substancial como centro de gravidade do sistema, embora a substância não seja eliminada completamente. A seguir será desenrolada uma breve sinopse de cada

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume I: teoria geral do processo*. p. 40.

¹⁶ GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. p. 4.

¹⁷ Na ótica positivista, o espaço não coberto pela lei não seria uma falha, mas algo inevitável (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das Ciências Culturais*. p. 83).

perspectiva referencial, concentrada a análise na composição do tecido normativo e nos critérios necessários ao julgamento.

1.2.1. Substancialismo

A inconsistência das explicações do positivismo, as quais operam uma distinção na atividade judicial entre uma área afetada pelo direito e outra relegada à discricionariedade, mostram-se evidentes na leitura de Ronald Dworkin ao se captar nas entrelinhas dos julgamentos um certo padrão a ser seguido pela autoridade judicial.

Alega Dworkin que

mesmo nos casos mais claros (um assalto a banco ou uma quebra voluntária de um contrato), quando estamos certos de que alguém tem uma obrigação jurídica e a infringiu, não somos capazes de oferecer uma exposição satisfatória do que aquilo significa ou por que aquilo autoriza o estado a puni-lo ou coagi-lo. Podemos sentir que o que estamos fazendo é correto, mas, enquanto não identificamos os princípios que estamos seguindo, não podemos estar certos de que eles são suficientes, ou se os estamos aplicando consistentemente. Em casos menos claros, quando saber se uma obrigação foi infringida é por alguma razão um tema controvertido, a intensidade dessas questões prementes aumenta e nossa responsabilidade de encontrar respostas se aprofunda¹⁸.

Para a solução dos casos litigiosos, portanto, utiliza-se a categoria jurídica de princípios enquanto padrão de observância cogente, norma inexoravelmente imbuída do espectro da moralidade. São, na verdade, aplicados como razões que indicam dada solução, razões essas concebidas em um influxo dinâmico, de constante transformação.

1.2.1.1. As regras e os princípios

As regras despontam como manifestações imperativas do Estado na forma de determinações em um esquema “tudo ou nada¹⁹”. Salvo a situação em que sobrevém outra norma, de mesma natureza, excetiva à regra que se deve aplicar, esta apenas não se concretizará se mostrar-se inválida. Os princípios, diversamente, serão aplicados em cotejo com outros princípios e políticas que apontam em direções opostas. Ocorre que,

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 24 – 25.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 39.

contrariamente às regras (em relação às quais se impossibilita um juízo de estratificação no que tange à importância de cada uma), os princípios são dotados de uma dimensão de *peso*, o qual é variável circunstancialmente. O princípio fundado nas razões de maior peso irá prevalecer por conta de sua força relativa. Contudo, o princípio que cede em determinadas circunstâncias possivelmente poderá elevar-se como a diretriz dominante em outro cenário de atuação, ou seja, “quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força²⁰”.

A solução do caso sempre será proporcionada por uma regra. Como resultado do embate entre princípios contrapostos, o que ocorre de maneira mais latente em relação aos “casos difíceis²¹”, obtemos uma regra particular que não existia no estágio anterior à decisão. Alterando-se o vértice ocular para outro nível, essa teoria mostra que, da mesma forma, toda decisão judicial será uma decisão de princípios, mesmo para os casos em que se aplica uma regra válida de elevado grau de clareza. Sempre a aplicação da regra será justificada por um argumento de princípio²².

Quanto à aplicação das regras, essas podem ser afastadas, em prol de um princípio, no caso concreto, muito embora contenham o atributo da definitividade. Para que o fenômeno da supressão da regra em face do princípio ocorra, é necessário que esta última norma contenha elevado grau de importância. Outra perspectiva apontada por Dworkin para essas ocasiões em que seja necessário o afastamento da regra exige o confronto para com padrões que se colocam na defesa da regra. Cura-se, especificamente, da separação dos poderes, dos precedentes e dos atributos da consistência normativa (princípios de equidade e de eficiência)²³.

1.2.1.2. A solução correta

É possível afirmar que uma das mais distintas construções de Dworkin atine à questão do caminho traçado para a decisão jurisdicional. Partindo do conceito relativo

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 41.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 46.

²² “Suponhamos que um fabricante de aviões mova uma ação para receber o subsídio que a lei lhe prevê. Ele invoca seu direito ao subsídio; sua argumentação é um argumento de princípio. Ele não argumenta que a defesa nacional seria melhorada com o subsídio que lhe fosse concedido; poderia, inclusive, admitir que a lei estava politicamente errada quando foi adotada, ou que, por razões políticas, deveria ter sido revogada já há muito tempo. Seu direito a um subsídio não mais depende de um argumento de política, pois a lei o transformou em uma questão de princípio” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 131).

²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 60.

de poder discricionário como um “espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições²⁴”, o mencionado autor nega a possibilidade de atividade judicial nesse sentido, tal como suscitado pelas correntes positivistas. À maneira como ocorre com as regras, que direcionam o julgamento, os princípios, igualmente, são as balizas que iluminarão a resposta correta para cada situação, avaliada a medida variável de peso que dá corpo a cada norma principiológica em dado contexto. É certo que o juiz possivelmente errará na atribuição de peso a cada princípio em jogo, o que resultará em um julgamento equivocado. Porém, esse mesmo erro é passível de ocorrer na utilização das regras. Essa constatação demonstra que, embora a resposta correta seja, por vezes, controversa, ela existirá. Ocorre que a tese de Dworkin desenvolve-se sobre o pano de fundo de uma moralidade política unívoca²⁵.

Reitere-se, contudo, que a conferência de peso aos princípios não advém do exercício de poder discricionário. A aludida moralidade política que aponta a direção adequada para o julgamento deve ser entendida em um sentido amplo, o que a diferencia qualitativamente da política enquanto criação de direito²⁶. Pretende-se, dessa forma, deixar claro que os juízes não são legisladores, não se utilizam do aparato político para fundamentar suas determinações. O direito reconhecido pela aplicação dos princípios *preexiste* à decisão jurisdicional.

Portanto, a decisão jurisdicional, tomada com base em *princípios*, distingue-se de uma decisão *política*. Enquanto esta possui um conceito de generalidade, atentando-se, precipuamente para a sociedade como um todo, os princípios prestam-se a prover o material normativo suficiente para a construção da solução para o caso concreto. Ao aplicar o princípio, o juiz não necessariamente toma em reflexão a pluralidade de interesses espargidos na comunidade. Portanto, a decisão judicial, ao se sobrepor ao nível em que os diversos grupos exercem pressão para fazer prevalecer seus interesses, é produzida em um espaço no qual o juiz detém uma melhor posição para julgar o argumento principiológico. Pode-se afirmar que haveria, em relação às políticas, uma abertura que os princípios não proporcionam, pois estes requerem uma “consistência articulada²⁷” superior à que estrutura a política.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 51.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. p. 216.

²⁶ Seguindo este raciocínio, a decisão jurisdicional será política em um sentido mais amplo, mas não será política no sentido mais estrito. É esse um dos pontos mais obscuros da doutrina de Dworkin. Não deixa claro o autor de que modo se diferenciam os conceitos de política utilizados.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 137.

1.2.2. Teorias procedimentalistas e a argumentação jurídica

1.2.2.1. As normas jurídicas segundo Robert Alexy

A posição que pugna pela polarização da movimentação jurisdicional na direção da resposta uma substancialmente definida pelo ordenamento depara-se com o contraponto dos teóricos que situam a área de afetação do Poder Judicial em outra dimensão. Ao entenderem a impossibilidade de se obter uma resposta única aviada para cada caso, os procedimentalistas deslocam o foco da substância da decisão para a justiça do procedimento. Em síntese, o procedimento adequado, sob essa perspectiva, conduz a uma dentre as possíveis decisões equacionadas como corretas, não restando lógica possibilidade de hierarquização absoluta entre cada uma das possibilidades jurídicas. Pretende-se, nesse ponto, fazer uma exposição da compreensão procedimentalista da decisão judicial em uma conjuntura normativa de princípios e regras. Como marco teórico principal, escolhe-se a doutrina de Robert Alexy, sem embargo da ventilação de determinados aspectos particulares de outras linhas.

A anteriormente aludida disposição normativa composta por regras e princípios é utilizada, outrossim, pela doutrina procedimentalista. À semelhança de Dworkin, Alexy concebe as regras como normas que são, invariavelmente, satisfeitas ou não satisfeitas. De outro giro, os princípios, na teoria de Alexy, definem-se como mandamentos de otimização²⁸. Com isso, pretende-se exprimir que as normas principiológicas são aplicadas em grau variado de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas nas bases de uma acepção de amplitude da norma que não é empedernida.

1.2.2.2. Princípios na base do sistema

Um dos pontos de relevo a ser ressaltado na distinção entre princípios e regras está na relação de fundamentação normativa. O conceito de validade das normas é distribuído em três planos: o sociológico, o ético e o jurídico²⁹. A validade sociológica diz respeito à vinculação da validade ao fato social. A validade ética é aferida através de

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 90.

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 60 – 61.

um parâmetro moral. Por fim, a validade jurídica de uma norma é encontrada em uma norma de escalão superior. Nesse estágio, a extremidade da cadeia de vinculações normativas pode ser concebida de duas formas: ou o fundamento jurídico último é uma norma fundamental (o que confere ao ordenamento jurídico a qualidade de plenitude, clausura), um fato social, ou, então, é um fundamento moral ou ético³⁰. Perfilhada essa última elucidação, nesse ponto culminante de validade, estão os princípios, os quais assumem o papel de ponte entre o sistema jurídico e os valores, promovendo a abertura do Direito à moral. Para Alexy, princípios jurídicos são concebidos enquanto compartilhantes de uma mesma natureza que os valores³¹. Contudo, valores pertencem ao nível axiológico, enquanto princípios encontram-se no nível deontológico³². Esses valores que legitimam todo o sistema, e, portanto, têm prioridade sobre o direito positivo³³, são identificados como direitos fundamentais, de modo que, mais propriamente, podemos asseverar que os princípios são normas que contêm os direitos fundamentais, estes sim possuidores dos mesmos traços que os valores.

Enquanto normas de direitos fundamentais, situando-se no topo da estrutura normativa, esses princípios recebem guarida constitucional. Não necessariamente necessitam estar delineados expressamente no corpo constitucional, eis que o catálogo de direitos fundamentais não esgota os possíveis preceitos dessa natureza que podem ser inferidos do sistema. Os princípios de direitos fundamentais muitas vezes são extraídos de conjuntos de outros princípios (expressos ou não), ou até mesmo de conjuntos normativos que englobam regras³⁴. Em última análise, a base maior, da qual emanam todas as demais disposições dotadas de fundamentalidade, é o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual coloca o ser humano como razão de ser do próprio Estado. O ser humano apenas pode ser tido como fim, e não enquanto meio para o alcance de outras finalidades.

A partir dessa definição de validade, a irradiação do conteúdo das normas de direitos fundamentais em direção aos sistemas jurídicos especializados produz, além da

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 61.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 561.

³² Essa diferenciação estrutural é explicada por Borowski através de sua concepção material de direitos fundamentais, os quais constituem a intenção de transmutar a índole dos direitos humanos em direito positivo (BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. p. 55).

³³ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. p. 31.

³⁴ Registre-se, quanto a esse ponto, a posição dissonante de Alexy, para quem os direitos fundamentais não-escritos diferenciam-se das normas extraídas, por uma relação de fundamentação, de normas expressas no corpo da Magna Carta – qualificadas, estas últimas, como normas atribuídas (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 72).

abertura do sistema jurídico à moral, uma consequência de significado especial. Conclui-se que o direito infra-constitucional é apreendido como desdobramento do direito constitucional, o que significa que cada conjunto normativo específico é compreendido como claramente orquestrado pela Constituição. A partir de cada elemento constitucional de conteúdo sobranceiro e geral, vicejam as normas do ramo infra-constitucional do direito. Apenas essa visão propicia um escalonamento normativo harmônico e liberto de teses que defendam a pureza da ciência jurídica, isolada de influências externas, defluindo de cima para baixo a seiva da justiça³⁵.

Todavia, não apenas a direitos fundamentais vinculam-se diretamente os princípios. Não se olvide de que nas diversas constelações normativas são encontrados princípios que contêm normas despidas de fundamentalidade. Contudo, haja vista seu conteúdo inexoravelmente ético, vincado por valores, os princípios em sua maior parte referem-se aos direitos de cunho superior.

1.2.2.3. Aplicação dos princípios

Os princípios, enquanto portadores de uma estrutura flexível, diferentemente das regras, operam na dimensão dos pesos, e não apenas no campo da validade. Isso porque são definidos, em um primeiro momento abstrato, de forma consideravelmente ampla e difusa. Contudo, quando de sua aplicação em situações concretas, sempre as condições fáticas e o correspondente entorno de elementos jurídicos presentes fornecerão óbices à plena concretização dos valores tidos em abstrato. Por essa razão, os princípios não compreendem mandamentos absolutos, mas sim preceitos *prima facie*. É da própria lógica indelevelmente arraigada aos princípios a impossibilidade de sua plena satisfação. Agregada a essa característica, o seu traço de mandado de otimização que exige a máxima aplicabilidade conduz à inexorável necessidade de um processo de adequação e aplicação principiológica.

As condições jurídicas de aplicabilidade do princípio, primordialmente, são compostas por outros princípios que apontam em direções opostas. Neste caso, a lei da colisão propicia o ajuste dos preceitos em questão. De acordo com as especificidades do caso, é conferido diferenciado grau de peso aos princípios. O contrabalanceamento dos pesos contrapostos, através do procedimento de ponderação, indicará qual princípio há

³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 544.

de prevalecer, tendo em consideração a ausência de uma ordem, em abstrato, de hierarquia estabelecida entre princípios. Pode haver uma precedência *prima facie* quantificada de um princípio sobre outro³⁶, contudo, essa disposição é meramente formal, na medida em que pode ser elidida numa ponderação em que o princípio contraposto apresente uma carga de peso superior. A ordem *prima facie* entre princípios, quando existente, serve para sustentar a superioridade do princípio sobrelevado, mesmo em abstrato, em situações de dúvida, como obtempera Alexy³⁷.

A máxima³⁸ da proporcionalidade subdivide-se em três níveis sucessivos (ou máximas parciais): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Frise-se que todas as máximas parciais são dotadas de estrutura de regra, razão pela qual não são, em si, ponderadas.³⁹ Os dois primeiros planos circundam as condições fáticas, enquanto o terceiro opera no patamar jurídico. Pela adequação efetua-se a investigação acerca da adequabilidade da via escolhida para promover o valor eleito, devendo este ser indispensavelmente legítimo. Em segundo lugar, pela necessidade, suscita-se a análise da intervenção para atingir o objetivo almejado. Parte-se do pressuposto de que outras regulações de intensidade inferior de afetação do direito em questão seriam ineficazes para a obtenção do propósito colimado. Apenas quando insuficientes estes critérios é utilizada a proporcionalidade em sentido estrito. Nesse estágio, consideram-se os pesos opostos para se obter o resultado que revelará qual o princípio prevalente. Não necessariamente o outro preceito principiológico será completamente elidido, pois a ponderação pode conduzir a um estado em que a norma sucumbente será apenas aplicada em intensidade inferior, relegada a um segundo plano⁴⁰. Esse esquema é explicado pela estrutura dos princípios pois, na medida em que a restrição sobre uma norma principiológica aproxima-se de seu núcleo, maior deve ser o peso do preceito contraposto. Em outras palavras, na mesma proporção da intensidade da restrição de um princípio, maior o incremento de sua resistência.

³⁶ Alexy defende a precedência *prima facie* dos princípios da liberdade jurídica e da igualdade jurídica sobre os demais (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 569).

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 570. Para o jurista, a extensão de prevalência da primazia *prima facie* depende de “critérios substanciais”, vinculados à argumentação jurídica. Essa, inclusive, é a máxima utilidade encontrada por Alexy para aplicação de uma teoria substancialista (p. 571 – 573).

³⁸ Conforme explica o tradutor da edição brasileira da Teoria dos Direitos Fundamentais, a palavra “máxima” foi utilizada em virtude da compatibilização entre o texto original, em alemão, e o português. Esta tradução anela explicitar a opção de Alexy por distinguir a idéia que rege a ponderação do sentido inerente a princípio enquanto espécie de norma oposta à categoria das regras (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 10).

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 117.

⁴⁰ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. p. 53.

Do conflito de princípios, como resultado obtém-se o substrato para uma regra aplicável ao caso. Em consonância com a lei de colisão, “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência⁴¹”. Esse é um caso de norma de direito fundamental atribuída, não extraída diretamente da Constituição, mas decorrente das normas modeladas no nível constitucional. Em um conflito entre um princípio e uma regra a ele contraposta, prevalecerá a regra, excepcionado o princípio. Nesse caso, trata-se de uma ponderação prévia, a qual se balizou entre o princípio em questão e o princípio que sustenta a regra, lógica utilizada pelo legislador quando da edição da regra. Por essa razão, o presente conflito pode ser cindido temporalmente. Sob uma perspectiva imediata, capta-se o conflito entre normas de aspecto distinto, de forma que a regra, de modo geral, prevalecerá em face do princípio. Aprofundando-se o grau de análise, nítido se torna o conflito entre princípios que subjaz ao conflito imediatamente verificado. Lembre-se, a respeito, de que a ordem de valores embutida em princípios fundamenta todo o regime legal, de modo que as regras sempre são (ou melhor, deveriam ser) desdobramento dos preceitos que fundamentam a estrutura escalonada de normas. Excepcionalmente o princípio contrário à regra prevalecerá sobre esta. Nesse caso, o peso conferido ao princípio deverá ser de tamanha dimensão que, para além de sobrepujar as escoras racionais que sustentam a regra (ou melhor, do princípio a ela subjacente), deverá superar o princípio formal que cristaliza a definitividade da regra no embate. Os princípios formais são aqueles que determinam o cumprimento das regras editadas pelas autoridades competentes. Quanto maior o nível de poder dos princípios formais, em mais elevado lócus em uma escala ascendente se encontrará o teor *prima facie* das regras⁴².

1.2.2.4. Argumentação

Como derradeira e crucial questão a ser abordada no procedimentalismo, levanta-se a questão acerca dos pesos utilizados na ponderação. Conforme exarado nas linhas anteriores, os princípios, por seus atributos centrais, são aplicáveis na dimensão do peso, o qual é conferido no caso concreto. Os pesos atribuídos situam-se em uma área meta-jurídica, nos domínios da argumentação, pois a decisão necessita de

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 99.

⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 105 – 106.

racionalidade, mas não é racional em si. “Uma decisão se mostra racional ou não⁴³”, daí a imprescindibilidade da argumentação. Uma norma principiológica prevalece sobre a outra quando as razões que a sustentam superam as razões do princípio oposto. O procedimento de contrabalanceamento de posições atagônicas aflui para a fundamentação da decisão. A metodologia argumentativa é necessária na medida em que os princípios não encerram razões definitivas, porquanto os pesos são relativos. O processo argumentativo salienta a carga valorativa dos princípios que, como visto, constitui a sua essência. Como consequência, sobressai a contraposição das regras, normas criadas, em relação aos princípios, normas desenvolvidas⁴⁴. Nessa medida, a lei do sopesamento fornece o critério a ser seguido pela fundamentação. Esta deve trilhar o caminho demarcado entre os dois pontos de referência centrais: o grau de afetação de um dado princípio e o grau de importância de realização do outro. Para os casos com um grau mínimo de complexidade, mais de uma resposta corretamente fundamentada será correta, do que decorre a impossibilidade de o modelo do sopesamento apresentar uma definição absoluta. Contudo, por meio desse procedimento, a fundamentação jurídica é acoplada aos critérios fornecidos pela lei de colisão.

A fundamentação, segundo Alexy, é o elemento decisivo que afasta da ponderação a arbitrariedade judicial⁴⁵. Um modelo decisionista seria aquele em que o resultado do sopesamento seria fruto de uma operação psíquica não passível de se controlar racionalmente. O modelo contraposto, por sua vez, é marcado pela cisão analítica entre o processo psíquico de escolha e a fundamentação que se firma como base legitimadora daquele. Como ilação, sopesamento racional será aquele cujo resultado produzido é fundamentado racionalmente. A remissão às determinações emanadas da Constituição propicia a vinculação a esta, razão pela qual se afirma que a decisão dimanada do poder estatal, quando seguir o devido procedimento, não será intuitiva, pois se parte-se de um plano no qual é observado o procedimento metódico estrito da ponderação⁴⁶, a decisão alcançada será procedimentalmente justa.

Nesta concepção, as decisões judiciais resultariam de um amálgama entre as normas abstratas e valores provenientes da moral, os quais seriam aptos a compor uma decisão justa. É viável afirmar que a ordem pátria mostra-se coerente a esse modelo,

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume I: teoria geral do processo*. p. 122.

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 109.

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 573 – 574.

⁴⁶ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. p. 55.

pois a fundamentação é garantia constitucional, fixada no art. 93, inciso IX⁴⁷ da Magna Carta. Segundo o texto constitucional, todas as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas. Em havendo supressão da fundamentação, a decisão será nula.

Mas ainda é necessário indagar como ocorre a relação entre a aferição de valores na argumentação e o sistema normativo. O processo de fundamentação de normas principiológicas, na medida em que estas possuem substância de valores, outorgam ao intérprete a tarefa de realizar um juízo de valor. Os valores em questão não são encontrados nos objetos da valoração, mas sim nos critérios de valoração⁴⁸. Critérios de valoração, personificando valores, entram em atrito uns com os outros, motivo pelo qual necessitam ser sopesados. Nesse sentido, os princípios correspondem a critérios de valoração. Determinada decisão tida como a melhor é alcançada através de uma valoração global, a qual deve abranger a totalidade dos critérios de valoração em jogo. A questão centra-se em saber qual o modo pelo qual são tomadas as decisões no âmbito valorativo. Tanto a validade dos critérios de valoração como as próprias valorações em si são definíveis por meio da fundamentação, o que reduz a vulnerabilidade da teoria valorativa⁴⁹.

O processo de fundamentação, para ser adequado, deve ser dotado da mesma amplitude presente na argumentação constitucional, respeitadas as disposições literais presentes no texto da Lei Maior. Trata-se, para além da observância às regras estabelecidas na ordem superior, à própria ligação aos princípios, na medida em que é traço característico da Constituição a estruturação, em grande escala, de preceitos dotados de ampla generalidade, nada obstante estarmos sob o domínio de uma Constituição analítica. Utilizam-se, assim, argumentos dogmáticos, práticos e empíricos, além de formas específicas de argumentação⁵⁰, idéia essa que pressupõe um conceito amplo de suporte fático da norma. Para a operacionalização de princípios que envolvam direitos fundamentais, nos moldes de uma teoria ampla, o âmbito de proteção da norma atrai todos os elementos cujos vetores apontem na direção da promoção do direito. Em síntese, são três as categorias a que se atrela o intérprete na fundamentação: a lei, o precedente e a dogmática.

⁴⁷ “Art. 93, inc. IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (destaques acrescidos).

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 150.

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 157.

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 166.

A teoria procedimental do discurso prático racional associa a moral com o direito, o que se possibilita em um modelo estruturado em quatro níveis⁵¹: 1) o discurso prático geral; 2) o processo legislativo; 3) o discurso jurídico; e 4) o processo judicial. O discurso prático geral fornece regras argumentativas. No segundo nível, juntam-se argumentação e decisão, criando-se o direito. O terceiro nível é marcado pela vinculação à lei, aos precedentes e à dogmática. Em nenhuma dessas sucessivas etapas restringe-se o campo de possibilidades de respostas para dada situação a uma única solução, o que se traduz na necessidade do quarto nível, o do processo judicial, no qual, tal como na fase legislativa, a argumentação é acrescida ao fator decisão em uma fórmula racional.

Este procedimento é alterado quando a argumentação envolve direitos fundamentais, para os quais a lei ordinária não representa fator de vinculação por se situar em um patamar inferior⁵². As disposições de direitos fundamentais, diferentemente do que se verifica com as leis, são genéricas e difusas, fortemente impregnadas por matéria axiológica. A vinculação, nesse caso, se dá em relação ao texto normativo e à vontade do poder constituinte. Quanto aos precedentes, enquanto rede de regras de decisão, quando existentes, devem ser utilizados. Frise-se, contudo, que essas categorias salientadas são de cunho relativo, não absoluto. O texto da norma, a vontade do constituinte e os precedentes sempre são passíveis de supressão por meio da argumentação. O nível da dogmática não se afasta dos demais, à vista de que, em se tratando de direitos fundamentais, refere-se a dogmática a teorias materiais ou substanciais, as quais assumem papel eminentemente argumentativo. São teses argumentativas despidas de autoridade e que servem de base para o processo argumentativo subsequente.

Como compêndio da argumentação na fundamentação, conforme discutido pela doutrina procedimentalista, afirma-se que o sopesamento correto, guiado pelos pontos cardeais revelados pela lei de colisão, atento às condições restritivas, conduz à obtenção de um juízo correto.

⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 549 – 551.

⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 551.

1.3. Princípio da legalidade II

Como anteriormente exposto, o positivismo jurídico encontrava forte alicerce no absolutismo do preceito da separação dos poderes em uma ordem declaradamente auspiciosa em exaltar o valor segurança jurídica. Concedia-se à Jurisdição papel excessivamente diminuto, qual seja, o de simplesmente intermediar timidamente o contato entre o produto do poder legislativo e a sociedade.

Contudo, a aceitação de tais concepções acabou perdendo gradativamente sustentação. O caráter rígido das regras torna-as incapazes de funcionarem como instrumentos idôneos a impor decisões sobre a multiplicidade dos casos concretos levados à apreciação judiciária com a devida sensibilidade que se espera de um sistema justo, entendendo-se a justiça da decisão quando esta é imbuída de um satisfatório índice de aceitação ou quando vinculada a princípios supremos. De outro lado, frise-se que a concentração do poder estatal em uma única das suas esferas diminui o índice de legitimidade da ação de *imperium*, haja vista o decréscimo qualitativo do ato. O primor do Estado procede da interação complexa de uma estrutura composta pela especialização de cada setor. Transferida maior fatia do poder ao Judiciário, ganha dimensão o princípio dos freios e contra-pesos, em que não apenas o Judiciário exerce influência sobre o Legislativo quando do controle da constitucionalidade de suas leis (tanto a nível concreto como abstrato), como também através da aplicação das normas legais através de um segundo crivo decisório adequado ao caso concreto.

Como desfecho da guinada pós-positivista, concebemos que a mudança singular operada no sistema, portanto, salienta-se em três eventos concomitantes: a) o novo papel assumido pela Constituição; b) a inserção dos princípios jurídicos e dos conceitos indeterminados; c) a remodelagem do princípio da legalidade.

1.3.1. A força normativa da Constituição

A história do constitucionalismo demonstra a evolução pela qual passou o conceito de Constituição até os dias atuais. Efetivamente, por consubstanciar os valores principais de uma nação e por sua essência eminentemente democrática, uma vez que comporta amplo espectro de valores divergentes, a Constituição, como fulcro absoluto do poder estatal, tem reconhecida sua força como liberta de qualquer óbice institucional

(tanto comissivo quanto omissivo) para que efetivamente seja aplicada nas relações sociais.

As disposições constitucionais, para além de se salientarem enquanto programas, assumem o concreto papel de normas. Aquelas diretrizes traçadas a nível supremo fulguram por dentro os conjuntos normativos de menor escalão e são aplicadas diretamente sobre os casos concretos.

1.3.2. Princípios e conceitos jurídicos indeterminados

Princípios, como visto, demandam uma maior atuação do juiz, seja em empregar esmero na busca da infalível linha-mestra jurídica, por vezes arcana, seja em assumir uma postura construtiva da normatividade. Além da estrutura dos princípios, os conceitos jurídicos indeterminados funcionam como mecanismo de impulsão da dinamicidade judicial. São normas intencionalmente incompletas em sua origem, não possuindo significado autônomo. O seu sentido somente é alcançado através do amálgama entre a atividade legislativa em um primeiro estágio e a concretização da aplicação em um segundo momento, pois os conceitos jurídicos indeterminados prestam-se a preservar a norma concomitantemente com a mutação do significado da mesma, o qual será variável de acordo com as circunstâncias de tempo e de espaço.

1.3.3. O princípio da legalidade substancial

Defronte à desmistificação das leis, faz-se necessário o controle judicial destas pelo filtro dos princípios éticos. O princípio da legalidade, outrora encarnando uma vestimenta rigidamente *formal*, assume, no constitucionalismo contemporâneo um caráter nitidamente *substancial*⁵³. A perfeição formal das leis não é mais suficiente para garantir, em absoluto, a sua imperatividade, de maneira que se supera a presunção apriorística de validade da norma⁵⁴. Para além desse aspecto, cumpre ao magistrado conferir a higidez de sua *substância*, assim como utilizar o aparato instrumental que propicie a conformação⁵⁵ da lei aos valores constitucionais⁵⁶. Ou seja, a força normativa

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume I: teoria geral do processo*. p. 44.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. p. 53.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume I: teoria geral do processo*. p. 44.

⁵⁶ Las condiciones sustanciales de validez de las leyes, que en el paradigma premoderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleopositivista fueron desplegadas por el

de uma Constituição rígida demanda, em contraposição, a flexibilização das normas infraconstitucionais, as quais devem adequar-se aos comandos imperativos da Lei Maior. A partir desse ângulo hermenêutico, torna-se vedada uma aplicação isolada nas normas jurídicas, pois a decisão proferida pelo Judiciário necessariamente deve encontrar guarida nos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, como direitos humanos que circundam a base da sociedade são a própria razão de ser do Estado, concebida a missão fundamental deste em promover aqueles.

principio puramente formal de la validez como positividad, penetram nuevamente en los sistemas jurídicos bajo la forma de principios positivos de justicia estipulados en normas supraordenadas a la legislación (FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. p. 53).

2. O ROMPIMENTO DAS TEORIAS

2.1. O cotejo jurídico

2.1.1. Direito Civil I

A respeito Dos efeitos do pós-positivismo, vale a menção ao Direito Civil. O ramo civilista estrutura-se sobre uma concepção que valoriza a matriz principiológica de uma forma na qual se propicia a constitucionalização de seus diversos setores. O Código Civil não é o centro, mas uma das fontes satélites do sistema no qual converge a Lei Maior. Traçaremos a seguir, que é o que nos interessa, breves apontamentos no que toca ao direito patrimonial.

No direito das obrigações, destacam-se de modo insigne a organização contratual e a responsabilidade civil. O direito dos contratos, outrora jungido ao extremo ao valor *pacta sunt servanda*, substitui seu baluarte pela boa-fé objetiva. Todo o transcorrer da dinâmica contratual, inclusas as fases anteriores e posteriores à execução deverão se pautar por um padrão *ético* e objetivo de conduta, a qual não se apóia em um modelo pré-definido, mas é julgada a partir do estudo do caso concreto. Da mesma forma, inválido será o pacto contratual que lesar a função social⁵⁷, conforme a norma do art. 2.035 do Código Civil. Cura-se de cláusula aberta que fomenta amplamente a construção jurisprudencial.

Na responsabilidade civil, para além da lesão aos bens patrimoniais, reconhece-se a lesão aos bens imateriais, decorrentes do valor maior da dignidade da pessoa humana. A influência pós-positivista irrompe com o reconhecimento e a assunção estatal da preservação dos direitos da personalidade, tutelados os direitos cuja vinculação a seu titular é externa ao espaço patrimonial.

O direito das coisas não se posiciona infenso à irradiação dos valores constitucionais. Muito pelo contrário, sua absorção pelos princípios éticos atinge grau elevado na vivência civil-constitucional. Emerge no cenário do direito privado personalizado a tutela do patrimônio mínimo, assim como a funcionalização da

⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson. *O Direito Civil a Serviço da Vida*. In: Cadernos Jurídicos: OAB Paraná. n° 01. p. 3.

propriedade, da posse e da empresa⁵⁸. O patrimônio é concebido em atenção às necessidades do ser humano concreto, numa perspectiva ética e de visão social, e não puramente individual.

2.1.2. Direito do Trabalho I

A situação do Direito do Trabalho, diversamente do experimentado por outros ramos do Direito, parece encontrar-se singularmente fora ao alcance das potencialidades de uma recepção corrente da Constituição e dos valores sociais pela mesma albergados. A Consolidação das Leis do Trabalho, promulgada na década de 40 do século passado, guarda estreita intimidade com a ideologia codificante fruto do liberalismo clássico. Suas normas carregadas de abstração expressam indubitavelmente a diretriz da uniformização, pois não se considera a singularidade do caso específico. Pode-se dizer que a CLT define-se como um conjunto de regras que tende à auto-suficiência, ou seja, não é funcionalmente adequada a uma interação para com outros produtos da vontade estatal juridicamente relevantes. A abertura normativa, da qual o texto celetista é desprovido, sem dúvida é essencial para a recepção do programa constitucional, o que ensejaria, principalmente, a atualização do ramo jurídico especializado. De outro lado, pode-se dizer que seu corpo composto essencialmente por regras engessa a comunicação com a realidade social e prejudica a adequabilidade do trato judicial no que atine à singularidade de cada conflito.

O princípio cardeal do ramo justralhista, o princípio protetivo, conserva as características presentes à época em que foi gestado, visto que não se aplica diretamente enquanto norma autônoma, mas funciona como diretriz hermenêutica de interpretação das regras. Todos os consectários do princípio tutelar (*in dubio pro operário*, norma mais benéfica e condição mais benéfica) alinham-se como diretrizes exegéticas ou modo de seleção das regras que serão aplicadas em consideração ao máximo benefício que será obtido pelo trabalhador detentor de necessidades abstratas, volvendo-se o olhar para as possíveis vias sacadas do ordenamento jurídico.

Essa é a mesma situação dos demais princípios justralhistas. Tomemos alguns exemplos. A aplicação da primazia da realidade sobre a forma e da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas não ocorre na dimensão do peso, em grau

⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. *O Direito Civil a Serviço da Vida*. In: Cadernos Jurídicos: OAB Paraná. n° 01. Abril, 2009. p. 3.

variável. Sempre a realidade deverá preponderar sobre a forma. Do mesmo modo, invariavelmente os direitos trabalhistas são irrenunciáveis. Ambas as diretrizes são aplicadas como mandamentos definitivos, razão pela qual se conclui que a sua roupagem normativa é a de regra. Por outro lado, não é errado qualificar a irrenunciabilidade dos direitos e a primazia da realidade enquanto princípios. Ocorre que são princípios que sustentam as regras aplicáveis aos casos concretos, razão pela qual sua aplicação não é direta, autônoma. Tratando do princípio da continuidade, não ocorrem situações nas quais, consideradas as especificidades do caso, e com base apenas na referida norma principiológica, em que o juiz ordenará a reintegração de dado empregado que haja sido despedido, considerando-se como injusto o ato patronal. Sempre a reintegração estará diretamente balizada por normas definitivas, embora o lastro normativo profundo seja sempre o princípio da continuidade. A intangibilidade salarial, por sua vez, não é aplicada em toda e qualquer situação, haja vista que a negociação coletiva poderá produzir a redução salarial. Essa situação, sem dúvida, não afasta o caráter de mandamento definitivo da intangibilidade salarial. Trata-se de hipótese excetiva à regra, o que é resultado de outra regra destinada a reger situação específica. É esse o esquema tradicional de operacionalização das regras, como já visto.

Ao que tudo indica, a atualização normativa do Direito do Trabalho decorreria das necessidades prementes do constitucionalismo contemporâneo. A CLT serviu adequadamente, enquanto diploma normativo, às suas finalidades à época de suas primeiras décadas de vigência, em vista, principalmente, das limitações jurídico-culturais daquele tempo, assim como da intenção em promover a previsibilidade dos custos por parte do empregador ao arquitetar o modo de produção de sua cadeia econômica. No entanto, atualmente o diploma específico do Direito do Trabalho parece não se adequar à evolução qualitativa das demandas sociais.

2.2. As dimensões platônicas do ser

Platão descreve o mundo terreno a partir de uma concepção de um mundo paralelo ideal⁵⁹. Em uma perspectiva cosmológica, existiram, então, dois universos: o mundo das idéias e o mundo dos fatos. O mundo ideal é o mundo perfeito, o mundo da pureza, das essências. O mundo dos fatos, por sua vez, é o mundo das imperfeições, o

⁵⁹ PLATÃO. *A República*. p. 221 – 225.

mundo captável pelos sentidos, a cópia imperfeita do mundo das idéias. O mundo das idéias em Platão, contudo, é ontológico, possui existência completa em algum lugar do universo.

Recortada essa tira do pensamento de Platão diríamos que muitas acepções de que tratamos vagueiam por entre as brumas da perfeição do mundo das idéias. Há um mundo jurídico distanciado demais, longe dos fatos. O mundo fático de Platão será sempre o mundo construído pela imagem deformada do ideal, nunca se poderá alcançá-lo em sua pureza. Mesmo ultrapassada em grande parte a experiência da modernidade, mormente pela desmistificação da pretensa perfeição da lei, os ideais modernos permanecem arraigados à nossa tradição. As utopias modernas, embora despidas de suas pretensões de realização irreal, ocupam posição nuclear no espaço político-jurídico. Os direitos fundamentais e sua extensão infinita carregam nada menos do que as promessas da modernidade⁶⁰.

2.3. Direito Civil II

Nesse tópico, nos ocuparemos de uma breve análise da propriedade e de sua função social, um dos pontos centrais do Direito Civil, e que denota sensivelmente a sua constitucionalização. Primeiramente, analisaremos como a função social é concebida na doutrina e no ordenamento jurídico. Em segundo lugar, verificaremos como é a disposição normativa a respeito desse instituto constitucionalizado. Por fim, analisaremos as conseqüências das conclusões obtidas para o pós-positivismo, para os direitos sociais e, especificamente, para o Direito do Trabalho.

A propriedade, o principal direito real, detém função híbrida na atual teoria do direito civil. De um lado, presta-se a atender aos interesses do proprietário e, de outro, canaliza a satisfação das necessidades coletivas. Na medida crescente da gradação do coeficiente de vinculação entre o sujeito e o bem, desenvolve-se, em proporcional peso, o enlace dos bens para com a sociedade. No apogeu dessa linha, a propriedade, segundo a Constituição, destaca-se de seu papel nitidamente individualista para subjugar-se aos direitos e interesses meta-individuais. Nesse diapasão, a função

⁶⁰ “Atualmente pouco importa saber até que ponto o conceito de razão se distanciou de suas origens platônicas e o quanto ele foi afetado pela mudança dos paradigmas; uma coisa certamente continua sendo constitutiva: é a sua relação com a formação idealizadora de conceitos, que circunscreve os limites através de conteúdos ideais ou de idéias” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, volume I. p. 26 - 27).

social polariza e orienta todo o exercício desse direito em direção a uma finalidade social, externa ao proprietário, o que se opera concomitantemente à função individual. Para a doutrina mais avançada⁶¹, a altaneira posição ocupada pela função social torna-a elemento de existência da propriedade. Essa constatação deriva da circunstância lógica de que o nível funcional integra o direito em si. Portanto, a propriedade que não atende sua função social não é propriedade.

Pois bem, uma vez que a propriedade privada ocupa posição central na sociedade capitalista, salienta-se sua complexidade multifacetária nas relações sociais, de modo que o principal direito real qualifica-se não como estatuto jurídico singular, mas como conjunto de estatutos jurídicos⁶². Diante da percepção das distintas teias de múltiplas necessidades coletivas variantes de acordo com cada papel exercido pela propriedade, compreendida a variação de qualidade e de quantidade desse direito individual intersectado por interesses coletivos juridicamente protegidos, a função social é tratada, em termos gerais, e acima de tudo, como princípio de dignidade constitucional.

A nível constitucional, no título dos direitos e deveres individuais, o art. 5º, inc. XXII⁶³, garante o direito de propriedade. Logo em seguida, o inc. XXIII⁶⁴ impõe a observância da função social. Mais adiante, no art. 170, inc. II e inc. III⁶⁵, a Constituição funda a ordem econômica na propriedade privada e na função social da propriedade. Pela disposição normativa, entende-se que a propriedade a que se refere o art. 5º é a propriedade tida como direito individual, ao passo que a propriedade referida pelo art. 170 é a propriedade dos bens de produção.

Eros Grau entende que a propriedade direito individual, pelo imediato motivo de que cumpre função individual, não possui função social⁶⁶. Haveria limitação da propriedade pelo poder de polícia estatal apenas nas hipóteses em que o direito fosse

⁶¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdades e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Tese de Doutorado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 273 – 285; da mesma forma, SILVA, José Afonso da *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 282

⁶² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*. p. 236.

⁶³ “XXII – é garantido o direito de propriedade”;

⁶⁴ “XXIII – a propriedade atenderá a sua função social”;

⁶⁵ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade”;

⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*. p. 235.

abusivamente exercitado. Por essa razão, unicamente quando a propriedade excedesse o padrão que a qualifica como individual deveria atender à função social⁶⁷. Entende o jurista que, por conseguinte, a afirmação da função social no art. 5º, inc. XXIII não se justificaria. Ainda, segundo o autor, é por essa razão que o art. 185, I⁶⁸ da Constituição define como insuscetível de desapropriação para fins e reforma agrária a pequena e a média propriedade.

Luciano Penteado, diversamente, compreende que, do mesmo modo que a propriedade dos bens de produção, a propriedade individual (a qual é denominada pelo autor como propriedade dos bens de consumo) é atingida pela função social⁶⁹. Entende o autor que a única diferenciação concerne à sanção de desapropriação pelo descumprimento dos ditames sociais, apenas suscetível aos bens de produção. Conforme explica Penteado, os bens individuais atraem sanção pecuniária ao titular quando desrespeitada a função social.

Entendemos, realmente, que toda a propriedade privada deve exercer a função social. Em primeiro lugar, em ambas as menções à função social, a Constituição foi clara em não qualificar a propriedade em questão. Soma-se a essa premissa a circunstância de inexistirem razões ou disposições no cenário normativo em torno dos preceitos aludidos que venham a limitar a funcionalização da propriedade. Ainda, não se deve entender que a Constituição esteja errada ao normatizar a função social no *locus* específico na qual ela é regulada no art. 5º. Claro que a aplicação normativa pressupõe a interpretação, potencializada essa participação construtiva quando se trata de normas com alto grau de generalidade, como é o caso da propriedade e do próprio instituto da função social. Entretanto, há limites. Não se pode dar interpretação que contrarie a Constituição, pois esta é soberana. Por essa razão, e considerando-se sempre a qualidade da Magna Carta em não conter norma alguma que seja destituída de utilidade, o desenho constitucional vincula a função social a ambos os tipos de propriedade, como se deduz da distribuição tópica das normas.

Em segundo lugar, vale o argumento de Penteado acerca da desapropriação. Se não a função social, o que caracterizaria a intervenção estatal diante do abuso aludido por Eros Grau? O abuso ganha concretude justamente quando o titular do

⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*. p. 247.

⁶⁸ “Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra”;

⁶⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. p. 196.

direito o exerce dilapidando o direito dos outros, ou seja, quando não observa a função social. Esse quadro pode ser ilustrado na singela situação do indivíduo que está proibido de cortar a árvore de seu jardim. A razão da proibição é a de que é direito de todos a higidez do meio ambiente. Interesse de todos, portanto social⁷⁰.

Mesmo diante da ampla extensão da função social da propriedade, o que se observa é que sua profundidade é limitada. Quando calha a não observância da função social da propriedade, para além de esta entrar em mera colisão com normas constitucionais contrárias, forma-se contradição incontornável. *Se* a propriedade que não cumpre sua função social não é propriedade, significa que não se reconhece vínculo de titularidade entre o não-proprietário e a não-propriedade. Note-se que, todavia, na imensa maioria das ocasiões em que se descumpra a função social, o poder público nada faz para *declarar nulo* o vínculo patrimonial entre o sujeito e o bem. Mas, mesmo nos casos em que se chega ao “extremo” de se promover a desapropriação pelo descumprimento da função social, utiliza-se o art. 184⁷¹ da Constituição para garantir o pagamento de justa indenização. Ora, como haveria de se pagar o preço pela tomada da propriedade daquele que não era dono? Na verdade, não se declara a nulidade do vínculo, o que se opera é uma simples compra da propriedade, paga, inclusive pela “justa indenização”. A desapropriação nada mais é do que transferência compulsória e onerosa da propriedade do antigo titular para o novo titular⁷²; logicamente não pode ocorrer transferência se em um estágio primeiro não havia a propriedade.

Ainda que seja reconhecido o valor das vozes que se levantam na defesa da função social enquanto coluna inexorável do conceito, o próprio constituinte optou por manter intocável o individualismo da estrutura do conceito de propriedade. Na verdade, deparamo-nos com um paradoxo: função deve ser entendida como elemento intrínseco ao direito e que lhe define a finalidade. É essa a razão pela qual Ruzyk rechaça a função social como externa à propriedade e, portanto, integrante da estrutura desta⁷³. Entende o jurista que, tampouco, poderia se tratar de limite, uma vez que, se assim o fosse, o limite seria externo ao direito de propriedade.

⁷⁰ A função social não se limita aos direitos fundamentais de segunda geração.

⁷¹ “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”.

⁷² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 281.

⁷³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdades e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Tese de Doutorado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 279.

Restam, desta sorte, três opções. O primeiro caminho seria o de que a Constituição está errada ao não pressupor a nulidade de vínculo proprietário quando aduz a “desapropriação” acompanhada de “justa indenização”. A segunda via pretende que a Constituição está errada ao definir a socialidade da propriedade como função, que na realidade seria um limite. Pelo terceiro rumo, na questão focalizada haveria de se excepcionar o conceito de função, aceita como algo externo, mas não propriamente limite, passaria a não integrar o direito de propriedade, apesar de a ele estar acoplado. Nenhum caminho agrada, pois todos são teratológicos, porém, o último parece ser o menos trágico, se há a pretensão de se defender a integridade da Lei Suprema.

De qualquer forma, o direito individual de propriedade já vem, desde o seu desenho constitucional, imbuído de uma primazia substancial frente aos princípios sociais. Nunca estes serão prevalentes, pois o máximo até onde se chega é uma diminuição do poder do proprietário, que nunca é privado de sua coroa, pois a propriedade jamais perde a integralidade do seu valor econômico. Mesmo a nossa Constituição sendo considerada como democrática a nível normativo, nessa questão o constituinte não se desgarrou do ranço cultural do individualismo proprietário. Quem dera houvesse sido dado ouvidos a Fábio Konder Comparato:

A sanção clássica contra o abuso da propriedade particular é a expropriação pela autoridade pública. Mas o regime desse instituto, no direito brasileiro e ocidental, de modo geral, padece de grave defeito. É, na verdade, logicamente insustentável que a desapropriação, como sanção do abuso da propriedade particular, tenha, legalmente, o mesmo tratamento que a expropriação por utilidade pública sem abuso do proprietário. No entanto, a garantia constitucional da propriedade, arrancada a constituintes timoratos ou cúmplices, pela pressão dos interesses dos proprietários, iguala ambas as expropriações na exigência de prévia e justa indenização em dinheiro; ou, em se tratando de imóveis rurais incluídos nas áreas prioritárias de reforma agrária, na exigência de justa indenização (art. 161⁷⁴), que o Supremo Tribunal Federal acabou interpretando como correspondente ao valor venal dos imóveis (RE 100.045-7-PE). Em termos práticos, a sanção do abuso, em tais hipóteses, pode redundar em manifesto benefício econômico do expropriado⁷⁵.

⁷⁴ Refere-se à EC nº1 de 1969, vigente à época da elaboração do texto. Nota-se que a Constituição de 1988 em nada inovou quanto a esse ponto, razão pela qual o raciocínio de Comparato a que nos referimos possui a exata mesma validade de antes.

⁷⁵ Trecho extraído da comunicação apresentada no XII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado em Salvador, de 01 a 05/09/1986, no painel sobre “a função social da propriedade”. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: Estudos e pareceres*. p. 34 - 35.

O texto do qual foi extraído o trecho acima foi originalmente apresentado em 1986, sob o domínio ditatorial da EC de 69. Muda-se o contexto e, a nível normativo, a guinada constitucional é drástica. Cai o regime ditatorial e advém uma Constituição democrática, síntese das antíteses de uma sociedade plural. Mas, quando se trata de propriedade privada, nada muda.

De qualquer maneira, se por um lado há uma quebra na raiz da função social, por outro, nota-se que o cenário legislativo atual diferencia-se sensivelmente daquele anterior à Constituição de 1988. O instituto está, primeiramente, concentrado na ordem pátria no grande princípio modelado, diretamente, nas normas do art. 5º, XXIII, e art. 170, III, da Constituição. Sem embargo, outras fontes na Magna Carta sustentam a função social, como é o caso do art. 3º, II e III⁷⁶, que impõem como objetivos da nação constituir uma sociedade livre, justa e solidária e erradicar a pobreza. Destacam-se, além do aberrante art. 184, o art. 185, que indica as situações em que não haverá desapropriação, e o art. 186, que informa os critérios pelo qual se afere a observância da função social por parte da propriedade rural. Enfim, na Constituição estão presentes as normas com eficácia e potencial para promover transformações sociais.

No plano infraconstitucional, nas últimas décadas tem-se experimentado uma grande proliferação legislativa voltada à função social da propriedade, sem embargo da recepção de leis anteriores à entrada em cena da Constituição vigente. Muitas regras estabelecem regramento minudenciado para a verificação da função social, como pressuposto da desapropriação. Outras regras, no entanto, utilizam-se do conceito de função social como porta de abertura para a interpretação. Ou seja, estabelecem a sanção para o desatendimento à função social, mas não especificam a maneira como isso ocorre. Em outras situações, ainda, a função social não possui comando infraconstitucional que lhe confira regulamento dotado de maior concretude, o que deveria implicar em estender o tapete vermelho até as portas da Constituição para que o princípio fosse aplicado diretamente. Tomemos duas situações específicas para o estudo desse enfoque.

Em primeiro lugar, interessa analisar a questão da função social dos bens móveis. Como visto, a Constituição apenas especifica de maneira expressa a sanção de desapropriação para a propriedade imobiliária. Mas não conflita com a Constituição a

⁷⁶ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”;

interpretação que estendesse a determinados bens móveis a desapropriação que não cumprisse a função social. Afinal de contas, o próprio art. 5º, inc. XXIV refere-se a desapropriação sem especificar a qualidade da propriedade a que se refere⁷⁷. A desapropriação de bens móveis seria interpretação consentânea aos princípios que se colocam na direção da funcionalização. Entrementes, não é o que ocorre. Entende-se que a desapropriação fora do expressamente estipulado pela Constituição “seria impensável, seria expropriação forçada, que equivale a confisco vedado pelo ordenamento político vigente⁷⁸”.

Em segundo lugar, tem-se a questão da função social pelo respeito ao meio ambiente. Basicamente, podemos extrair do art. 186⁷⁹ da CF três grandes quesitos em que se divide a função social expressamente consignada: aproveitamento eficiente, respeito ao meio ambiente e respeito aos trabalhadores. A Lei 8.629/1993, que trata da reforma agrária, em seu art. 2º, § 2º autoriza a intervenção da União no imóvel a fim de verificar se há cumprimento da função social. Na mesma lei estabelecem-se os critérios aptos a apurar o grau de utilização da terra (GUT) e para o grau de eficiência de exploração (GEE). O GUT deve alcançar a marca de 80%, ao passo que o GEE deve atingir 100%, conforme os parágrafos 1º e 2º do art. 6º da lei. O respeito às relações de trabalho, por sua vez, decorre do cumprimento das leis trabalhistas, bem como das normas que regulamentam os contratos de parceria e os arrendamentos rurais, nos termos do Estatuto da Terra (Lei 4.504).

Por outro lado, o respeito ao meio ambiente é apenas regulado de maneira circular. Pelo art. 9º, § 2º, “considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade”. O § 3º, por sua vez, estabelece que “considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das

⁷⁷ “XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”;

⁷⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. p. 196.

⁷⁹ “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

comunidades vizinhas”. Ou seja, nada é acrescentado em relação ao texto constitucional, de forma que não se pode afirmar que a lei infraconstitucional haja desempenhado seu papel. A Constituição é clara ao impor o respeito ao meio ambiente e a necessidade de exploração racional dos recursos naturais. Afirma Penteado que “infelizmente, não há sanção direta para toda e qualquer conduta neste sentido, que não viole específica norma ambiental e seja por ela tutelada. Trata-se aqui de *condicio iuris* para escapar da sanção⁸⁰.”

As construções utópicas, conforme o modelo platônico, são úteis enquanto se compreender a impossibilidade de alcançá-las, restando apenas a possibilidade de caminhar em direção das mesmas. Porém, quando se exalta na ciência jurídica como centro o inalcançável, elidida essa característica, como resultado o que deveria ser uma jornada direcionada ao ideal se torna estaticidade, pois a teoria não poderá influenciar o mundo concreto se não partir do mesmo. Dessa forma, as normas indefinidas apenas legitimam o estado em que as coisas se encontram.

A função social da propriedade é interessante exemplo da problemática da ambição do plano normativo dos princípios. O que se revela na análise concreta do tratamento concedido pelo poder à questão social é a esterilização contundente da aplicabilidade desse princípio, de modo que se nega crer que o mesmo atenda às funções que lhe são incumbidas. Nos espaços ocupados por regras especificadoras, de fato, pode-se dizer que o ordenamento jurídico é satisfatório. Por outro lado, em não havendo regras, a função social simplesmente esmaece, como se não houvessem normas que impusessem seu vigor de maneira constante. Toda a realidade que não está coberta pela lei deveria estar protegida pelos princípios. Mas, se estes se fazem presentes nos lugares vazios, são reduzidos à função de mera legitimação dos interesses individuais.

A função social enquanto princípio normativo dotado de pleno potencial transformador e toda a carga de confiança que lhe é tributada estão situados no mundo das idéias, à maneira própria das normas constitucionais fundamentais. Mas o seu reflexo no mundo sensível, por outro lado, não apenas pode ser considerado como imperfeito. O reflexo concreto do princípio da função social da propriedade não faz parte do mundo do ser, mas sim o mundo do vir-a-ser ou, mais propriamente falando, do mundo do não ser⁸¹.

⁸⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. p. 200.

⁸¹ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. p. 30.

Decorre esse quadro de uma postura ideológica fortemente arraigada à sociedade no que tange à propriedade. Os ideais iluministas são frequentemente referidos como a igualdade e a liberdade. O terceiro ideal, a fraternidade, é aquele sempre esquecido⁸². Em decorrência desse individualismo acirrado, a fraternidade não teve a aptidão de assegurar a tutela jurídica na mesma intensidade que a liberdade e a igualdade. Em conclusão, percebemos que a mesma razão cultural pela qual o constituinte não reconhece a função social como condição de existência da propriedade é o motivo pelo qual a aplicação principiológica da função social da propriedade é deficitária. Podemos afirmar que o seu trato é bem descrito, através da leitura de Habermas, pela tensão (externa) entre a validade normativa e a realidade fática, haja vista a ingerência do poder não domesticado na sociedade⁸³.

2.4. Direitos individuais e direitos sociais

Direitos individuais sobre a propriedade aparecem culturalmente como mais arraigados ao ser humano do que direitos sociais. Essa diferenciação cultural reflete-se nas próprias normas que pairam sobre os interesses conflitantes. Em conflitos pela terra, direitos individuais, de primeira geração, colidem com direitos sociais de segunda geração ou com direitos coletivos de terceira geração. O direito do sujeito específico depara-se com os direitos do grupo, composto de sujeitos tomados em definição variável de individualidade. Quanto mais numeroso o grupo, menor a percepção dos interesses de cada um, afinal de contas, o que interessa é o coletivo. Por outro lado, conflitos que não envolvem direitos sociais ou coletivos em sentido estrito, mas sim de toda a sociedade, definem-se em grau diferenciado relativamente às questões envolventes de coletividades. Nessa segunda hipótese, maximiza-se a contraposição entre o ser humano e um ente abstrato detentor de direitos. São colocados em evidência direitos difusos, de terceira geração, consubstanciadores de interesses de toda a sociedade. O abuso da postura do proprietário que venha a, exemplificativamente, denegrir o meio ambiente, lesa direitos que não pertencem especificamente a algum ou a alguns indivíduos, pois é direito de todos o meio ambiente hígido. Direito de todos e, portanto, direito de ninguém.

⁸² CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. p. 28.

⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, volume I. p. 61.

Uma mirada geral no cenário proprietário captará, no padrão do que a experiência fática demonstra, um interesse individual enraizado à cultura ocidental, protegido milenarmente de maneira quase absoluta. É fruto de uma antiga cultura liberal considerar, inclusive, o direito de propriedade como direito fundamental de primeira geração. Ou seja, dos direitos ligados essencialmente ao existencialismo humano, a propriedade desponta como o objeto básico da proteção estatal. Por outro lado, sua funcionalização é mais recente. Em específico na cultura brasileira, vem de poucas décadas o sentido de solidariedade e de contenção dos excessos internos à esfera jurídica do indivíduo. Em particular, acerca da função social da propriedade, temos contraposto ao indivíduo concreto e existente, um sujeito passível universal, não identificado. É da própria tradição do direito das coisas essa completa abrangência do sujeito passivo, pois dessa forma, estabelece-se um campo de defesa da propriedade contra todos. É uma teoria eficaz para os fins a que se presta, no que toca à proteção da propriedade individual das ingerências externas. Mas pela razão de que a abrangência é completa, não pode ser profunda, de modo a tocar apenas a superfície desse sujeito passivo universal, que só assume concreção quando agride o direito fundamental da propriedade. Por essa razão, o interesse social (dos outros) em relação à propriedade não leva em consideração, na maioria dos casos, as necessidades humanas de cada cidadão, de cada grupo de pessoas na relatividade espaço-temporal. Do confronto entre o direito individual de um ser humano, o proprietário, contraposto ao interesse de um sujeito desumanizado, parece evidente qual prosperará. No caso específico da função social da propriedade, a inegável virtude dos princípios e das demais normas continentais de uma parte espiritualmente abstrata esmaece na obscuridade do “razoável”. Esse parece ser o padrão observado em todas as vezes nas quais os direitos sociais são esmorecidos. Percebe-se, portanto, uma falha estrutural no desenho normativo que regula a funcionalização da propriedade. Como resultado, temos normas válidas e eficazes, mas não efetivas. Há um desencontro entre validade e faticidade.

Das constatações expostas nota-se que a questão dimensional dos direitos fundamentais pode ser avistada em um plano vertical de intensidade de produção de efeitos concretos a partir das normas que decresce na medida em que há um distanciamento dos direitos individuais em sentido próprio. Em outras palavras, os direitos e seu trato pelo poder público são escalonados, quanto ao grau de preocupação para com a promoção de sua satisfação, na mesma ordem classificatória correspondente a suas dimensões: individuais, sociais, coletivos e difusos.

Direitos de diferentes gerações devem sempre ser compreendidos com a finalidade a que se destinam. Direitos de segunda dimensão são, na realidade, direitos instrumentais, destinados a propiciar a fruição dos bens individuais (primeira geração) por parte da pessoa⁸⁴. Compatível a essa linha de raciocínio, Ingo Sarlet aponta o fato de que os direitos sociais possuem fundamento último na defesa da “pessoa humana individualmente considerada⁸⁵”. Portanto, a distinção que se opera entre direitos de primeira e de segunda geração deve-se não à titularidade desses direitos, mas sim ao seu objeto⁸⁶, pois a categorização dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões não decorre de uma racionalidade humana universal, mas sim do modo histórico como as reivindicações por garantias ocorreram e ocorrem no contexto social. Em diversos contextos, os direitos sociais e suas normas representarão uma ampla diretiva transcendental pela qual a sociedade deverá se pautar, o que representa nesse sentido particular, acima de tudo, as balizas para as escolhas políticas do poder. Mesmo nessas circunstâncias, os interesses individuais ocuparão posição central, pois em razão deles as metas gerais são traçadas.

Em conclusão, a colisão entre direitos de primeira e de segunda geração, se compreendida como um embate entre categorias diferentes, conduzirá apenas a uma análise jurídica superficial da questão social. Se, ao revés, as peculiaridades normativas forem enfocadas com acuidade apurada, será apreendido um cenário de embate entre um direito individual evidente e um ou mais direitos individuais virtualmente envoltos em uma roupagem diferente.

Função social da propriedade, direitos dos trabalhadores, ambos são categorias de direitos contrárias aos individualismos. Afastados os metadiscursos que abstraem a natureza humana dos direitos sociais, tanto os fundamentos de tutela dos trabalhadores como os fundamentos de tutela da exterioridade humana em relação à propriedade possuem a mesma lógica, a qual pode ser expressa, de modo assaz simplificado e grosseiro da seguinte forma: tirar dos que têm para entregar aos que não têm. A distribuição e redistribuição de recursos⁸⁷ com vistas a atenuar as desigualdades são os componentes da fórmula central dos direitos sociais. Os proprietários, assim

⁸⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. p. 370 – 371.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 214.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 214.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 284.

considerados tanto para as questões trabalhistas como para as questões de propriedade *stricto sensu*, possuem maior poder de influência nas escolhas públicas, as quais atravessam princípios e conceitos indeterminados com certa facilidade. São normas falhas na concretude se há a pretensão de se diminuir as desigualdades, o que ocorre às custas daqueles que se encontram nas posições sociais mais privilegiadas.

2.5. A cadeia infinita de confrontos

Desvelada a falibilidade da aplicação dos princípios em determinados setores, importa lançar o olhar sobre os aspectos da teoria que estão desacordes com a prática. Primeiramente, discorrendo sobre o substancialismo, Ovídio Baptista da Silva denuncia o fato de que Dworkin, ao alegar a existência de uma única resposta certa para solucionar o caso litigioso, o faz em total desconsideração par com as diversidades dos fatos⁸⁸. Pela doutrina de Dworkin, haver-se-ia de realizar uma cisão entre as controvérsias na dimensão normativa, desligadas das questões que tocam às controvérsias fáticas.

O segundo ponto de ataque, e que guarda relação para com o primeiro, refere-se especificamente à existência da resposta certa. Ou seja, ao negar o poder discricionário do juiz, este seria tolhido de exercer papel criativo⁸⁹. Dessa forma, a atuação da Jurisdição poderia ser resumida a um mecanismo silogístico, em uma lógica de dissimulação dos juízos de valor, objetivo servido por normas predispostas de forma impessoal e uniforme, aplicadas segundo um ritual repetitivo e padronizado. Por essa percepção, Ovídio Baptista da Silva afirma que o juiz sempre fará uso de juízo discricionário, pois apenas a nível de concretude os princípios podem manifestar seu sentido e seu alcance⁹⁰.

Percebe-se, dessa forma, a excessiva ideologização que Dworkin coloca sobre o Direito. Uma vez que os juízes reais não possuem a qualidade sobre-humana de conhecer em total profundidade e extensão a resposta certa, esta funciona como legitimação da decisão judicial, a qual é sempre influenciada por “interesses, enfoque político, parcialidade ideológica ou outros fatores externos⁹¹”. Os juízes constroem as teorias que servirão de fundamento para suas decisões a partir de uma ótica própria.

⁸⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das Ciências Culturais*. p. 22.

⁸⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das Ciências Culturais*. p. 27.

⁹⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das Ciências Culturais*. p. 38 - 39.

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, volume I. p. .266.

Intentam, a partir daí, tornar racional a decisão através de uma tentativa de ocultar a sua participação construtiva do Direito.

Em virtude das críticas traçadas, sobeja a doutrina procedimentalista, por meio da qual as escolhas aproximam-se mais do racional do que do ideal, necessidade ressaltada por Habermas. A ponderação de Alexy, no entanto, é vista por Habermas como frouxa, em especial pela restrição do discurso relativo aos valores. Normas válidas obrigam os destinatários, impõem o que deve ser feito. Valores, por outro lado, pela razão de que são construídos a partir das preferências que são compartilhadas intersubjetivamente, não fixam o que deve ser feito, porém, indicam qual o comportamento recomendável.

O problema da aplicação exige naturalmente, em ambos os casos, a seleção da ação correta; porém, no caso das normas, “correto” é quando partimos de um sistema de normas válidas, e a ação é igualmente boa *para todos*; ao passo que, numa constelação de valores, típica para uma cultura ou forma de vida, é “correto” o comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, é bom *para nós*⁹².

Alexy, ao diluir a distinção entre normas e valores, enquadra-se na categoria dos que pretendem a validade universal para bens supremos. “Esses princípios ontológicos objetivam bens e valores, transformando-os em entidades que existem em si mesmas⁹³.” São valores consubstanciados em tradições consuetudinárias e em qualidades superiores, o que não é mais aceitado no pensamento pós-metafísico. Habermas, por essa razão, entende que normas e valores diferenciam-se no contexto argumentativo.

O argumento que nos parece central da tese de Habermas de ataque à ponderação é o de que, quando os tribunais utilizam-se de valores materiais advindos preliminarmente do direito constitucional, os julgamentos tornam-se autoritários. Em decorrência, no sopesamento “*todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito*⁹⁴”. Por causa da transformação do direito em valores, sua relativização não cabe no campo da

⁹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, volume I. p. 317. Destaques no original.

⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, volume I. p. 319.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, volume I. p. 321. Destaque no original.

racionalidade, em decorrência do que, “a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários⁹⁵”. Na proporção crescente da utilização de valores pelo Judiciário, maior, igualmente, é a periculosidade de se obter julgamentos alheios à racionalidade, pois prevalece o juízo funcionalista em detrimento do normativo. Portanto, a jurisprudência que se pretende ser definida por princípios, não deve escolher o ponto de gravidade entre os valores conflitantes. Deve, ao contrário, definir qual a pretensão que irá prevalecer para dado caso.

Habermas entende a necessidade de uma teoria procedimentalista compartilhada intersubjetivamente, de modo que a interpretação judicial deve transcender a subjetividade do juiz através da comunicação pública dos cidadãos⁹⁶. Através do agir comunicativo, a argumentação alça um nível no qual são assumidas as perspectivas de todos os outros. Dessa forma, a argumentação para Habermas não se presta simplesmente a legitimar a escolha através da ponderação: na realidade, abstrai-se dessa técnica para imputar as escolhas a uma base consensual democrática.

Essa tese procedimental, portanto, não se mostra vazia, despida de conteúdo, como na aplicação da técnica da ponderação, segundo afirma Habermas. A esfera civil, assim com a esfera pública, fornecem o referencial imprescindível à tomada de decisões, de modo que se almeja a solidariedade social através da autodeterminação comunicativa.

Divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. Evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a *de todos* os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não visa à doutrinação, nem é totalitária. Pois o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para o reexame da compreensão paradigmática do direito. Esta compreensão, como aliás o próprio Estado de direito, conserva

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: Entre facticidade e validade, volume I. p. 321.

⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: Entre facticidade e validade, volume I. p. 278.

um núcleo dogmático, ou seja, a idéia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmo estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo⁹⁷.

Afirma Habermas que a correção do Direito se faria presente na “aceitabilidade racional⁹⁸”, calcada em argumentos. Dessa forma, para se preencher as condições de validade do juízo, não é suficiente o recurso a motivações empíricas ou de pressupostos ideais. A validade do juízo apenas é possível por meio do recurso racional, o qual é construído, e não dado. O bom argumento, dessa maneira, seria mesurado na proporção de sua capacidade de contribuir para a aceitabilidade de uma pretensão de validade controversa.

O objetivo de Habermas é alcançar o assentimento de um auditório universal para um proferimento controverso com base nos melhores argumentos. Para se chegar a essa perspectiva plural, é necessário que o julgador assuma as perspectivas de autocompreensão e de compreensão do mundo de todos os participantes do discurso. Concretamente, isso ocorre através da ampla deliberação através da qual se liberta a intersubjetividade da coletividade. “Através disso, o universal concreto, hegeliano, é sublimado na forma de uma *estrutura* comunicativa purificada de todos os elementos substanciais⁹⁹.”

Porém, na aplicação concreta das normas, há distinção (complementar) entre os níveis geral e particular. Isso porque a aplicação das normas pressupõe a consideração dos interesses de todos os atingidos pela sua aplicação. Mas quando se trata do caso concreto, esses interesses gerais “se retraem atrás dos interesses das partes imediatamente envolvidas¹⁰⁰.” Destarte, Habermas afirma que nos discursos de aplicação, há de se manter o contato entre os interesses particulares e os interesses gerais.

Ainda que a filosofia de Habermas venha a conferir uma ampliação do horizonte social do Direito, duas grandes dificuldades podem ser localizadas no seu pensamento. Em primeiro lugar, parte-se da possibilidade de formação de consenso entre aqueles que pertencem a uma sociedade. Lembre-se de que Habermas critica a

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, volume II. p. 190. Destaque no original.

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, volume I. p. 281.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, volume I. p. 284. Destaque no original.

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, volume I. p. 284.

teoria de Dworkin, para quem a integralidade da substância jurídica apenas poderia ser perceptível por um juiz *inexistente*, pois detentor de capacidades sobre-humanas. Habermas, ao pressupor um juiz com capacidade de captar a percepção subjetiva de cada membro da sociedade e de condensar esse universo em um sentido consensual, constrói um juiz *concretamente* possuidor de uma percepção sobre-humana.

O segundo problema, na realidade, relaciona-se ao segundo. Em decorrência do motivo de que não há consenso, mas apenas possivelmente poderá ser captada a opinião majoritária, os grupos minoritários têm seus interesses excluídos. Essa questão é destacada por Posner de maneira direta: “O que é consenso político senão um termo polido para a vontade do mais forte? Do mesmo modo, o que são os juízes que proferem sentenças ‘objetivas’ senão pessoas que deduzem as implicações do poder das relações na sociedade?”¹⁰¹

Similarmente à questão da consideração dos interesses dos outros, consoante defendido por Habermas, cita-se a importante contribuição de Peter Häberle. Häberle propugna pela interpretação plural da Constituição, da qual participam *potencialmente* todas as entidades públicas e todos os cidadãos e grupos de cidadãos, rejeitada a idéia de um número fechado de intérpretes da Magna Carta.¹⁰² A Constituição, ao pairar normativamente sobre a sociedade e sobre a vida privada, não pode tomá-las enquanto meros objetos, mas sim como sujeitos do processo hermenêutico. Por essa razão, a discussão que atine a todos não é apenas “sob” as normas constitucionais, mas sim “sobre” elas. Para Häberle, a Constituição converte-se em um processo vivo no qual a participação dos intérpretes não apenas produz a cultura, mas, também, a reproduz.¹⁰³

A obra de Häberle é visivelmente menos pretensiosa do que a teoria de Habermas. Conquanto Häberle defenda a participação ativa do cidadão, de modo que o juiz não decide de maneira isolada, não parte da idéia de existência de um “consenso”. Da mesma forma, como a participação é potencial, compreende-se que não definitivamente todos irão tomar uma postura ativa de influência direta no desenho decisório, mas deverão ser levados em conta os interesses daqueles que não participaram do processo de interpretação.

¹⁰¹ POSNER, Richard Allen. *Problemas de Filosofia do Direito*. p. 169.

¹⁰² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. p. 13.

¹⁰³ HÄBERLE, Peter. *Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*. p. 177.

A forma de participação da opinião pública está longe de ser organizada ou disciplinada. Aqui reside uma parte da garantia de sua abertura e espontaneidade. Não obstante, os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam o seu significado, exercendo, porém, uma nova função: eles são os “filtros” sobre os quais a força normatizadora da publicidade (*normierende Kraft der Öffentlichkeit*) atua e ganha conformação. Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo¹⁰⁴.

Dessa forma, Häberle afirma que, diante de um *minus* de efetiva participação, deve corresponder a um *plus* de controle constitucional¹⁰⁵. Da leitura da obra de Häberle, depreendemos que a questão relativa ao controle constitucional refere-se à compatibilização da decisão com a lógica do sistema jurisdicional, de modo que, na medida em que se coloca em menor nível a efetiva participação de determinados fragmentos sociais, a interpretação plural haveria de se reduzir. Por um lado, daí extraímos uma diferenciação essencial para com Habermas, pois não se deposita sobre o juiz uma carga que exceda suas limitações enquanto ser humano. Por outro lado, infere-se desse mesmo ponto um espaço incompleto na teoria de Häberle, pois não se aprofunda sobre o reconhecido lado interno (do sistema) da decisão judicial.

Esse vácuo é uma virtude que reconhecemos em Häberle. Embora sua teoria interpretativa não seja perfeita (mesmo por que, não se deve almejar a perfeição em uma teoria que verse sobre a decisão judicial), é mais intimamente vinculada a uma perspectiva que reconhece a heterogeneidade das questões jurídicas.

2.6. O discurso fragmentado

Pudemos perceber que a sucessão paradigmática pós-positivista desenvolveu-se paralelamente a uma rede de críticas interminável de modo que não se pôde encontrar uma teoria de higidez constante. O substancialismo foi derrubado em vista de seu caráter metafísico, ao passo que o procedimentalismo, mais vinculado à concretude, ora mostra-se incapaz de inserir-se num contexto integralmente democrático, ora relativiza demais os pontos cruciais da substância jurídica. Qualquer teoria procedimentalista não poderia (ainda que pretenda) se sustentar como a correta, ou mesmo a mais adequada, pois na medida em que se coloca dessa maneira, suas

¹⁰⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. p. 43 - 44.

¹⁰⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. p. 44 - 46.

críticas ao substancialismo voltam-se contra si mesmas. Habermas, por exemplo, nega a existência da resposta correta extraída do sistema, mas entende ser necessária a busca pela melhor teoria:

A indeterminação interna do direito não resulta da estrutura do próprio direito, como os críticos pensam, e sim da recusa dos juízes em desenvolver a melhor teoria possível, bem como da história institucional de uma ordem jurídica, a qual é avessa, em maior ou menor medida, a uma reconstrução racional.¹⁰⁶

Mas o que legitima o escopo do procedimentalismo? Com base em qual padrão, a não ser algum substancial (em sentido absoluto), se poderia reconhecer o procedimento correto? Eis aí o paradoxo. Diante desse quadro, percebe-se a razão pela qual os juristas têm optado por um constante retorno ao positivismo: é muito mais confortável aplicar as leis sem o medo de assumir as responsabilidades de um julgamento vinculado a algo que seja exterior às regras tomadas isoladamente. A tecnização da lei produz a desresponsabilização do jurista.¹⁰⁷

Parece-nos, contudo, que a razão pela qual as teorias analisadas possuem defeitos verifica-se em sua pretensão totalitária. A realidade é mais ampla que as teorias, de modo que nunca teoria jurídica alguma é capaz de explicá-la. Por essas razões, quando as teorizações se lançam nessa empreitada impossível, invariavelmente fracassam.

O desenvolvimento da atuação jurídica, no entanto, depende de uma organização pressuposta da qual não se pode abrir mão, caso contrário as decisões não terão grau de funcionalidade algum. Para que se obtenha uma prática deontológica, deve-se buscar uma teoria esquematizada em nível distinto das teorias normativas, e que não se pretenda absoluta. O discurso fragmentado fruto da pós-modernidade, com efeito, encaixa-se nessa função e expõe as limitações de cada teorização.

Em conclusão, entendemos que, de acordo com o quadrante do real analisado, pode ser aplicada dada teoria de acordo com variantes fáticas e jurídicas. Portanto, entendemos que tanto a percepção da resposta correta como a compreensão do papel criativo do juiz, ou as percepções do procedimentalismo democrático, não estão erradas, mas se aplicam cada qual a cada situação que seja mais pertinente. O que não

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: Entre facticidade e validade, volume I. p. 266.

¹⁰⁷ AMARAL, Francisco. *A Descodificação do Direito Civil Brasileiro*. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª região. Volume 8, número 4. p. 640.

quer dizer, obviamente, que não se possa fazer um juízo crítico, dirigido a um dado setor do ordenamento jurídico, pela substituição de uma cadeia de pressupostos teóricos por outra.

3. RECONSTRUÇÃO

3.1. Organização normativa

Das críticas aos modelos teóricos principais do pós-positivismo, percebe-se o real vulto da importância da política no campo jurídico. Contudo, não se afasta a percepção de que a definição harmônica do sistema jurídico reclama a convivência simultânea de regras e de princípios, o que se intui mesmo de uma perspectiva puramente pragmática. Mas o que se deve deixar absolutamente em claro é a percepção de que *para cada questão juridicamente apreendida essa distribuição há de ser diferente*. Dentre os aspectos a serem estimados quando da análise da adequabilidade da armação normativa, menciona-se o ângulo da relação jurídica, se focalizada no horizonte ou se colocados os indivíduos em desnível. Nesse ponto, verifica-se a pertinência de uma normatização que venha a atenuar ou não as conseqüências dessa desigualdade. Também, devem ser considerados os interesses em jogo, se individuais ou plurais, atentando-se para a qualidade e intensidade do interesse do Estado na questão específica.

3.2. Direito do Trabalho II

No Direito do Trabalho, assim como no que toca à propriedade no sentido mais básico civilista, temos normas sociais, pois, da mesma forma, trata-se de interesses coletivos (*lato sensu*) contrapostos à propriedade. Mas a questão laboral distancia-se em grande medida da função social da propriedade do Direito Civil, pois na área justrabalhista percebe-se, em primeiro lugar, sempre a existência de uma coletividade de interesses não difusos, mas definidos, constantemente, e não eventualmente, vinculados à propriedade do empregador. Em segundo lugar, essa vinculação opera-se pela *vontade* do próprio tomador dos serviços em obter vantagens do trabalho humano (o qual não pode ser desligado da pessoa de cada trabalhador) através da sua integração no corpo dinâmico composto pelos demais bens de seu patrimônio. A função social da propriedade distingue-se qualitativamente nesse particular. Confunde-se com a função social da empresa, a qual é subsumida pelo princípio da preservação da empresa, aventado na parte final desse texto.

Como visto, as normas sociais justralhistas fixam-se primordialmente em regras. Essa diferenciação para com outros ramos do direito, ao revés de conduzir ao esgotamento do potencial da lei, denota um ganho na dimensão da efetividade se comparada com outros direitos sociais. O esquema legal da lei trabalhista produz o resultado adequado se contraposto à situação específica da relação de emprego. *Tanto é assim que, mesmo no final da década de 80, o constituinte gravou o Capítulo II da Lei Maior, dedicado na sua quase integralidade à tutela do trabalhador, com o mesmo velho esquema de regras à la CLT.* Embora ladeado por uma normatividade mais evoluída, o Capítulo II foi bem planejado pelo legislador, atento à problemática sociológica das normas definidoras de direitos sociais. Desta sorte, mesmo portando corpo normativo antigo, a CLT e as regras constitucionais são bem armadas com uma estrutura rígida o suficiente para fazer frente ao poder econômico e atingir o plano da efetividade. É bem verdade que os direitos garantidos atualmente são insuficientes, mas possuem uma garantia superior ao que se observa com outros direitos sociais. Não apenas a definitividade das regras, igualmente a abstração é característica que frequentemente funciona como proteção do trabalhador. A falta cometida pelo empregador quando da rescisão indireta, por exemplo, é focada em abstrato, ou seja, não são relevantes os motivos que conduziram o tomador de serviços a praticar o ato, diferentemente do que ocorre quando a falta é praticada pelo empregado. Por essa razão, qualquer causalidade específica, como falência, força maior, ausência de dinheiro, não são pertinentes à análise da sanção imposta pelo direito material, pois o empregado deve responder pelos riscos do negócio¹⁰⁸.

Os pontos fracos da estrutura normativa do Direito do Trabalho são basicamente dois. Primeiramente, a esquematização contundente do ramo juslaboral forma, por trás da relação de emprego, um verdadeiro buraco-negro sócio-econômico. Note-se que o Direito do Trabalho, da maneira como o conhecemos, nasce num contexto em que as relações de trabalho são, em sua quase completude, relações de emprego. A força magnética do emprego era, inclusive, o próprio intento do poder ao editar uma consolidação com tal aptidão polarizadora. Atualmente, contudo, a sociedade mudou, mas as leis trabalhistas não. O quarteto de pressupostos fático-jurídicos do contrato de trabalho celetista irrompe como uma barreira de contenção do labor humano no bojo do emprego, a despeito das intenções por organizações diferenciadas. Ou seja,

¹⁰⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. p. 881.

fazemos referência às situações nas quais é mais interessante para o próprio trabalhador ter sua relação laboral fora do esquema empregatício.

O segundo ponto fático é justamente o espaço em que a efetividade do Direito do Trabalho não é alcançada. Não se trata de inefetividade normativa, pois as normas são consistentes, como visto. Mais do que isso, cura-se de uma inefetividade indireta, verificável na proporção em que a remuneração destinada ao trabalhador aproxima-se muitas vezes de um patamar minimalista, o que coloca em cheque o princípio da tutela. A teia normativa de regulação das relações de emprego une visceralmente cada norma componente de seu todo pelo centro comum do salário básico. Cada norma trabalhista estabelece pagamentos salariais calculados sobre o valor do complexo salarial em si, obedecida uma ordem jurisprudencialmente definida, do que se verifica o efeito expansionista circular salarial.¹⁰⁹ Em razão de todo o sistema estar, por assim dizer, subordinado por uma relação de dependência ao quantum salarial, quando há insuficiência na fixação deste, a inefetividade se alastra tridimensionalmente do centro para todas as direções. Ocorre que este centro quantificado é justamente aquele espaço de vácuo para o Direito do Trabalho. Sua definição está indubitavelmente atrelada a uma política que se situa num universo paralelo e, portanto, mais amplo em relação àquelas regras trabalhistas que advém da constância temporal consolidada. É esse um limiar, portanto, de alcance do Direito do Trabalho pátrio em sua organização atual.

De qualquer forma, se há falibilidade do normativo, existem, também, as virtudes. Lançar mão dessas regras para jogar a regulação do emprego ao indeterminismo propiciaria as condições para a formação de um foco gerador de flexibilização de direitos. Para além da flexibilização imediata pela supressão de garantias expressas, a flexibilização mediata pode advir da troca de engrenagens claras da lei por variantes que mais intensamente podem ser engolidas pelas forças mercadológicas.

Conforme a muito conveniente lição de Luís Roberto Barroso, deve-se prevenir a “constitucionalização excessiva¹¹⁰” do Direito. Não há como se negar a lucidez desse posicionamento, com o qual concordamos integralmente. Mas, em razão dessa constatação, não se pode fugir do fato de que o excesso de constitucionalização

¹⁰⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 647.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. p. 391.

tido como problema traduz drástico rompimento da venerada imagem ostentada pela Magna Carta.

Arremata Barroso que

o uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como a segurança e a justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas.¹¹¹

No entanto, é curial frisar que a crítica ao excesso de constitucionalização possui o sentido de fechar parte dos ductos diretamente abertos entre o direito infraconstitucional e a Constituição, de modo que esses canais se agregam às demais ligações viscerais cerradas. Desse modo, os canais mantêm-se em sua estrutura energética, alterada apenas parcela de sua qualidade. A Magna Carta funda a sociedade, e da Lei Maior decorre *em integralidade* o fundamento do exercício legítimo do poder. Portanto, mesmo quando da “limitação da constitucionalização” dos ramos jurídicos específicos, o que ocorre em um ambiente recheado por regras, não se deve negar que o supedâneo destas é a Constituição. Essa é a razão pela qual, ao passo que a maior parte das normas celetistas foi recepcionada pela nova Constituição, algumas normas perderam vigência diante do novo regime. Desta feita, registramos nossa aderência ao sentido da expressão de Barroso, cujo fundamento repousa na antiga necessidade de limitar o exercício do poder, mas rechaçamos a terminologia utilizada.

3.3. As etapas sucessivas de aplicação normativa do Direito do Trabalho

Para além dos limites da política remuneratória no Direito do Trabalho, outras fronteiras de alcance são verificáveis. Pelo fato de que o Direito trabalhista retira sua operacionalidade das regras, sua aplicação, de fato, estaria densificada nessas normas, com exclusão dos princípios normativos. No entanto essas limitações não possuem consistência no sistema, razão pela qual rejeitamos sua qualificação enquanto terceiro ponto fático do Direito do Trabalho. Antes, são apenas resquícios de uma

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. p. 392.

tradição iluminista que podem e devem ser ultrapassados. Não se pretende, ao defender a manutenção de um esquema de regras, subtrair ou debilitar o sistema de princípios. A intenção é, por outro lado, defender a plena aplicabilidade dos princípios no Direito do Trabalho, mas não à maneira convencional, em que princípios, regras e conceitos indeterminados são dispostos no mesmo plano, recortada a realidade de modo a distribuir os fragmentos sobre os quais incidirão normas de determinada linhagem. Na especificidade do Direito do Trabalho, para a preservação de um grau aceitável de efetividade, o que se deve alinhar com a garantia de um julgamento que não seja prejudicado pelas limitações da lei formal, *regras e princípios devem atuar em níveis distintos, superpostos*.

O sistema tradicional codificado, como pode ser qualificado o universo da CLT, se apreendido com exclusão do que lhe é externo (e até mesmo superior), concebe o trabalhador em abstrato, como já mencionado. Por essa razão, o suporte fático dessas regras realmente compreende uma dada característica peculiar dos sujeitos, caso contrário seria impossibilitada a incidência da norma. Contudo, a abstração produz a cegueira jurídica em relação a tudo o que não for captado pelo suporte fático normativo. Para o sistema codificado, apenas “algumas e certas dimensões do ser interessam ao direito¹¹²”. Portanto, no que tange especificamente às normas heterônomas, *se almejamos concretude aliada a efetividade quanto a direitos sociais, a única resposta é não a troca das regras por outras normas, mas sim a ampliação da visão sistêmica, de modo que se possa perceber que a CLT não é o todo, mas é apenas uma parte deste, e não a parte principal*. Concluímos que a constitucionalização do Direito do Trabalho deve passar ao largo da descodificação que se defende no Direito Civil.

Em uma primeira etapa intelectual, as regras projetam as garantias mínimas legais. Após, em uma segunda etapa, os princípios são aplicados de modo a promover a conclusão do raciocínio jurídico e realização direta dos ditames constitucionais. A atuação do Judiciário deve ser vista como uma atividade complexa da qual não se pode abstrair o caráter político, pois a “vontade jurídica” não é autônoma, necessita da participação humana. Contudo, é possível, igualmente, avistar um substancialismo no sentido ventilado por Dworkin, que se observa na aplicação de uma linha consistente principiológica a que se reporta incessantemente o Judiciário.

¹¹² COUTINHO, Aldacy Rachid. *Função Social do Contrato Individual de Trabalho*. In: Coutinho, Aldacy Rachid (coord.); DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.); GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Transformações do Direito do Trabalho*. p. 29.

3.4. A roupagem constitucional do princípio da tutela

3.4.1. A aplicabilidade das normas de direitos sociais

Já mencionamos o fato de que, quantitativamente, as normas constitucionais de regulação das relações de trabalho afluem, predominantemente, de regras. Mas não se pode denegar valor ao que “sobrou”. Na realidade, as demais normas, contidas em princípios, possuem potencialidade não reconhecida, mas de aplicabilidade ativa.

Normas de princípios que albergam direitos fundamentais são classificadas em duas grandes dimensões: subjetiva e objetiva. As normas de dimensão subjetiva são entendidas como aquelas que conferem diretamente direitos aos cidadãos. As normas de dimensão objetiva, por outro lado, traçam objetivos fundamentais da nação, possuem propriamente caráter estruturante e são as normas dotadas de um grau máximo de abstração. A respeito, aponta Sarlet o entendimento doutrinário que compreende um segundo aspecto da perspectiva objetiva, o qual se traduziria numa mais-valia jurídica, ou seja, voltada a objetivação ao reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais.¹¹³ Entendemos que Alexy é quem melhor define os direitos fundamentais em dimensão objetiva:

Se *a* tem, em face do Estado (*s*), um direito a *G* (*RasG*), então, *s* tem, em face de *a*, um dever em relação a *G* (*OsaG*). Abstrair o lado subjetivo conduz a uma transformação do dever relacional em um dever não-relacional de *s* em relação a *G*, ou seja, um simples dever de *s* em relação a *G* (*OsG*). O objeto desse dever, *G*, é exatamente o mesmo objeto do direito do qual se partiu. Ele poderia ser, por exemplo, a abstenção de intervenções na liberdade de manifestação de pensamento. O princípio objetivo, que se obtém a partir da abstração da face subjetiva, tem como conteúdo o dever *prima facie* do Estado de se abster de intervir nas manifestações do pensamento. Mas esse princípio é muito especial para ter efeitos em todos os ramos do ordenamento jurídico. Ele abarca apenas o âmbito dos direitos à abstenção de intervenções estatais na manifestação do pensamento. Com isso fica claro como pode ser estabelecida a capacidade do princípio para produzir efeitos substanciais abrangentes em todas as posições do ordenamento jurídico. São necessárias mais duas abstrações. À abstração em relação ao titular do direito devem ser adicionadas uma abstração em relação ao destinatário do direito (o obrigado) e uma abstração em relação a determinadas particularidades de seu objeto (aqui: a abstenção de intervenções estatais). Por meio

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 144.

dessa abstração tripla, o direito de *a*, em face do Estado, a que este não o embarace em sua manifestação do pensamento transforma-se em um simples dever-ser da liberdade de opinião. É de se supor que se queira fazer menção a esse tipo de princípios triplamente abstraídos quando se fala em “decisões jurídico-constitucional fundamentais”, “normas axiológicas fundamentais”, decisões axiológicas etc., ou simplesmente em idéias-mestras da Constituição alemã, que se irradiam por todos os ramos do direito. Em todo caso, esses objetivos triplamente abstraídos são a reconstrução mais plausível dessas formas de expressão¹¹⁴.

Na particularidade do Direito do Trabalho a nível constitucional, essa distinção não é tão visível. Na realidade, como a maior parte dos direitos trabalhistas está albergada por regras, pode-se afirmar que são poucos os princípios no sentido subjetivo voltados especificamente ao trabalhador. Casos excetivos referem-se, por exemplo, à tutela do meio ambiente de trabalho, conforme o art. 225 da CF¹¹⁵. Essa, na verdade, é uma interpretação colhida da externalidade à norma que, se tratada isoladamente, não se destinaria a estender seus efeitos ao campo do trabalho. Afora essa área de excepcionalidade, restam os princípios no sentido objetivo, como o valor social do trabalho dignificado como fundamento da República (art. 1º, IV), além dos outros conhecidos preceitos de igual qualidade, os quais serão especificados no tópico seguinte.

Duas são as dificuldades no que tange a estes princípios. Em primeiro lugar, sua objetivação conduz grande parte da doutrina a entender que não geram direitos subjetivos, portanto não conferem de imediato uma garantia ao trabalhador. Enquanto princípios objetivos, ostentam função programática, qual seja, a de influir nas escolhas políticas levadas a cabo a nível abstrato. Essas normas apenas teriam valor para os Poderes Executivo e Legislativo na constante redefinição das bases de política econômica e social da nação. Por conseguinte, o Poder Judiciário estaria impossibilitado de aplicar ditas normas.

A segunda dificuldade vincula-se ao caráter social desses direitos. A maior parte da doutrina, de fato, entende que os direitos sociais (e não apenas princípios de dimensão objetiva) estariam excluídos da aplicação direta, ao menos no que toca ao aspecto positivo (prestacional). Entende-se que essas normas não teriam caráter vinculativo e, portanto, não seriam aptas a conferir direitos subjetivos ao cidadão, mas

¹¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 526 – 527.

¹¹⁵ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

apenas fórmulas mais brandas¹¹⁶, como expectativas de direito ou interesses legítimos. Vieira de Andrade argumenta que, uma vez reconhecida a existência da escassez dos recursos econômicos, e diante da reserva do possível, o constituinte haveria apenas manifestado uma intenção normativa, por essa razão os direitos sociais não estariam constitucionalmente determinados¹¹⁷.

Essa dificuldade pode muito bem ser compreendida através do modo de satisfação das gerações de direitos. Cingindo nosso campo de análise aos direitos de primeira e de segunda dimensão, que é a contraposição que nos interessa, nota-se que, enquanto os primeiros exigem do Estado primeiramente uma postura abstensiva, ou de segurança para que terceiros não venham a lhes causar gravames, os segundos demandam, sem embargo do reconhecimento do seu considerável campo de afetação negativa, um grande movimento da máquina estatal. Mesmo quando se trata de exigir o reconhecimento de prestações em face de terceiros, invariavelmente irá se reclamar do Estado “a organização da vida em sociedade¹¹⁸”. Ou seja, depende-se de um complexo processo de desenvolvimento e de intervenção estatal diretamente no corpo social. A limitação na liberdade dos outros, como pressuposto para ativação dos direitos sociais, é reconhecidamente necessária, porém o seu alcance é controverso. Caupers anota, todavia, que essas razões de obstaculizar a caracterização de direitos sociais enquanto direitos subjetivos (considerado o seu sentido como a capacidade de o cidadão fazer valer uma pretensão perante o Poder Judiciário) apenas tem lógica quando esses direitos não forem concretizados¹¹⁹. Disso infere-se, mais uma vez, a imprescindibilidade das regras para a efetivação dos direitos sociais. De qualquer forma, frise-se que entende a doutrina que os direitos sociais dependem do legislador, não possuindo, por si só, a potencialidade de serem aplicados pelo juiz, com exceção da já referida dimensão negativa. Se há direito subjetivo, este seria referente à produção de normas¹²⁰ com base na ausência de concretização constitucional suficiente. A grande questão que permanece em aberto é o grau de vinculação.

Na realidade, não há razão jurídica nem de ordem de recursos para negar o direito à aplicação judicial dos direitos fundamentais em sua face objetiva, o que vai de encontro mesmo ao papel de centralidade desses direitos. Como poderia o juiz

¹¹⁶ CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. p. 34.

¹¹⁷ Referido por CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. p. 35.

¹¹⁸ CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. p. 37.

¹¹⁹ CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. p. 40 - 41.

¹²⁰ CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. p. 146.

desconsiderar os fundamentos ou os objetivos essenciais da República? As limitações econômicas, por sua vez, não são abstraídas do juízo de aplicação direta. São condições fáticas que limitam a aplicabilidade do princípio, ou então os princípios que subjazem às questões econômicas provocam a diminuição do grau de aplicação do outro princípio que se almeja movimentar. Para esse intento, é meritória a doutrina de Alexy que expomos acima. Exatamente como o jusfilósofo alemão parte do direito subjetivo retirando-lhe sucessivamente as camadas normativas até chegar ao núcleo, a aplicação do direito objetivado ocorre no mesmo caminho, mas trilhado no sentido contrário. O princípio, diante do caso concreto, concretiza-se com as vinculações a serem visualizadas e com a complementação do seu conteúdo.

Mas a questão não é superada caso se entenda que os direitos sociais não outorgam direitos subjetivos e, portanto, não vinculam. Se adotado o ponto de partida de que a Constituição é legítima fonte normativa, mostra-se incompatível com sua estrutura a caracterização de determinadas normas como apenas programáticas. Se são meramente programáticas, não podem nem ao menos ser consideradas como normas, o que explica a ausência de vinculação. Pois normas são dotadas de imperatividade, característica crucial que as diferencia de sugestões ou conselhos¹²¹. E, se não há vinculação dos particulares e nem do Estado em sua atuação singular em concretizar os direitos sociais, não há razão para dizer que, em nível macro, estaria o Estado de alguma forma vinculado. Afinal de contas, se não se vincula em absoluto, não se pode nem ao menos falar que os direitos sociais seriam direitos, do que se conclui pela Constituição jurídica como mera folha de papel¹²², não correspondente à constituição real, síntese das grandes forças que realmente dirigem a sociedade, mormente as potestades econômicas. A leitura de Mallet exemplifica bem a incoerência doutrinária. Afirma o renomado jurista que todas as disposições da Constituição são normas, das quais sempre irradiam efeitos jurídicos¹²³. Mais adiante, contraditoriamente, afirma que a aplicabilidade das normas de direitos sociais não se confunde com a subjetivação ou exigibilidade.¹²⁴ Mas se os direitos não são exigíveis, como seriam aplicáveis?

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. p. 298.

¹²² LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. p. 43.

¹²³ MALLET, Estêvão. *Temas de Direito do Trabalho*. p. 18.

¹²⁴ MALLET, Estêvão. *Temas de Direito do Trabalho*. p. 21 – 22.

Entendemos que, havendo cotejo envolvendo princípios sociais em abstrato, não há razão para negar sua aplicabilidade.¹²⁵ A ausência de “concretização” seria responsável tão somente pela não aplicabilidade desses direitos em maior profundidade. Nesse sentido, apenas podemos aceitar a definição das normas sociais como programáticas se essa característica não excluir a inexorabilidade de vinculação em alguma medida. Se uma atitude patronal desvaloriza o trabalho humano, não há razão alguma pela qual o Estado não venha a impor sanções, mesmo não havendo leis específicas a respeito, ou se as leis forem insuficientes. Essa operacionalidade do status negativo é, de fato, reconhecida pela doutrina. Mas, se há reconhecimento da efetividade do status negativo, não há razão para não se proceder ao reconhecimento do potencial ativo do status positivo. Se são direitos fundamentais, não podem ficar apenas na dependência do legislador. Por outro lado, se não são “concretizados”, não se pode exigir a observância daquilo que não forma uma expectativa jurídica concreta (ao menos, em face de particulares). De qualquer forma, considerado o nítido caráter normativo dos direitos sociais, mesmo objetivados, estes possuem inegável pretensão de eficácia¹²⁶.

A expectativa jurídica concreta, para direitos sociais, apenas pode ser entrevista com segurança de clareza na medida em que se aproxima do núcleo do princípio, o que legitima o ativismo do juiz singular em aplicar os princípios, mesmo objetivados, em face da situação sob análise. Havendo uma zona gris entre o que é lícito ou ilícito, exigível ou não exigível, entra em cena o papel da política. Esta, em observância aos ditames da segurança jurídica, é limitada, no que toca ao juiz, quando se trata de direitos sociais, em especial diante da tutela que se outorga ao capital. Restrições mais intensas ao capital, necessariamente ficam na dependência das regras, pois são fabricadas em um ambiente de grande influência das forças presentes na sociedade e produzem previsibilidade. Nesse ponto, salienta-se a singularidade do Direito. Ainda que dificultada a atuação do juiz na zona cinzenta de guarda do direito, aumentam-se as potencialidades se tomada a atuação do Judiciário Trabalhista como um todo, de modo que as decisões são ordenadas, sob determinado aspecto, por uma continuidade de trato.

¹²⁵ Nesse sentido, ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 527.

¹²⁶ Utilizamos-nos da linguagem de HESSE, Konrad (*A Força Normativa da Constituição*. p. 14).

3.4.2. O princípio constitucional da tutela

Muito embora as normas protetivas do trabalho dispersas no texto da Constituição venham a carecer, em grande parte, de eficácia pela ausência de densificação normativa, essa carga eficaz não é nula. À primeira vista, poder-se-ia imaginar como pleonástica e redundante a repetitiva investida constitucional sobre o trabalho como valor a ser respeitado em uma interação solidária. Ocorre que, uma vez que a Constituição, em sua complexidade antitética, contém normas que, em sua pureza, apontam em sentido contrário, infere-se que a multiplicidade de normas defensoras de um mesmo conceito visa conferir robustez ao resguardo do trabalhador na economia capitalista. Assiste consistência a essas reflexões a diretiva jurídica, que deve ser pressuposta, de que não existem disposições constitucionais inúteis. Porém, não se trata de afirmar a existência de uma primazia *prima facie* da tutela do trabalhador sobre a propriedade privada, pois o aspecto quantitativo de normas constitucionais não se presta a essa tarefa.

Primeiramente, cumpre destacar que a Constituição da República lança como seu intrínco, e base nuclear do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa¹²⁷, dentre demais valores de ordem suprema. Adiante, indica como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária¹²⁸. A ordem econômica¹²⁹, assim como a ordem social¹³⁰, são fundadas na valorização do trabalho humano, objetivando assegurar a todos existência digna. Além desses preceitos, o artigo 6º, inaugural do rol dos direitos sociais fundamentais, tutela expressamente o valor

¹²⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”;

¹²⁸ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”;

¹²⁹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego”;

¹³⁰ “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

trabalho¹³¹. Ademais, integra esse conjunto o amplo rol de direitos dos trabalhadores situado no título das garantias e direitos fundamentais¹³².

A fim de conferir eficácia a essas normas de direitos fundamentais, entendemos que, na medida em que convergem na mesma direção, a análise mais profícua deve condensá-las em uma unidade singular. Para esse intento, adotamos a técnica tópico-sistemática do entrelaçamento de Juarez Freitas¹³³. Por esse viés, os direitos fundamentais devem ser apreendidos em conjunto, de modo que a eficácia direta e imediata de todos os direitos é destacada em evidência, o que apresenta notável utilidade, precipuamente para os direitos sociais.

As normas constitucionais de que agora curamos são imbuídas do sentido de direitos de segunda dimensão que, se apreendidas entrelaçadas, resultam na substantiva ampliação da sua eficácia. De uma visão de abrangência dos direitos conferidos aos trabalhadores pela Magna Carta, deduz-se o matiz de fundamentalidade centrado no âmago do princípio tutelar do Direito do Trabalho. A densa teia de dispositivos constitucionais lança as estruturas de um princípio constitucional implícito, o qual chamaremos de princípio constitucional da tutela. A partir do momento em que se situa o princípio da proteção ao trabalhador na base do sistema, sua eficácia expande-se na mesma medida que a dos direitos da personalidade.

O reconhecimento do princípio constitucional da tutela aplicável diretamente pelo Judiciário é imperativo para a integridade do sistema. A matéria constitucional que justifica a edição das normas que regem as relações de trabalho é composta, precipuamente, do princípio da tutela do trabalhador, do princípio da propriedade privada e do princípio da preservação da empresa.¹³⁴ Ora, ante a queda do império do Legislativo e a institucionalização da democracia entre os poderes, não há mais sentido em se pensar um princípio que apenas venha a afetar o Poder Legislativo contornando as demais manifestações de atuação estatal. Arnaldo Süssekind nos afirma que, “para preservar a dignidade humana e promover a justiça distributiva, cumpre ao

¹³¹ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹³² Arts. 7º a 11.

¹³³ FREITAS, Juarez. *A Melhor Interpretação Constitucional “Versus” a Única Resposta Correta*. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação Constitucional*. P. 339 – 346.

¹³⁴ Este último receberá atenção específica na conclusão.

estado limitar a autonomia da vontade nas relações contratuais de trabalho¹³⁵”. Obrigase, portanto o *Estado*, e não apenas uma de suas facetas.

Definidas as bases constitucionais do princípio da tutela, importa, ainda, definir uma característica inexorável de seu conteúdo teleológico (portanto, funcional). Posicionamo-nos no sentido de que se o desequilíbrio decorrente da subordinação jurídica entre empregado e empregador encontra-se, muitas vezes, em estado de tensão com um sentido de interatividade humana que desponta no sentido contrário, da horizontalidade, não apenas no que se refere à execução do contrato de trabalho, mas, igualmente, no que atine às extremidades do pacto laboral.

3.5. A busca pela cooperação

Habermas defende a impossibilidade de se extrair da “constituição histórica e natural do homem” fundamentos normativos para a organização social racional¹³⁶. Se levado ao extremo essa idéia, chegaríamos à conclusão de que a política é critério absoluto de decisão. Em segundo plano, os princípios assumiriam função justificativa da escolha política, pois princípios podem ser eleitos para qualquer posição que se sustente. De fato, nenhum critério substancial absoluto é possível em sua pretensão holística, o que não impede o preenchimento das normas com uma carga meramente argumentativa ou de alguma espécie de consenso circunstancial. Mas, para além das circunstâncias, é necessário se atentar para o sentido de alteridade ínsito à vivência comunitária, do que resulta como inexorável uma percepção ética em relação ao outro.

3.5.1. O direito natural

Na doutrina, o estudo do direito natural aparece sempre ou quase sempre conjugado ao contraponto do direito positivo. A própria expressão “positivismo jurídico” deve-se à idéia de oposição ao direito natural. Essa dualidade, como demonstrado por Bobbio, advém desde a antiguidade clássica¹³⁷ e segue uma trajetória variante, na qual direito natural e direito posto são idéias contrapostas que, ao longo da história ocidental, conviviam ora em harmonia, ora em tensão, sendo essa última

¹³⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direitos Sociais na Constituinte*. p. 50 – 51.

¹³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, volume I. p. 18.

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. p. 16.

situação, indubitavelmente, a que mais frequentemente se verificou. É possível, efetivamente, citar como paradigmática a ilustração do conflito entre direito natural e direito posto na obra *Antígone*, de Sófocles. Na tragédia, Antígone é a protagonista de uma história em que há clara tensão normativa. De um lado, a lei divina ordena a personagem central a sepultar os parentes falecidos. De outro lado, o rei ordena a Antígone para que deixe insepulto o seu irmão, morto na disputa pelo poder, tido como traidor da pátria. A obediência aos ditames divinos resultaria na morte da protagonista que, mesmo assim, opta por sepultar o irmão. Em face das ameaças advindas do rei, Antígone manifesta defesa marcante na filosofia ocidental:

Creonte: (a Antígone) Fala, agora, por tua vez; mas fala sem demora! Sabias que, por uma proclamação, eu havia proibido o que fizeste?

Antígone: Sim, eu sabia! Por acaso poderia ignorar se era uma coisa pública?

Creonte: E, apesar disso, tiveste a audácia de desobedecer a essa determinação?

Antígone: Sim, porque não foi Júpiter que a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém sabe desde quando vigoram!¹³⁸

O direito natural expressa um sentido de padrões de conduta cuja origem está fora da vontade humana. A legitimação do direito natural é interna a ele mesmo, o qual assume um caráter de ética superior¹³⁹. As concepções quanto à fonte dos direitos naturais podem ser analiticamente visualizadas em três correntes básicas. Em primeiro lugar, o direito natural defluiria da própria natureza humana, como é o caso da obrigação da mãe de tomar conta de seus filhos pequenos ou a tendência de união dos seres humanos para proteção mútua¹⁴⁰. Apercebe-se, especificamente nessa primeira acepção, um sentido biológico e, justamente por isso, é o sentido mais restritivo de direito natural. Em um segundo momento, o direito natural é tido como manifestação das leis divinas. Por exemplo, é natural o comando “não matar” por ser uma ordem teológica¹⁴¹. A terceira concepção, resultado da idade moderna, volta-se à razão

¹³⁸ SÓFOCLES. *Antígone*. p. 30 – 31.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. p. 235.

¹⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. p. 134.

¹⁴¹ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. p. 134.

humana. Uma vez garantidas as condições básicas de desenvolvimento, o ser humano é capaz, por si só, em uma revelação imanente, de descobrir o que é certo e o que é errado e, portanto, devem definir suas ações pelo que é correto. É o caso da Declaração da Independência das colônias inglesas da América do Norte. Segundo se infere das mesmas, a razão define quais os direitos inalienáveis, verdadeiros e necessários¹⁴².

3.5.2. A superação do direito natural pelo positivismo jurídico

Na defesa da autoridade estatal como única legitimada a produzir o Direito, o positivismo jurídico lançou ferrenho ataque ao jusnaturalismo. Em primeiro lugar, foi denunciada a vagueza das normas naturais,¹⁴³ de forma que os seus enunciados são condenados como muito amplos. O direito natural pode prezar pela valorização da liberdade, mas não indica como a liberdade das pessoas deve ser assegurada, nem ao menos explica qual a solução em um conflito de liberdades. Como segunda crítica apontada pela doutrina, e esta pode ser entendida como decorrente da primeira, está o subjetivismo¹⁴⁴. Ante a generalidade dos valores defendidos pelo direito natural, várias posições são legitimadas. O direito natural, calha lembrar, foi utilizado por Aristóteles para justificar a escravidão. Em terceiro lugar, ataca-se a ausência de maleabilidade do jusnaturalismo¹⁴⁵, o que lhe tolheria o potencial transformador e revelaria o seu caráter autoritário. Em quarto lugar, alega-se a irrelevância¹⁴⁶ do direito natural, pois destituído da autoridade para fazer frente ao direito posto.

São assinalados cinco marcos de distinção entre o direito natural e o direito positivo¹⁴⁷. Em primeiro lugar, enquanto o direito natural é universal, com validade em todos os lugares, o direito positivo é particular, valendo apenas em localizações determinadas. Em segundo lugar, enquanto o direito positivo transforma-se com o decorrer do tempo, o direito natural é imutável em uma perspectiva platônica. Aristóteles, quanto a este aspecto, é excetivo, pois entende pela mutabilidade do direito

¹⁴² DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. p. 134 – 135.

¹⁴³ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. p. 140.

¹⁴⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. p. 140.

¹⁴⁵ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. p. 140.

¹⁴⁶ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. p. 141.

¹⁴⁷ Bobbio define, em sua obra, seis critérios de distinção, englobando, além dos que citamos nesse momento, o “modo pelo qual o direito é conhecido.” Enquanto o direito natural é reconhecido pela razão, o direito positivo é conhecido por meio da “declaração de vontade alheia.” Nos parece, todavia, indevida essa distinção em um quadro que pretenda tratar do direito natural de maneira genérica, porquanto é distinção que pertence especificamente ao jusracionalismo (BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. p. 22 – 23).

natural. Em terceiro lugar, o direito natural é proveniente da natureza, enquanto o direito positivo origina-se da potestade humana. Essa é, sem dúvida, a principal distinção. Enquanto o direito natural define-se *a priori*, o direito positivo limita-se a partir do momento no qual a decisão acerca de sua criação ganha imperatividade. Em quarto lugar, o direito natural indica se o comportamento humano é bom ou ruim em uma visão que parte do objeto analisado e não do subjetivismo humano. Os objetos regulados pelo direito positivo, por outro lado, não possuem uma valoração imanente; são qualificados em razão da forma como foi positivado o direito que os regula. Como quinto critério, o direito natural faz um juízo entre bom e ruim. O direito positivo, por sua vez, define o que é útil.

A crença em direitos naturais do homem alimentou ideologicamente as revoluções liberais carregadas de uma forte conotação individualista¹⁴⁸. Tanto a Revolução Francesa com a sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como a Declaração da Independência dos Estados Unidos deflagraram em razão da eclosão das idéias jusnaturalistas. O jusracionalismo esteve presente, ainda, conjugado ao iluminismo, no movimento de codificação francês do século XVIII, atingindo o apogeu com o Código Napoleônico de 1804¹⁴⁹. O desejo pela clareza e sistematização unitária desembocou na cultura codificante na qual o direito natural foi apreendido e domesticado pelas leis. Através da técnica da codificação, identifica-se Direito e lei e subordina-se a atuação do juiz a esta última.

O Estado Liberal, enfim, na ânsia de imprimir com cores indeléveis os ideais que lhe serviram de inspiração, potencializou o direito natural com tamanha intensidade que o seu apogeu coincidiu com a sua ruína. O direito natural codificado agora é diluído na voragem do direito posto. Os princípios que serviram à revolução passam a um estágio de conservação¹⁵⁰. O direito posto consagra-se vitorioso excluindo o direito natural. O direito positivo consolida-se como o único direito válido, enquanto o direito natural não é direito. Desde a definição desse quadro, a utilização do adjetivo positivo agregado à palavra direito manifesta um pleonasma¹⁵¹.

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. p. 237.

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. p. 238.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. p. 238.

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. p. 26.

3.5.3. Pós-positivismo – outras encruzilhadas

Em um momento anterior¹⁵² já havíamos discutido o tema da superação do positivismo pelo pós-positivismo, concedida ênfase à relativa diluição da fronteira entre o direito e a moral. Justamente em razão dessa abertura sistêmica, muito embora necessária, sobreveio o problema de se definir *qual* a moral que deve ser adotada no momento que demanda a maior participação humana no julgamento. A simples verdade é que a evolução teórica dos institutos se deparou com um bloqueio da inteligibilidade humana. Como demonstrado, todas as teorias são falhas, se tomadas em uma perspectiva totalitária. Essa, na realidade, é a verdadeira razão pela qual se alega a necessidade de regras para a harmonia do sistema. Se o sistema fosse realmente harmônico, nenhuma regra seria necessária.

Ante a necessidade de se eleger elementos morais, os juristas adeptos do procedimentalismo passaram a compreender, majoritariamente, que o direito deveria ser compreendido de acordo com o senso moral vigente na sociedade, do que nasce a dificuldade de localização desse senso e de como operacioná-lo com os direitos da minoria.

Dentre as outras vias que foram abertas, uma delas conduz ao retorno ao direito natural, o que de fato ocorreu, como pode ser percebido no discurso dominante dos direitos humanos enquanto ínsitos e, por essa mesma razão, inalienáveis à pessoa humana. Em um movimento cíclico, Kant ressurgiu no palco jurídico ocupando posição central. Explica-se, dessa forma, a característica da indeterminabilidade dos direitos fundamentais.

Portanto, é possível afirmar que a ordem jurídica contemporânea estruturase na união entre direitos naturais (fundamento do sistema) e a pressuposta moral coletiva, influenciando cada ordem de diretrizes uma sobre a outra. É possível denominar essa união de neo-jusnaturalismo, pois agora os direitos naturais possuem conteúdo algo variável (veja-se, inclusive, que o seu núcleo mínimo dos direitos fundamentais não é fixo, como ressalta Alexy¹⁵³).

Hart, como é sabido, não se insere nesse contexto de superação do positivismo. Contudo, o referido autor detém uma posição singular, pela qual compreende o preenchimento das normas jurídicas pelo conteúdo moral. Ainda que os

¹⁵² Vide parte I, capítulo 1.

¹⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 295 – 301.

direitos humanos possam ser (e o são) fatalmente manipuláveis, detêm funcionalidade na melhoria da condição humana. Este alvo, por sua vez, pode ser bem fundamento no direito natural interpretado por Hart, o que ao mesmo tempo confere um sentido específico à necessidade de proteção ao trabalhador: o sentido da cooperação.

3.5.4. O conteúdo mínimo do direito natural

Retornando à primeira acepção de direito natural suscitada, a respeito da vinculação para com a natureza humana, identifica-se nessa teoria um componente moral¹⁵⁴, o qual desvincula-se das pretensões antropocêntricas racionalistas e metafísicas. Como base do conceito que podemos chamar de biológico do direito natural, encontra-se uma concepção de que a natureza não se resume a um espaço de acontecimentos puramente contingentes sem uma razão de ser. Ao contrário, nessa visão antiga cada ser ou coisa existente, animada ou inanimada é pensada numa tendência que não se limita a manter sua própria existência, mas avança além. Cada elemento da natureza é interpretado, afirma Hart, como “dirigindo-se para um estado definido ótimo que é o bem específico – ou o *fim* apropriado para tal¹⁵⁵.” Segue apontando que “esta é a própria concepção teleológica da natureza que considera conter em si própria níveis de perfeição que as coisas realizam¹⁵⁶.”

A subtração das diferenças entre o que ocorre de maneira regular e o que deveria ocorrer pode ser compreendida como uma das principais razões pela resistência à percepção teleológica da natureza. Da mesma forma, não se acata a minimização da diferença entre os seres humanos, os quais concebem desígnios específicos e buscam a sua consecução, e os outros seres vivos ou objetos inanimados. Sucede que, na visão teleológica, não há uma diferenciação radical entre a vontade humana como qualificante da tendência à otimização, e os demais elementos da natureza, que, da mesma forma, migram para a mesma finalidade pela melhoria, mas são destituídos da consciência. O escopo específico do ser humano “é em parte, tal como o de outros seres vivos, uma condição de maturidade biológica e de capacidades físicas desenvolvidas¹⁵⁷”. Porém, soma-se a essa condição geral a racionalidade enquanto traço humano distintivo, razão pela qual o homem é dotado da capacidade de compreender, de alguma forma, aquilo

¹⁵⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 202.

¹⁵⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 205.

¹⁵⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 205.

¹⁵⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 206.

que envolve o propósito pela excelência. Como consequência, o homem é capaz de desejar a otimização. Deixe-se claro, todavia, que essa concepção teleológica outorga à razão um papel sumamente distinto daquele definido pelo racionalismo. Enquanto este último confere à razão humana uma condição metafísica, a perspectiva natural objeto da presente apreciação tão somente discorre sobre a racionalidade em um sentido biológico. “Contudo, mesmo assim, nesta visão teleológica, este estado óptimo não é o bem do homem ou o seu fim, porque ele o deseja; ao contrário, ele deseja-o porque é já o seu fim natural¹⁵⁸.” Nesse ponto, percebe-se uma das razões pelas quais a sociedade contemporânea é excludente em relação a essa visão do direito natural, mesmo que mais modesta em relação às demais, também qualificadas como jusnaturalismo. Se tudo é relativo, a única certeza é a de que não há certezas.

Contudo, essa perspectiva biológica, como afirma Hart, sobrevive em vários aspectos da compreensão humana. Partindo daquilo que definimos como *necessidades* humanas, identificamos que a sua satisfação é algo *bom*, da mesma forma como identificamos certos acontecimentos ao ser humano como *mal* ou *dano*¹⁵⁹. Mesmo que algumas pessoas se abstenham de se alimentar e de descansar com o intuito de fazer cessar sua existência, a alimentação e o descanso são mais do que coisas que os homens fazem regularmente ou que podem vir a desejar. São necessidades humanas a comida e o descanso, isso não é relativo, contingente, mesmo para as situações em que as pessoas se recusam a comer ou descansar. Por essa razão, afirmamos que não apenas é natural que os homens se alimentem e descansem. *Todos os homens deviam se alimentar e descansar, porque é natural*¹⁶⁰. A força da palavra “naturalmente” produz a diferenciação da conduta humana vinculada às necessidades das apreciações de comportamentos ou convenções acidentais. Como ilustração destas condições que poderiam ou não ser de determinada forma, mencione-se a prescrição “deveria tirar o seu chapéu”, a qual possui conteúdo que não pode ser revelado pela razão¹⁶¹. A mesma visão, sublinha Hart, é constatável na comparação entre as funções dos órgãos do corpo humano e as meras propriedades causais. “Dizemos que é função do coração fazer circular sangue¹⁶²”, mas não afirmamos que é função de uma doença ocasionar a morte.

¹⁵⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 206.

¹⁵⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 206.

¹⁶⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 207.

¹⁶¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 207.

¹⁶² HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 207.

Essas ilustrações que denotam a presença de elementos teleológicos na ação humana são inferidas de características que dizem respeito tanto aos homens como aos animais. O que se afirma pressupõe que o fim adequado da atitude humana é a sobrevivência, o que, por sua vez, deriva do singelo fato de que “a maioria dos homens deseja a maior parte do tempo continuar a existir¹⁶³”. As ações qualificadas como boas são aquelas demandadas para a sobrevivência.

Como pode ser percebido, essa é uma análise que toca apenas a essência do direito natural, do que se obtém uma visão atenuada da corrente teórica. Muitos teóricos dessa doutrina pressupunham a sobrevivência apenas em um nível situado na base e, por isso, extremamente remoto do pensamento. Aristóteles, por exemplo, fala acerca do cultivo desinteressado do intelecto humano, ao passo que São Tomás de Aquino faz menção ao conhecimento divino. A partir do ponto em que avançaram além do núcleo essencial da sobrevivência, as teses jusnaturalistas maximizaram o desencadeamento das críticas. O simples sentido de sobrevivência em si, todavia, pode ser criticado, em especial por ser considerado como algo metafísico. Contudo, adverte Hart, não se trata apenas de uma quase unanimidade de homens que deseja viver, mesmo que em condições escabrosamente miseráveis. A teleologia da sobrevivência se manifesta em todas as estruturas do pensamento e da linguagem, do modo como o mundo é por nós descrito e como descrevemos os outros. Por essa razão, Hart prima pela defesa uma posição vinculada à moral e ao direito que tenha em vista o fato de que “a nossa preocupação reside nos arranjos sociais para conseguir uma existência continuada e não nos de um clube de suicidas¹⁶⁴”.

O ponto de partida básico é o de que o objetivo dos homens é viver. A partir dessa coluna básica, são deduzidos, como afirma Hart, *truísmos*¹⁶⁵ (o que reitera a rejeição dos postulados do jusracionalismo) que dizem respeito à natureza humana à sua interação com o mundo ao redor, pois existem certas regras de conduta que qualquer comunidade humana deve observar para caminhar na direção da finalidade comum de sobreviver. Estas regras básicas constituíram substrato básico do direito e da moral em todas as sociedades, até o momento em que cada sistema é autonomizado, em razão do

¹⁶³ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 207.

¹⁶⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 208.

¹⁶⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 209.

acirramento de suas complexidades. Hart reconhece essas regras como o *conteúdo mínimo* do Direito Natural.¹⁶⁶

Hart pressupõe um conteúdo específico para o direito e para a moral, sem o qual se impossibilita o desenvolvimento do desígnio específico de sobrevivência humana na associação de uns com os outros. Sem tal conteúdo, os homens não teriam um motivo para observarem de modo voluntário quaisquer regras. Em contrapartida, na ausência de um reduto mínimo de cooperação voluntária, não haveria como submeter os demais indivíduos que discordassem das normas sociais. Denota-se, portanto, uma conexão entre fatos naturais e o conteúdo de normas morais ou jurídicas.

O modo e as condições materiais de como se deu o desenvolvimento de um determinado ser humano ou comunidade de pessoas constitui *causa* de firmamento das normas jurídicas e morais. Essas condições naturais e sistemas de regras são unidas, portanto, pelo vínculo causal, e não por *razões*. Razões, diversamente, são a base formativa das normas, justificada a existência destas pelo parâmetro das finalidades ou dos propósitos conscientes daqueles a quem os vetores normativos se aplicam. Entendemos que as causas originam-se nas condições naturais, vinculam-se a um critério de subsistência para as comunidades humanas. As razões, por sua vez, são os motivos de ordem política e, portanto, acidentais (o que pode ser compreendido como arbitrário).

O facto de ser alimentado na infância de certo modo pode bem mostrar-se uma condição necessária ou mesmo uma *causa* do desenvolvimento de uma população ou da manutenção de um código moral ou jurídico, mas não é uma *razão* para que as pessoas o façam. Tais conexões causais não entram em conflito, claro, com as conexões que se baseiam em propósitos ou objectivos conscientes: podem na verdade ser consideradas mais importantes ou fundamentais que as últimas, uma vez que podem efectivamente explicar por que razão os seres humanos têm esses objectivos ou propósitos conscientes que o Direito Natural toma como seus pontos de partida. As explicações causais deste tipo não se baseiam em truísmos, nem são mediadas por objectivos ou propósitos conscientes.¹⁶⁷

Estas últimas conexões, que Hart entende como questões a serem estudadas pela sociologia e pela psicologia, distinguem-se, portanto, dos truísmos provenientes do conteúdo mínimo do direito natural.

¹⁶⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 209.

¹⁶⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 210.

3.5.5. A cooperação

Especificando o assunto, entendemos que as necessidades de bens tornam as relações de trabalho como aspecto do qual não se pode desviar o olhar ao se tratar do núcleo do sentido da convivência humana. Não se nega o fato de que as pessoas necessitam de abrigo, alimentação e condições mínimas de sobrevivência. São necessidades básicas que justificam a agregação cooperativa em sociedade para a maximização da fruição individual dos bens advindos da cooperação. Na medida em que as sociedades se desenvolvem, surgem novas necessidades que se posicionam na área de um círculo crescente cujo centro aloca as necessidades mais básicas. Paradoxalmente, o desenvolvimento social gera o crescimento do desequilíbrio intersubjetivo, o que exaspera a necessidade de tutela social das pessoas¹⁶⁸. Tanto as necessidades essenciais como as que circundam estas reivindicam bens escassos, os quais necessitam, para sua consecução, do trabalho humano, seja o mais rudimentar ou o mais sofisticado. Desse modo, é possível afirmar que não existe organização social sem divisão social do trabalho.¹⁶⁹ As regras que devem regular relações sociais de trabalho, por sua vez, devem conter a dinamicidade suficiente a gerar obrigações a serem observadas em torno da cooperação no labor. “A mesma inevitável divisão do trabalho e a necessidade perene de cooperação são também factores que tornam necessárias na vida social as outras formas de regras dinâmicas ou criadoras de obrigações¹⁷⁰”.

É certo, porém, que a cooperação em torno do trabalho no sentido de socialidade mínima não pressupõe a subordinação. Esta, pelo contrário, como afirma Aldacy Rachid Coutinho, mascara o sentido humano da relação de trabalho.¹⁷¹ Entendemos, inclusive, que a subordinação se substitui artificialmente à cooperação enquanto fato social suposto. Dessa forma, salienta-se a raiz das contradições em torno da regulação do trabalho: busca-se a proteção do hipossuficiente ao mesmo tempo em que se busca a tutela do detentor do capital¹⁷², considerado o antagonismo latente entre os pressupostos básicos de cada posição – interação social pela cooperação e interação

¹⁶⁸ CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. p. 47.

¹⁶⁹ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Autonomia Privada na Perspectiva do Novo Código Civil*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.); GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho*. p. 72 – 73.

¹⁷⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 213

¹⁷¹ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder Punitivo Trabalhista*. p. 22.

¹⁷² COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder Punitivo Trabalhista*. p. 15.

social pelo poder. A cooperação tende à valorização mútua dos participantes da relação harmônica, enquanto o poder é a mais pura manifestação do “amor a si mesmo, por consideração, recompensas emocionais e materiais em virtude do seu exercício.¹⁷³” Ainda que em antagonismo, o poder busca sua legitimação na própria colaboração¹⁷⁴ intersubjetiva. O resgate da cooperação como essência de decisão deve, portanto, regredir à pureza do conceito, atentando-se para a circunstância de que o poder social, enquanto fato posto, é fenômeno posterior, da mesma forma como o é a propriedade privada como a concebemos. Mais uma vez, insistimos que o conteúdo mínimo do direito natural diverge de teorias como as de Locke, Rousseau e Kant, que concebem a fundação da sociedade por um contrato social acordado por pessoas racionais e autônomas. A teoria da cooperação, pelo contrário, não pressupõe que a sociedade capitalista deva ser como de fato é, nem possui um ideal utópico acerca da racionalidade humana. Esses são os empecilhos ao limite até onde se pode revitalizar o sentido originário cooperativo, pois este não pode ser alcançado em sua inteireza em uma sociedade de desiguais. Nesse ponto, surge uma diferenciação entre o fundamento natural dos direitos humanos e o fundamento natural do que entendemos por cooperação advinda de um sentido teleológico. Os direitos humanos, de fato possuem caráter utópico, pois não é factível uma harmonia concreta entre valores como liberdade ilimitada (não poderia existir sequer uma norma), propriedade ilimitada (os recursos não são infinitos), solidariedade ilimitada, igualdade ilimitada... A cooperação, por sua vez, não é conceito tão pretensioso, pois o segmento das relações sociais que capta não é tão amplo, à maneira dos direitos fundamentais, muito embora aponte para a negação à exploração entre as pessoas, em um sentido idealizado, mas que se verificou e ainda se verifica nas comunidades mais rústicas.

3.5.6. A cooperação diante da responsabilidade ética

Na forma como as sociedades ocidentais se desenvolveram, a propriedade ganhou importância de tamanha monta que passou a definir as relações intersubjetivas em grau de hierarquia, o que conduziu a uma concepção instrumental do outro. Isso ocorre porque as pessoas tendem a buscar suas individualidades em uma sociedade

¹⁷³ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder Punitivo Trabalhista*. p. 13.

¹⁷⁴ “O campo do poder é um espaço relacional e, assim, de um lugar de conflito e de resistência que se busca mascarar sob o argumento de uma colaboração, estando determinado em face da sua posição e da estratégia” (COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder Punitivo Trabalhista*. p. 14).

complexa na qual se esvai a imagem da cooperação como sentido humano de convivência. O senso moral da sociedade não se aprofunda em buscar verdadeiramente uma igualdade que se estenda a todas as pessoas. O sentido de cooperação vem sendo veladamente delimitado em grupos sociais, alheios ao seu exterior. A noção de particularidade pelo imediatamente próximo é mais facilmente captada pelos sentidos. Por outro lado, aqueles que não são percebidos como sujeitos a nós vinculados de maneira direta são considerados como mais um componente do cenário que está ao nosso redor, não são tão próximos assim. A percepção de que o mendigo é tão humano quanto o sócio demanda uma visão ampla de humanidade, que transcenda os grupos sociais.

A fim de extremar essa visão, é viável atentar para a lógica das sociedades escravagistas, nas quais alguns são considerados como objetos e outros como seres humanos.

Huckleberry Finn¹⁷⁵, quando lhe perguntaram se a explosão da caldeira do barco a vapor tinha ferido alguém, respondeu: “Não senhora, matou um negro”. O comentário da Tia Sally¹⁷⁶ – “Bem, tiveram sorte, porque por vezes ficam feridas pessoas” – resume toda uma moral que tem prevalecido frequentemente entre os homens. Quando prevalece, como Huck descobriu à sua custa, o estender aos escravos a preocupação pelos outros, que é natural entre os membros do grupo dominante, pode bem considerar-se como um delito moral grave, o qual traz consigo todas as seqüelas de culpa moral. A Alemanha nazi e a África do Sul mostram casos paralelos desagradavelmente próximos de nós no tempo¹⁷⁷.

Mas, mesmo em se tratando de sociedades nas quais, ao menos oficialmente, o escravagismo está superado, as discriminações se fazem presentes, em especial aquelas que dizem respeito aos bandos alheios aos próprios de cada um. Se, por um lado, a cooperação essencial é virtuosa na relação entre os homens, por outro, pode ser, e geralmente é, adstrita aos pequenos grupos sociais. Hart, mencionando as supra aludidas experiências de degradação do sentido de humanidade, explica que “estes factos penosos da história humana são suficientes para mostrar que, embora uma sociedade, para ser viável, deva oferecer a alguns dos seus membros um sistema de

¹⁷⁵ “Personagem infantil muito conhecida, criada pelo escritor popular norte-americano Mark Twain (1835-1910); o seu nome abreviado é Huck, e surge em vários livros de aventuras. Essa personagem era o amigo de Tom Sawyer, outro herói infantil bem conhecido.”

¹⁷⁶ “Outra personagem da mesma série de livros de aventuras.”

¹⁷⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 216 – 217.

recíprocas abstenções não necessita, infelizmente, de oferecê-las a todos¹⁷⁸”. Nesse sentido, a classe dominante, em prol de um mercado divinizado e com dignidade que é considerada como condição de garantia da dignidade humana, impõe a lógica segundo a qual o mercado deve ser imutável, possibilitando-se a utilização do direito como instrumento de dominação sobre os oprimidos.

Incumbe salientar que a justificativa acerca do que há de mais essencial em um sistema jurídico são as necessidades naturais¹⁷⁹. A compreensão que temos dessas necessidades não se restringe ao mínimo existencial, mas assenta-se no próprio fundamento teleológico de concessão mútua de benefícios subjacente à interação humana através do trabalho. Centralizada essa idéia pressuposta de cooperação, evidencia-se o choque de seu abandono pela sociedade, na qual os interesses egoístas pulverizados almejam o aumento da exploração do trabalho humano com o conseqüente aviltamento das condições do trabalhador, que não detém o poder, mas, pelo contrário, subordina-se a ele. E poder entendido não apenas entendido como aquele exercido pelo tomador de serviços, mas, outrossim, o poder econômico que influi no direcionamento das ações do Estado e, portanto, da sociedade. Não por outra razão podemos afirmar que o Estado desconsidera a cooperação, em suas características mais básicas, nas relações de trabalho. Talvez a mais eloqüente ilustração desse panorama refira-se ao quantitativo salarial mínimo. A CF, no art. 7º, inc. IV¹⁸⁰, fixa a garantia de condições materiais mínimas do trabalhador e de sua família quanto a moradia, educação, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Porém, a ação conjunta do poder público afasta a incidência dessa norma, fazendo uso da justificação de que nesse preceito não estaria garantido o direito subjetivo ao empregado a ter atendidas as necessidades básicas fixadas no texto legal.¹⁸¹ Ante a negativa do Estado em afirmar o inarredável sentido teleológico do conteúdo mínimo do direito natural, reconhecido pelo direito posto, fere-se o sistema jurídico a partir de sua dimensão essencial.

A profunda desigualdade que se experimenta provém do mito de um conceito criado de liberdade como um dado da natureza. Mesmo naturalizado, o individualismo acirrado, do qual decorre o isolacionismo da subjetividade, é mascarado

¹⁷⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 217.

¹⁷⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. p. 215.

¹⁸⁰ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores ... IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”;

¹⁸¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 664.

pela ideologia de que a busca pelo bem comum vem a lhe subtrair parte da potencialidade, de modo que o individualismo absoluto não parece ser integral, mas, de fato, em sintonia ao campo social. Esta idéia apresentada sob o invólucro de bem comum, contudo, nada mais é do que um “bem geral¹⁸²” autoritário, mera ideologia liberal do poder. A valorização do homem estaria na sua submissão ao mercado e à lógica do capital. Como pano de fundo a esse esquema, a união humana aparece não em um sentido orgânico, mas sim por uma lógica utilitarista em que os homens estão agregados de maneira mecânica.¹⁸³ O verdadeiro bem comum, pelo contrário, tem sentido emancipador. Considera a humanidade em sentido real, o que demanda a polarização da sociedade em prol da vida humana a partir da intervenção no mercado, subtraído deste o sentido de sacralização, de imutabilidade, de fetiche¹⁸⁴.

Não há justificativa plausível, nem social, nem jurídica, nem natural, para o individualismo exacerbado que contamina o tecido social. A criação de uma esfera de cooperação entre os cidadãos não omite a preservação do espaço individual de cada um. Essa individualidade cura da garantia dos interesses particulares, porém de forma que não necessariamente será excessivamente egoísta¹⁸⁵. Para a lógica liberal, não há balanceamento de valores: “o todo existe para o indivíduo e não este para o todo¹⁸⁶.”

Atualmente, o legado do individualismo e suas projeções no corpo social produziram duas correntes em choque. De um lado, o hiperindividualismo exacerbado alimenta-se da busca frenética, incosequente e insaciável da auto-satisfação. O indivíduo busca sugar da sociedade o máximo que possa a servir seus desejos egocêntricos. De outro lado, os reflexos trágicos do individualismo desmesurado produzem a sua antítese, o extremado antiindividualismo, que busca anular o indivíduo na sua subsunção pelo coletivo. Esta última situação que pode, também, ser identificada como transpersonalismo, instrumentaliza o indivíduo em prol de realizações

¹⁸² HINKELAMMERT, Franz. *Pensamiento Crítico y Crítica de la Razón Mítica*. In: Revista Cubana de Filosofía. Edición Digital. n°18. Junio – Setiembre 2010. Disponível em: <<http://revista.filosofia.cu/articulo.php?id=100>>

¹⁸³ ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na Modernidade*: Ensaios. p. 16.

¹⁸⁴ HINKELAMMERT, Franz. *Pensamiento Crítico y Crítica de la Razón Mítica*. In: Revista Cubana de Filosofía. Edición Digital. n°18. Junio – Setiembre 2010. Disponível em: <<http://revista.filosofia.cu/articulo.php?id=100>>

¹⁸⁵ COUTINHO, Aldacy Rachid. Palestra proferida no Salão Nobre da Universidade Federal do Paraná em 14/09/2010.

¹⁸⁶ ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na Modernidade*: Ensaios. p. 16.

superiores¹⁸⁷, como o Estado ou a própria sociedade. Em ambos os casos, o que se obtém é a asfixia da individualidade.¹⁸⁸

Diante desse tormento, o equilíbrio personalista¹⁸⁹ firma-se como o meio termo entre o individualismo irresponsável e o transpersonalismo totalitário. Preza pela transcendência da pessoa em relação à sociedade, afirmando a individualidade de cada um. “La persona, a pesar de ser um fin em si mismo, no debe ser egoísta, ni prescindir de la comunidad, ni rehusarse a cooperar en el bienestar de los demás¹⁹⁰”.

Desta sorte, para contenção dos impulsos estritamente voltados à auto-satisfação humana, faz-se necessária a construção e preservação de uma responsabilidade ética¹⁹¹, que entendemos dever ser calcada da cooperação. O cuidado para com o próximo decorre da outorga de deveres¹⁹² a cada um, em especial àqueles que detêm poder nas relações sociais, ressaltada a particularidade das relações de trabalho, haja vista que as abstenções necessárias à convivência equilibrada não são tendencialmente efetivadas de maneira espontânea na filosofia do capitalismo. Os deveres fundamentais, principalmente o dever de solidariedade, implicam a responsabilidade no exercício da liberdade individual,¹⁹³ devendo ser esta antes conformada¹⁹⁴ a um padrão ético do que limitada. A sanção em si considerada desponta, portanto, não como a razão para a obediência, mas como garantia de obediência.

Com base no que foi sustentado, chega-se ao sentido de cooperação como critério, de certa forma pragmático, justificante de atenuação dos desequilíbrios sociais em vista de um padrão ideal de equilíbrio. É o sentido teleológico natural que justifica, inclusive, o princípio do não-retrocesso social. Mais do que decorrente do sentimento popular ou de uma política que vise à legitimação do poder pela atenuação das fricções

¹⁸⁷ ALARCÓN, Reynaldo Bustamante. *Respuestas al Individualismo Exacerbado y al Pensamiento Postmoderno, a Propósito de los Derechos Humanos*. In: *Derecho PUCP*: Revista de la Facultad de Derecho. p. 40.

¹⁸⁸ ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na Modernidade*: Ensaios. p. 22.

¹⁸⁹ ALARCÓN, Reynaldo Bustamante. *Respuestas al Individualismo Exacerbado y al Pensamiento Postmoderno, a Propósito de los Derechos Humanos*. In: *Derecho PUCP*: Revista de la Facultad de Derecho. p. 42.

¹⁹⁰ ALARCÓN, Reynaldo Bustamante. *Respuestas al Individualismo Exacerbado y al Pensamiento Postmoderno, a Propósito de los Derechos Humanos*. In: *Derecho PUCP*: Revista de la Facultad de Derecho. p. 43.

¹⁹¹ COUTINHO, Aldacy Rachid. Palestra proferida no Salão Nobre da Universidade Federal do Paraná em 14/09/2010.

¹⁹² COUTINHO, Aldacy Rachid. Palestra proferida no Salão Nobre da Universidade Federal do Paraná em 14/09/2010.

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 227.

¹⁹⁴ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho*. p. 150.

sociais, o sentido do não-retrocesso funda-se no efeito polarizador que a horizontalidade exerce sobre toda a hierarquia.

3.6. Concreção principiológica I – os precedentes

A mais consistente objeção que pode ser prevista à proposta pela aplicação do princípio constitucional da tutela estriba-se na conjuntura do Direito do Trabalho, predominantemente estruturado em regras. Ao ensejo, menciona-se o caráter interpretativo que assumem, em sua maior parte, os princípios trabalhistas. As decisões prolatadas pelos juízes do trabalho, quando mencionam a aplicação do princípio protetor ou do princípio da primazia da realidade, utilizam-nos como base de sustentação ou como adequação de incidência das regras propriamente ditas, e não negamos este fato. Partindo dessa perspectiva, um princípio protetivo resultante da fusão de um conjunto de normas constitucionais de alto grau de abstração assemelha-se a um devaneio. É uma racionalidade, no entanto, em que se perde a visão do bosque. “Vemos apenas as árvores e estamos ofuscados pela sua grandiosidade¹⁹⁵”.

Uma análise que desça às profundezas das decisões judiciais, entretentes, evidenciará que a atividade judicial não deve atuar e, de fato, não atua dessa maneira simplista. Voltando às teorias principiológicas, vimos que, antes de tudo, almeja-se explicar as decisões judiciais do modo como elas são e como devem ser. As propostas servem-se a aperfeiçoar o que já é visto na realidade. Na verdade, a originalidade das teorias que explicam os princípios está em delimitar os padrões, a partir de sua maneira de ver particular, por meio dos quais age o Poder Judiciário, seja a partir do conteúdo, seja a partir do procedimento ou até mesmo de uma percepção que negue, de qualquer forma, a racionalidade de parâmetros decisórios.

As decisões tomadas pelo poder, tanto em se tratando de escolhas judiciais, administrativas ou legislativas, invariavelmente giram em torno da ordem legal, o que ocorre em intensidade variável dependendo da esfera de atuação estatal de que se trate. Mesmo as decisões políticas, quando legítimas, devem sempre encontrar fundamentação na Constituição, o que sempre pressupõe a interação dos princípios jurídicos,¹⁹⁶

¹⁹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da Função à Estrutura*. Disponível em <<http://www.baptistadasilva.com.br/>> Acessado em 23/09/2010.

¹⁹⁶ Nesse ponto, deve ser registrada uma específica distanciação para com Dworkin. Segundo o jurista, a decisão jurisdicional sempre será guiada por princípios. A decisão do poder legislativo, por sua vez, será

havendo ou não regras em jogo, porquanto os princípios constitucionais instruem o sistema jurídico em sua integralidade.¹⁹⁷ Essa é uma imposição da lógica jurídica acerca do papel fundante da Constituição. A Magna Carta, salientando-se como estatuto jurídico do político¹⁹⁸, avoca o compromisso tanto de legitimidade como de legitimação. A legitimidade se assenta na idéia de vinculação a valores fundamentais. Por outro lado, a legitimação é a justificação e a limitação do poder. “A consequência prática mais importante desta função legitimatória é basicamente esta: no *estado constitucional* não existe qualquer ‘poder’ que, pelo menos, não seja ‘constituído’ pela constituição e por ela juridicamente vinculado¹⁹⁹”.

Dessa forma, seja na política legislativa, seja na decisão judicial, ou seja em um programa adotado pela administração pública em que se discutam as relações de trabalho, sempre haverá um preceito deontológico subjacente no sentido de proteger o trabalhador, tal como plasmado pela Constituição. Em sentido contrário, diversamente, será percebido o princípio de proteção da propriedade privada, e, entre este e o princípio da tutela do trabalhador, o princípio da preservação da empresa, sem prejuízo de outros que podem se fazer presentes de acordo com as circunstâncias. Os princípios colidentes estão sempre presentes, pois, como já mencionado, apenas a nível abstrato encontram completude. Por essa razão, explica-se a tensão no Direito do Trabalho, tido tradicionalmente como protetivo do trabalhador. O Direito do Trabalho faticamente protege o trabalhador. Mas também tutela o empregador²⁰⁰.

A decisão legítima nunca será puramente política diante da centralidade da Constituição. Pode-se criticar a adequabilidade ética da decisão, mas, até onde não venha a haver inconstitucionalidade, a deliberação estatal será fruto de um processo de sopesamento, mesmo que a ponderação resulte no respeito a um rincão reduzido de proteção da condição do trabalhador. No fundamento da decisão (se legítima), sempre haverá a atuação do princípio constitucional da tutela.

Atendo-nos à especificidade do Judiciário, colhemos a ilação de que, em suma, o fato de, via de regra, os tribunais trabalhistas não mencionarem expressamente a aplicação direta dos princípios juslaborais, enquanto fonte autonomamente normativa,

dirigida por princípios *ou* políticas. Entendemos como inadequada esta separação, pois, dessa forma, a decisão tomada com base em políticas não preservaria um vínculo para com a Constituição.

¹⁹⁷ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho*. p. 76.

¹⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1439.

¹⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1440. Destaque no original.

²⁰⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. p. 370 – 373.

não quer dizer que não procedam dessa forma. E é justamente isso que ocorre, e de maneira que se encaixa completamente à nossa teoria do princípio constitucional da tutela. Precipuamente, aplica-se diretamente o princípio protetivo nos precedentes judiciais. Sua importância é notória em se tratando de Direito do Trabalho, podendo-se até mencionar como sub-ramo um “direito sumular do trabalho”.

A criação e aplicação dos precedentes não podem ser compreendidas no sentido arcaico de preenchimento de lacunas da lei. A adoção dessa teoria formalista conduz à legitimidade da decisão judicial por estar de acordo com regras precárias e sem base de vinculação ao princípio democrático. Na verdade, toda decisão judicial terá como fundamento normas de conteúdo e não apenas forma jurídica, entendendo-se ou não a decisão tomada como política.

Tomemos como exemplo, a Súmula 110²⁰¹ e a OJ 355²⁰² do TST. Essas orientações indicam a necessidade de se agregar ao repouso semanal remunerado de 24 horas o intervalo mínimo de repouso de 11 horas, de modo que o lapso entre as jornadas semanais compreenda, no mínimo, 35 horas. Não existe regra produzida pelo Legislativo que estabeleça esse imperativo. Contudo, a omissão legal, se tomado o conjunto normativo de modo restritivo, conduzirá à possibilidade de supressão, em grande intensidade, da possibilidade de o empregado dispor de medida de tempo adequada para o lazer e para recarregar suas energias. Mas, pelas diretrizes de precedentes a que fizemos menção, aplica-se norma que não provém de aplicação mecânica de qualquer regra que seja. Não haveria sentido algum em mencionar o suprimento de lacunas com recurso à analogia, primeiramente, em virtude de uma razão imediata e evidente: não havia lacuna antes da edição dos precedentes. Poder-se-ia alegar que o intervalo mínimo de 11 horas estaria logicamente observado ante o interregno do repouso semanal. Dada a função do intervalo interjornada, esta estaria, ainda, sendo cumprida em maior intensidade no dia de descanso. O que efetivamente fundamenta a decisão tomada é uma carga principiológica, a qual não advém da

²⁰¹ “SUM-110 JORNADA DE TRABALHO. INTERVALO. No regime de revezamento, as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de 24 horas, com prejuízo do intervalo mínimo de 11 horas consecutivas para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional”.

²⁰² “OJ-SDI1-355 INTERVALO INTERJORNADAS. INOBSERVÂNCIA. HORAS EXTRAS. PERÍODO PAGO COMO SOBREJORNADA. ART. 66 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT. O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional”.

bondade dos juristas, nem tampouco podemos falar de expressiva pressão política da classe trabalhadora exercendo pressão direta sobre o Judiciário para adotar a diretiva de julgamento mencionada.

O verdadeiro fundamento da jurisprudência enquanto instituidora de normas concretas se refere à legitimação do Poder Judiciário frente às suas funções constitucionais. As diretrizes centrais pelas quais o Poder Judiciário editou a Súmula e a OJ em questão são o valor social do trabalho, o solidarismo constitucional, a redução das desigualdades, a eleição da valorização do trabalho como fundamento da ordem econômica, assim como todos os demais preceitos que lastreiam o princípio constitucional da tutela, o que é colocado na balança juntamente com os princípios que tutelam o empregador. O princípio protetor, portanto, é observado na sistematização dessas diretivas inseridas no conjunto dos precedentes trabalhistas.

O precedente judicial, por si só, é critério vazio, destituído de conteúdo jurídico. Apenas uma visão de conjunto propiciará a visualização dos direitos tutelados através da jurisprudência sumulada. Seguindo essa linha de raciocínio, chegamos à conclusão de que os princípios jurídicos são as normas que, verdadeiramente, sustentam e operacionalizam os precedentes.²⁰³ Os precedentes, desta feita, despontam como parâmetros de concretização principiológica. Pouco importa o fato de que por vezes a aplicação dos princípios seja ocultada pelo argumento de que os precedentes são fruto de uma aplicação técnica, fundada nas regras. Como destacou Holmes,

a vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas do tempo, as teorias morais e políticas prevalentes, as intuições de política pública, *declaradas ou inconscientes*, até mesmo os pré-juízos que os juizes compartilham com os seus companheiros, tiveram um bom negócio para fazer mais do que o silogismo na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados.²⁰⁴

Na verdade, a criação do precedente, de fato, pode decorrer de uma prática observada reiteradamente na prática institucional judiciária. Caso contrário, sua formação decorrerá da decisão política mais concentrada de uma corte superior. De

²⁰³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 179.

²⁰⁴ Livre tradução de “The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, *avowed or unconscious*, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed” (HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. p. 1. Destaques acrescentados).

qualquer forma, essa explicação é correta, mas incompleta. A criação do precedente pode brotar da política, mas sem um parâmetro jurídico, não poderá (ao menos de maneira legítima) prosperar. Em específico, esse parâmetro jurídico será aquele que confere ao titular do direito reconhecido uma posição jurídica, sempre justificada por normas principiológicas garantidoras de direitos.

O recurso abstrato à analogia ou ao costume constitui apenas um conjunto de técnicas que, por vezes, auxiliarão a formação jurisprudencial. Ante sua função meramente acessória, *de utilização eventual*, não podem ser entendidos como o fundamento da decisão. *Em uma ótica arcaica, a função meramente sistêmica da analogia visa apenas a buscar a inteireza do ordenamento jurídico, e não a garantir uma posição jurídica, razão pela qual ditos critérios não encontram fundamento substancial na ordem legal.* Deve-se sempre ter em mente o fato de que a tarefa por excelência do Judiciário é a de promover a tutela dos direitos²⁰⁵, e não tapar buracos. Ademais, a falácia da visão institucional da analogia é desmascarada facilmente nos casos em que não há sequer a possibilidade de se aventar a utilização dessa técnica para o auxílio na formação de um precedente. Exemplo claro dessa asserção é a indenização pela supressão das horas extras, estipulada pela Súmula 291²⁰⁶ do TST. Toda a estrutura das regras e suas normas de interpretação apontam na direção lógica da elipse do pagamento pelas horas extras a partir do momento em que não são mais laboradas. No entanto, uma supressão ríspida a esse ponto não é consentânea com o sentido de cooperação na relação de trabalho, razão pela qual o princípio da tutela aplicado resulta na concessão da indenização.

Diante do que foi enunciado, chega-se a mais uma conhecida conclusão da concepção pós-positivista. O plexo normativo, se concebida sua natureza mista, por comportar normas que ostentam tanto a vestimenta de regras como de princípios, não será fechado em si mesmo, pois o tecido principiológico é flexível. Ordenamento aberto, porém completável por dentro, pois é justamente a maleabilidade dos princípios que permite contornar qualquer espécie de situação que poderia ser considerada como lacunosa, diferentemente do esquema fechado, o qual busca a completude em uma

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume I: teoria geral do processo*. p. 89 – 139.

²⁰⁶ “SUM-291 HORAS EXTRAS A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 (doze) meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão”.

lógica abstrata e descomprometida com a guarida dos direitos. A versatilidade principiológica, nesse ponto, alcança nível elevado, de modo que tanto princípios explícitos na lei como princípios implícitos embasam as decisões judiciais, destacada a sistematização destas por meio dos precedentes.

Pela análise da dinâmica precedentalista, conclui-se que o juiz não toma uma decisão de maneira isolada.²⁰⁷ Antes, os critérios que informam o julgamento integram-se em um todo de modo que a segurança jurídica não se faz presente apenas na lei. Precipuamente, a segurança jurídica está na expectativa de igual manejo dos princípios que formam o precedente. Ante esta constatação, parece clara a resposta à problemática relativa à concretização dos direitos sociais por parte do Judiciário.

Luiz Guilherme Marinoni, autor da melhor obra da doutrina pátria sobre os precedentes afirma que

Os sujeitos a qualquer tipo de poder, ainda que privado, possuem o direito de crer na racionalidade e na estabilidade dos órgãos decisores e nas suas decisões. Têm, em outras palavras, legítima expectativa de que os julgamentos que os podem atingir não variarão sem justificativa plausível e que, assim, podem dirigir as suas atividades de acordo com as diretrizes já fixadas²⁰⁸.

Por conseguinte, o aludido jurista defende o respeito aos precedentes como imperativo pela racionalidade e responsabilidade do julgador, do que resulta uma perspectiva de objetividade para o jurisdicionado. O respeito aos precedentes, em uma ótica de equalização da interpretação normativa, contribui para “a aceitabilidade das decisões e para a afirmação do poder estatal²⁰⁹”.

Dessas constatações, inferimos que as características da previsibilidade e da sistematização das decisões tornam a lógica precedentalista, destarte, como o segundo modo, para além da lei, pelo qual os direitos sociais objetivados são subjetivados, o que justifica a ilação pela efetividade do princípio constitucional da tutela do trabalhador. A consciência para com o real poder depositado nas mãos do Judiciário indubitavelmente possui inestimável serventia na superação dos pontos falhos do Legislativo.

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. p. 64 – 65.

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. p. 108.

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. p. 185.

3.6.1. Precedentes no Direito do Trabalho

Entende-se que os precedentes são critérios substanciais de decisão que irão prevalecer ou não em face de critérios contrários. Essa estrutura básica não é muito controvertida na doutrina. A concepção acerca da raiz do precedente, contudo, trará consequências práticas consideravelmente distintas, em especial no que se refere ao valor segurança jurídica. Sobre os precedentes, destacam-se as leituras de Alexy e de Dworkin.

Alexy define que o fator que ensejará a superação do precedente por um critério contrário será o peso conferido a cada um no caso concreto, o que advém da argumentação²¹⁰. Portanto, o que poderá afastar o precedente é algo *construído*, lembrando sempre do aspecto axiológico que caracteriza os princípios nessa perspectiva. Dworkin, por outro lado, entende que o que poderá derrubar o precedente não são as razões argumentativas que embasam a posição contrária, mas sim os princípios (mandamentos deontológicos) contrários.²¹¹ Portanto, o que poderá afastar o precedente é algo *inferido do sistema jurídico*. Como consequência, na grande maioria das vezes, o precedente prevalecerá, sucumbindo tão somente quando os princípios contrários tiverem maior peso, o que se dará em circunstâncias excepcionais.

Ao que parece, as doutrinas procedimentalistas provêm as melhores explicações para a criação dos precedentes internamente às cortes superiores. O aspecto político do Judiciário é exposto na sua estruturação vertical, de modo que se evidencia a função paradigmática²¹² dos tribunais superiores, através da qual são fundadas soluções formadoras de padrões específicos para situações portadoras de algum traço em comum. Formado o precedente (em força vinculativa que tende a variar de acordo com sua estirpe), este há de ser seguido pelos órgãos judicantes dirigidos, precipuamente, a decidir os casos concretos²¹³. Daí se demonstra a importância das cortes superiores em extrair e operacionalizar a aplicação direcionada dos valores e fins constitucionais.

²¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 554 – 559.

²¹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 179 – 180.

²¹² HARO, Ricardo. *El Rol Paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales en El Ejercicio del Control Jurisdiccional de Constitucionalidad*. In: CUNHA, Sérgio Sérulo (coord.); GRAU, Eros Roberto (coord.). *Estudos de Direito Constitucional*: Em homenagem a José Afonso da Silva. p. 494.

²¹³ A respeito, afirma Mancuso que “A nosso ver, uma vez chegada a causa ao STF ou ao STJ – tratando-se de Tribunais da Federação, encarregados da *ultima ratio* sobre a matéria constitucional ou legal, respectivamente -, se esvanece o espaço para zonas cinzentas ou dubiedades, devendo antes seus acórdãos, sobretudo quando coalizados na jurisprudência dominantes ou assentados em súmula, sinalizarem para todos os jurisdicionados qual é a interpretação correta do texto, implicando o

No entanto, Dworkin é quem fornece substrato mais valioso para a compreensão da atuação judicial trabalhista brasileira. O substancialismo é percebido, em primeiro lugar, nas situações em que o processo de formação jurisprudencial é mais difuso, como é o caso do progressivo reconhecimento da permeabilidade do Direito do Trabalho pela emergência do princípio da boa-fé objetiva. Em segundo lugar, a corrente substancialista se faz presente no trato generalizado para com os casos concretos por toda a jurisdição trabalhista, a qual se vincula fortemente aos precedentes, em um nível superior ao da argumentação. Explica-se o modo pelo qual os juízes recepcionam os precedentes procedimentalmente constituídos. Via de regra, logo ao se deduzir uma demanda trabalhista, há uma certa previsibilidade de qual e como será a tutela concedida no que toca à aplicação jurisprudencial, caso venham a ser considerados provados os fatos que subjazem à pretensão do autor. Tanto para casos em que os precedentes possuem maior vigor vinculativo (Súmula vinculante), como para as situações nas quais o direcionamento da decisão é atrelado a uma ordem de precedentes de força menor, os juízes dificilmente desconsiderarão a força gravitacional dos precedentes.²¹⁴ Este trato equânime para casos iguais, inclusive, é o que possibilita um maior avanço na concretização dos direitos constitucionais objetivados, pois as expectativas são racionalizadas, o que, por um lado, estabiliza as perspectivas pessoais e, por outro, racionaliza a lógica do próprio mercado.²¹⁵

3.6.2. A legitimidade dos precedentes

Os precedentes muitas vezes são constituídos com o claro intuito de tutelar o empregador, como ilustrativamente ocorre com o desatrelamento em relação ao contrato de emprego das condições de trabalho garantidas pelas sentenças normativas e pelas convenções e acordos coletivos de trabalho após a perda de sua vigência, segundo a Súmula 277²¹⁶ do TST. Pode haver discussão quanto a sua pertinência, mas é Súmula legítima.

afastamento das demais exegeses, porventura praticadas nas instâncias precedentes” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. p. 451).

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 176.

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. p. 179 - 180.

²¹⁶ “SUM-277 SENTENÇA NORMATIVA. CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVOS. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO I - As condições de trabalho

Situação distinta é aquela em que a garantia do capital ocorre por meio da criação de nocividade para o trabalhador. Veja-se, ilustrativamente, a Súmula 349²¹⁷ do TST, a qual dispensa inspeção prévia da autoridade competente, no que tange às atividades insalubres, para haver compensação de jornada garantida por convenção ou acordo coletivo de trabalho. Essa decisão vem na contramão das garantias mínimas do bem-estar do trabalhador, razão pela qual se pode dizer que desconsidera o princípio constitucional da tutela.

Algumas vezes a utilização dos precedentes, para além de não garantir direitos sociais, revela-se como destoante para com a responsabilidade ética no que toca à guarda dos direitos do trabalhador. Isso não invalida a exposição da base constitucional de legitimidade dos precedentes, pois essa teoria não se presta a legitimar todas as decisões da engrenagem precedentalista. Antes, divisa-se uma separação entre os precedentes legítimos e os ilegítimos.

3.7. Concreção principiológica II – aplicação singular dos direitos sociais

Exposta a ampla aplicação precedentalista do princípio constitucional da tutela do trabalhador, da tutela do capital e da preservação da empresa, chegamos a uma conclusão em duas perspectivas. Em primeiro lugar, o Poder Judiciário, compreendido seu papel e seu potencial, há de ser mais incisivo na criação da jurisprudência, prática que pode ser salutar se observados os critérios constitucionais de decisão. Em segundo lugar, uma vez que o Judiciário aplica os princípios sociais em nível geral, não há motivo para que simplesmente desconsidere no caso concreto as normas de direitos sociais em não havendo regras ou precedentes versando sobre a matéria. Muito embora existam razões, mormente vinculadas à segurança jurídica, para que não haja uma ampla aplicabilidade dos direitos sociais objetivados, tal como possível a nível jurisprudencial, possibilita-se a aplicação desses direitos ao menos em determinado nível, aferível diante da situação de que se cura. Sempre haverá a emanção de efeitos jurídicos a partir das

alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho (...)"

²¹⁷ “SUM-349 ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO EM ATIVIDADE INSALUBRE, CELEBRADO POR ACORDO COLETIVO. VALIDADE A validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT)”.

normas principiológicas, mesmo que em um patamar mínimo.²¹⁸ Milita, nesse sentido, o postulado da otimização eficaz dos direitos fundamentais e a aplicabilidade imediata destes conforme estabelecido pela Constituição no art. 5º, §1º.²¹⁹ A própria normatividade da Constituição é, por si só, suficiente para condicionar a força da aplicabilidade de todas as suas normas. No entanto, a aludida regra referente aos preceitos dotados de fundamentalidade funciona como um *plus*²²⁰ para a aplicabilidade imediata.

Tratando da subjetivação dos direitos sociais, Ingo Sarlet retoma a técnica da ponderação para garantir sua eficácia, de forma que a composição dos interesses contrapostos será estribada sobre a proibição do excesso e a proibição da insuficiência²²¹. Primeiramente, busca-se a garantia de um mínimo existencial com base no direito à vida digna. Por se tratar de atendimento a necessidades extremadas, ou mesmo evidentes, o reconhecimento da concessão de uma posição jurídica concreta aos indivíduos a partir de normas de direitos fundamentais de baixa densidade normativa não encontra obstáculos no seu reconhecimento. Contudo, Sarlet vai mais adiante, defendendo a concretização judicial dos direitos sociais para além do mínimo existencial se o cenário do caso concreto conferir essa possibilidade. O diferencial desse estágio mais avançado é de que a força que caracterizava a priorização do atendimento ao direito social não mais se fará presente, ou será menos intensa.

²¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 281.

²¹⁹ “Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 271.

²²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 348 - 358.

Parte II

A INDENIZAÇÃO
COMPENSATÓRIA

1. NOÇÕES PREAMBULARES

A questão da moral do trabalhador situa-se num campo consideravelmente difuso, haja vista as mutações do código de ética da sociedade contraposto ao caráter existencial do trabalho, necessário não apenas à manutenção do indivíduo, mas da sociedade como um todo. O momento da extremidade final do contrato de trabalho, decorrente da imposição da vontade daquele que se situa no plano superior da subordinação jurídica, dissolve e mascara o dano moral sofrido pelo empregado, afinal de contas, este é tido apenas como mais um contratante no universo consumerista massificado. A presente proposta coloca-se em adotar uma perspectiva que promova o cotejo entre a ideologia social contemporânea acerca do trabalho, o contrato que serve de estrutura jurídica à relação de emprego e a visão do Poder Público concernente a o que vem a ser e quando ocorre o dano moral, analisando-se, através desse prisma conjuntural, as normas constitucionais.

2. OS DANOS DECORRENTES DA DEMISSÃO

2.1. A moral do trabalho

A origem da palavra trabalho remete a dor, sofrimento²²². Esclarece Alice Monteiro de Barros, de maneira mais específica, que a gênese etimológica do termo remonta ao termo *tripaliare* – martirizar com um instrumento de tortura, o *tripalium*²²³. Nas suas origens, inclusive, o trabalho, realizado por sujeitos desprovidos de liberdade, era tido como atividade degradante. Nessa conjuntura, o labor recebia, de maneira aberta, tratamento de mercadoria²²⁴.

Os valores da sociedade brasileira contemporânea apontam, outrossim, para uma ótica negativa quanto ao trabalho. Vilipendia-se, mormente, a dignidade da atividade exercida pelos trabalhadores mais humildes, o que se traduz, indubitavelmente, numa diferenciação de tratamento em relação a cada espécie de labor, em clara desatenção ao que apregoa a Constituição da República²²⁵. Exemplo adequado a respeito desse panorama comprova-se na recente manifestação despicienda do jornalista Boris Casoy, no dia 31/12/2009, imediatamente após as felicitações de ano novo realizadas por dois garis: “*Que m****... dois lixeiros desejando felicidades... do alto de suas vassouras... dois lixeiros... o mais baixo da escala do trabalho...*”²²⁶.

Muito embora as sociedades industriais modernas (tomadas de modo geral, inclusos os diversos ideários que as permeiam) hajam conferido honra ao valor trabalho, hodiernamente esta onda gira em movimento reverso, destruindo-se a aura de humanidade afeta ao labor²²⁷. Segundo Lipovetsky:

Se ha producido un cambio considerable que ha trastocado esta configuración bipolar del trabajo, simultáneamente moralista y

²²² PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs. *Limite à Recomposição Patrimonial do Trabalhador*. In: Coutinho, Aldacy Rachid (coord.); DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.); GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Transformações do Direito do Trabalho*. p. 323.

²²³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do trabalho*. p. 53.

²²⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do trabalho*. p. 53.

²²⁵ Art.7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais...: inc. XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

²²⁶ Essa expressão foi proferida em tom sarcástico durante a vinheta do Jornal da Band, antes dos comerciais, ocasião em que o microfone estava ligado, ao contrário do que esperava o jornalista. PORTAL IMPRENSA. *Sindicato repudia comentário do jornalista Boris Casoy sobre garis*. Disponível em: <http://portalimprensa.uol.com.br/portal/ultimas_noticias/2010/01/05/imprensa32966.shtml>.

²²⁷ LIPOVETSKY, Gilles. *El Crepúsculo Del Deber: La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*. p. 173.

materialista, rigorista y científicista, idealista y racionalizadora. El desarrollo de los valores individualistas-hedonistas-consumistas por un lado, los nuevos paradigmas de la dirección empresarial por el otro, han sido las puntas de lanza del advenimiento de una nueva “significación imaginaria” del trabajo, de una cultura posmoralista y postecnocrática del trabajo²²⁸.

Desta feita, a ideologia moralista do trabalho teve subtraído seu vigor. Ultrapassada a fase existencial em que o trabalho era visto a partir da nobre perspectiva de instrumento necessário à sobrevivência humana, o seu papel, na ordem globalizada, decaiu para dever direcionado à coletividade, dever este assinalado como pequena tarefa microscópica²²⁹. Em concomitância com a despersonalização do trabalhador, ofuscada sua natureza de sujeito, a este o potencial profissional é diminuído, em especial nas tarefas em que sua preparação não provém de aprendizado, mas sim do rápido adestramento alienante²³⁰. Não mais se confere crédito ao cidadão trabalhador, mas sim ao ócio, ao bem-estar numa maximização do individualismo fruto de um pós-modernismo niilista.

(...) las aspiraciones colectivas se han orientado masivamente hacia los bienes materiales, las vacaciones, la reducción del tiempo de trabajo. La *boutade* de Tristan Bernard “el hombre no está hecho para el trabajo, la prueba es que éste le fatiga” se ha convertido, en cierto sentido, en un credo de masas de la era posmoralista. Al imperativo de progreso y de solidaridad por el trabajo, ha sucedido el culto individualista del presente, la legitimidad de la búsqueda de la felicidad y de la libertad, de una *fun morality*.²³¹

Concebemos que a desvalorização do trabalho humano, sem dúvida, é contraditória ao seu caráter de imprescindibilidade absoluta à manutenção do homem. “El trabajo (...) es una actividad específica de la especie humana, inherente (e inseparable) de toda vida social humana²³²”. É através do trabalho, assevera Freud, que ocorre, com a máxima intensidade, a integração do homem à realidade, haja vista a satisfação decorrente da transferência, para as atividades desenvolvidas (intersubjetivas)

²²⁸ LIPOVETSKY, Gilles. *El Crepúsculo Del Deber*: La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos. p. 174.

²²⁹ LIPOVETSKY, Gilles. *El Crepúsculo Del Deber*: La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos. p. 174.

²³⁰ FRIEDMANN, Georges; NAVILLE, Pierre. *Tratado de Sociología del Trabajo*. p.17.

²³¹ LIPOVETSKY, Gilles. *El Crepúsculo Del Deber*: La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos. p. 174.

²³² FRIEDMANN, Georges; NAVILLE, Pierre. *Tratado de Sociología del Trabajo*. p. 19.

de parcela dos componentes narcisistas, agressivos e eróticos presentes na libido²³³. Define Aldacy Rachid Coutinho o trabalho como o modo pelo qual o indivíduo alcança a sua auto-realização através da transformação da realidade. O trabalhador, ao construir algo, “constrói a si mesmo como indivíduo e totalidade social da qual é partícipe²³⁴”.

Por meio do trabalho, o sujeito satisfaz suas necessidades básicas e de sua família, mesmo que isso ocorra de maneira limitada diante da maior parte das relações baseadas na subordinação. Por essa peculiar razão, a autonomia limitada produzida pelo trabalho subordinado é vinculada ao sentimento de virtude interna, independentemente do acompanhamento de uma perspectiva externa que venha ou não a qualificar o trabalho de alguém como honrado. Não é aconselhável afirmar que a dignificação do trabalho consista apenas em estratégia capitalista para ludibriar os explorados (ainda que muitas vezes isso ocorra), eis que impossível se cogitar uma estrutura social, qualquer que seja, que independa do trabalho humano²³⁵. Dada sua característica inegavelmente essencial, a dignidade inerente ao labor salienta-se como afeta à esfera existencial do indivíduo, razão pela qual se encontra no trabalho valor correlato à personalidade humana²³⁶.

Ainda que subtraída boa parte da honra inerente ao labor, aquela persiste em se fazer presente²³⁷. O trabalho, enquanto valor, e a sua vigorosa vinculação à esfera da moralidade humana, é conjuntura que não pode (e não deve) perder-se de vista, em especial em tempos de flexibilização de direitos. Por essa razão, necessário se faz o

²³³ WANDELLI, Leonardo Vieira. *O Direito do Trabalho como Direito Humano e Direito Fundamental: Elementos para sua fundamentação e concretização*. p. 1.

²³⁴ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Autonomia Privada na Perspectiva do Novo Código Civil*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.); GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho*. p. 73.

²³⁵ Rosemarie Pimpão, a respeito, assinala que o trabalho “representa a exaltação à vida, a utilidade necessária para manter toda a engrenagem de uma sociedade em harmonia” (PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs. *Limite à Recomposição Patrimonial do Trabalhador*. In: Coutinho, Aldacy Rachid (coord.); DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.); GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Transformações do Direito do Trabalho*. p.323).

²³⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial*, tomo XLVII. p.80.

²³⁷ Exemplificativamente, tomemos o seguinte julgado: “ASSÉDIO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. É devida a indenização postulada quando as provas dos autos evidenciam que os atos do empregador caracterizam o assédio moral, consistente em impingir na vítima a perda gradativa e simultânea da sua autoconfiança e do interesse pelo trabalho. *Exemplo clássico de assédio moral é o procedimento do empregador em deixar o empregado isolado numa sala e sem trabalho, ou modificar sua atividades profissionais, determinando a realização de tarefas mais singelas, aquém de sua capacidade, ou como na hipótese dos autos deixá-lo na "geladeira", sem nenhuma atribuição, por menor que fosse, com o intuito deliberado de constrangê-lo ou quiçá forçá-lo a pedir demissão.* (TRT 12ª R.; RO 02532-2007-029-12-00-2; Primeira Turma; Rel. Juiz José Ernesto Manzi; Julg. 23/04/2009; DOESC 07/05/2009)” (destaques acrescidos).

resgate da valorização das construções históricas e culturais²³⁸ da dignidade correlata ao trabalho.

2.2. Os danos

Quando da rescisão do contrato de trabalho em virtude do exercício do direito potestativo por parte do empregador, não resta dúvida acerca da ocorrência de dano em relação ao empregado. Pode-se afirmar, tal como enunciado pela teoria da responsabilidade civil, a verificação de duas dimensões de lesão: patrimonial (material) e extrapatrimonial (moral).

2.2.1. Dano material

Via de regra, a subordinação jurídica, elemento necessário à constituição da relação de emprego, encontra-se imbricada a uma dependência econômica, eis que raras são as situações em que o empregado integra, concomitantemente, mais de uma relação empregatícia. Através do trabalho, garante (ou anela garantir) a sua subsistência e a de sua família por intermédio da venda de seu tempo de vida, entregue diariamente através do preço ajustado. O prejuízo material coloca-se na medida em que a interrupção da relação de trabalho, da qual se sobreleva a característica de a mesma ser constituída de obrigações que sucessivamente se prolongam no tempo, ocorre de maneira repentina, expulsando o sujeito trabalhador do circuito econômico que outrora integrara. Desde o momento em que o indivíduo é contratado para a prestação de determinado serviço em uma relação de emprego, considerada a modalidade padrão de contratação (contrato de trabalho por tempo indeterminado), há uma expectativa de prolongamento da relação ao longo do tempo, com o que adquire o trabalhador uma certa estabilidade econômica, tendo em vista suas necessidades na sociedade capitalista. Não por outra razão, a continuidade é um dos elementos fático-jurídicos constitutivos do vínculo de emprego. Rompido o pacto pela vontade unilateral do empregador, quebra-se a base de sustentação econômica do empregado, pois ao mesmo não é conferida garantia efetiva ao emprego, nada obstante sua elevação constitucional ao grau de direito fundamental.

²³⁸ GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do Trabalhador*: Um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. p. 84 – 85.

Ainda que, por vezes, a inserção em cadeia econômica alheia distinta suceda após breve lapso temporal, em grande escala isso não ocorre, daí a presunção de prejuízo material.

Nada obstante o prejuízo em si suportado pelo empregado, a ordem jurídica atua distintamente em se tratando de demissão que contenha ou não uma causa justificante extraída da conduta do empregado. Em se tratando de demissão por justa causa, nenhuma indenização é devida. De outro giro, não tomando o empregado qualquer atitude que propicie a demissão, é-lhe conferida uma indenização. Note-se que, neste caso específico, não há a possibilidade de se demarcar com exatidão a quantia monetária devida a elidir o dano. Não obstante esta questão encontrar-se inserta no território da lesão material, relativamente definida na esfera civil, há uma maior complexidade relativa à verba trabalhista emanada de demissão sem justa causa.

Para o Direito Civil, o prejuízo material enseja o ressarcimento da vítima, a restituição integral. Compõe-se o dano patrimonial de duas dimensões: danos emergentes e lucros cessantes. Aqueles guardam pertinência para com as perdas patrimoniais que decorrem imediatamente do *eventus damni*. Os lucros cessantes, por sua vez, são aferidos em um grau de precisão inferior, embora de consistência satisfatória, porquanto se arrimam em uma expectativa calculada. Ou seja, são voltados para o futuro, consideram o que a vítima consideravelmente deixou de lucrar em virtude da ocorrência que lhe causou dano. Este raciocínio obviamente aplica-se às relações jurídicas tipicamente empregatícias, na medida em que estas são relações de Direito Privado²³⁹. É o caso, a título exemplificativo, do acidente de trabalho, que não difere estruturalmente, em sua essência, no que tange a lucros cessantes e a danos emergentes do acidente alheio à relação de emprego. Não há a possibilidade, todavia, de extensão dessa lógica à lesão decorrente da rescisão contratual sem justa causa. Nessa singularidade, não há danos emergentes, mas apenas uma espécie de “lucros cessantes”. Nestes casos, a capacidade de percepção da substância danosa aproxima-se daquela própria do dano moral.

²³⁹ Não se descarta da celeuma envolta à alocação do Direito do Trabalho (e, por via de consequência, da relação de emprego) nas classificações dos ramos jurídicos. Ainda que consideremos que nenhuma classificação entre as várias adotadas pela doutrina seja inteiramente válida, bem como ponderados os posicionamentos que defendem a superação da antiga divisão público-privado, adota-se o posicionamento exposto neste texto em vista de sua funcionalidade de comunicação com a responsabilidade civil.

2.2.2. Dano moral

Uma vez ocorrido o dano material, busca-se a recomposição do estado anterior à lesão patrimonial através de elementos de mesma natureza, toda a movimentação restringe-se à esfera pecuniária. A lesão de índole extrapatrimonial, por sua vez, não é passível de remoção pelo pagamento em valores monetários, dado que seu conteúdo passa ao largo da questão financeira. O dano moral situa-se na área dos direitos da personalidade, ínsitos ao ser humano, compostos de um plexo de interesses juridicamente tutelados, ontologicamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana. O dano moral é aquele que ataca os sentimentos, a dimensão psíquica do ser, reside nas humilhações, angústias e tormentas morais. Colocando em termos diretos, o universo de possibilidades de ocorrência de danos morais sintetiza-se em sensações e emoções negativas²⁴⁰. A indenização paga não tem o condão de remover a deterioração causada à intimidade do sujeito, pois a natureza desta é metapatrimonial. Por essa razão, pertine a alusão à genuína lacuna aberta no âmago do conceito patrimonialista de dano²⁴¹, pois a ordem jurídica, pelo menos em se tratando de direito privado, não avança para além da dimensão patrimonial do réu para fins de aplicação de medidas de qualquer sorte. Não por outra razão o dano moral é considerado como inestimável, razão pela qual, nos primórdios da responsabilidade civil, negava-se qualquer possibilidade de indenização²⁴².

Contudo, a impossibilidade de ressarcimento do dano às custas do responsável subjetiva ou objetivamente não afasta a formação de vínculo entre os sujeitos identificados em um fato jurídico caracterizado pela ocorrência de gravame moral. A guarida a esses direitos emana de fonte constitucional, conforme estabelecem os incisos V e X do art. 5º²⁴³ (rol de direitos fundamentais). Em tais casos, inoperante a máxima *restitutio in integrum*²⁴⁴, a responsabilidade civil assume o caráter principal de *compensação*. Seria incongruente o raciocínio que ponderasse a singela transferência de pecúnia como suficiente para restaurar o equilíbrio anterior. De qualquer forma, o

²⁴⁰ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. p. 242.

²⁴¹ CASILLO, João. *Dano à Pessoa e sua Indenização*. p. 49.

²⁴² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. p. 81.

²⁴³ “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”;

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

²⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. p. 81.

pagamento monetário é a via eleita na busca de se amenizar a dor moral, do que se percebe, desta sorte, uma clara limitação do Direito.

A grande cizânia verificada no assunto em análise situa-se na quantificação da indenização a ser paga. A partir do momento em que se busca compensar a existência de um elemento com outro de natureza diferente,²⁴⁵ por ilação não há a possibilidade de se determinar com precisão em que medida o segundo deve ser aplicado para neutralizar o primeiro, pois esse procedimento não é, logicamente, possível. Dessa forma, como saída adotada pela lei, haveria uma vinculação entre o plano do direito posto e o caso concreto, o que se dá através de um sistema de abertura²⁴⁶, ou seja, a indenização a dano moral não é pré-determinada por tarifação. O órgão jurisdicional, imbuído do poder estatal, nestas ocasiões tem exasperado o poder-dever que lhe é legalmente outorgado. No contexto focalizado, a função jurisdicional busca a solução mais adequada à realização do direito aventado, se verificada realmente a necessidade de tutela do mesmo, em contraposição à menor restrição possível àquele que deve custear a realização do direito. No momento em que é arbitrado o valor devido, erige-se a falaciosa ideologia da suficiência da prestação jurisdicional²⁴⁷.

No que toca à rescisão contratual, esta ocasiona ao empregado, indubitavelmente prejuízo moral. Lesa-se o direito ao trabalho, o qual nasce da profusão de direitos derivados da convergência dos direitos de liberdade e de igualdade²⁴⁸. Na circunstância de sua demissão, há verdadeiro descarte de material humano, passando a ser, o outrora sujeito ativo, prestador de serviços, detentor de autonomia, ainda que muitas vezes modesta, um desempregado, lesado em sua auto-estima^{249,250}. Não há como

²⁴⁵ Conveniente, a respeito, é a precisa colocação de José de Aguiar Dias, ao depurar, dentre a complexa rede de teorizações sobre a responsabilidade civil, os seus elementos nucleares: o dano e a situação do patrimônio do lesado (DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. p. 130).

²⁴⁶ As regras a respeito advêm da combinação do art. 946 do Código Civil (Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar) com o art. 475-C, II do Código de Processo Civil (Art. 475-C. Far-se-á a liquidação por arbitramento quando: II – o exigir a natureza do objeto da liquidação). (DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. p. 160).

²⁴⁷ Nesse sentido, leia-se o seguinte trecho pinçado da obra de Aguiar Dias, ao discorrer sobre a compensação do dano moral: “Essa função oferece *satisfação* à consciência de justiça e à personalidade do lesado, e a indenização pode desempenhar um papel múltiplo, de pena, de satisfação e de equivalência” (DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. p. 1001. Destaques acrescidos).

²⁴⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: parte especial, tomo XLVII. p. 79.

²⁴⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho, volume II*: A relação de emprego. p. 434.

²⁵⁰ A respeito do sentimento moral vinculado ao trabalho: “DANO MORAL. AVISO PRÉVIO CUMPRIDO PELO EMPREGADO, MAS SEM QUE LHE SEJA OFERTADO TRABALHO PELO EMPREGADOR. Incumbe ao empregador o poder diretivo dos sistemas de produção do seu empreendimento. No entanto, deve fazê-lo observando limites impostos pela Lei e pela ética, o que

se desconsiderar a dor moral do indivíduo que, por vezes traduz a demissão em um estigma de incompetência, por vezes de absoluta insignificância de seus serviços.

Conveniente se faz a alusão a Martin Luther King, para quem “privar um homem de um emprego ou de meios de vida, equivale, psicologicamente, a assassiná-lo²⁵¹.” Essa dor moral arrima-se, aliás, em base científica. Em pesquisa realizada pelos médicos Thomas Holmes e Richard Rahe, o sofrimento advindo da demissão é, em intensidade, uma das maiores aflições interiores a que o ser humano é submetido.²⁵²

implica, à toda evidência, respeitar o trabalhador e sua dignidade, não o expondo a situações humilhantes perante os demais colegas, sob pena de afronta aos princípios constitucionais de proteção ao ser humano, dentre os quais se destacam o da inviolabilidade à imagem e à honra e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana. *No caso, o empregado impedido de trabalhar no curso do aviso prévio trabalhado e obrigado a permanecer nas dependências da empresa sem exercer qualquer atividade, importa prática discriminatória por parte do empregador que deixa de cumprir um dos seus deveres que é justamente oferecer trabalho ao digno empregado.* Destarte, patente o irregular e abusivo exercício do poder de comando do empregador, na medida em que expôs o trabalhador à situação de constrangimento no seu local de trabalho, razão pela qual impõe-se responsabilizar o empregador no pagamento de indenização a título de danos morais” (TRT 17ª R.; RO 0060100-08.2008.5.17.0012; Ac. 185/2010; Rel. Des. Carlos Henrique Bezerra Leite; DOES 15/01/2010; Pág. 21) (destaques acrescidos).

²⁵¹ Citado por Bomfim (BOMFIM, Benedito Calheiros. *A despedida arbitrária e a dignidade do trabalhador*. Disponível em < <http://ww1.anamatra.org.br/>>).

²⁵² LOBREGAT, Marcus Vinícius. *Dano Moral nas Relações Individuais do Trabalho*. p. 108.

3. A QUESTÃO CONTRATUALISTA

3.1. As incompatibilidades

Primeiramente, impende ressaltar o fato de que a relação jurídica que enlaça empregado e empregador, a partir da verificação dos quatro elementos fático-jurídicos característicos da relação empregatícia²⁵³, assume, conforme o entendimento hegemônico atual (tanto doutrinário como jurisprudencial), a vestidura legal de contrato. O contrato, em sua definição mais elementar, concretiza-se a partir da convergência das vontades de ambas as partes, canalizadas a um fim comum. O livre ânimo volitivo do empregado, de prestar serviço e auferir remuneração, dessa forma, encontraria correspondência no, igualmente livre, querer do empregador, o qual anela por servir-se da prestação laboral em troca de contraprestação pecuniária. Neste modo de ser pode-se perceber que a inserção da relação de emprego nos moldes contratuais imputa, àquela, o elemento da autonomia da vontade.

Ocorre que dito enquadramento legal enseja a incidência de fortes incongruências. A vontade contratual, fonte estipuladora de cláusulas a serem observadas, quando da pactuação do contrato de trabalho, tem sua essência fortemente minada. A doutrina, percebendo que o elemento volitivo do empregador resume-se a singela aderência a um conteúdo em que sua elaboração, na maioria das ocasiões, dispensou a sua participação, confere a esta relação a qualificação de contrato de adesão. Ocorre que o contrato de adesão, fortemente utilizado para relações massificadas de consumo, caracteriza-se pela fusão de vontades em que uma das partes aceita em bloco as *condições estipuladas unilateralmente pela outra parte contratante*. Orlando Gomes, com autoridade, leciona que “o traço característico do contrato de adesão reside verdadeiramente na possibilidade de predeterminação do conteúdo da relação negocial pelo sujeito que faz a oferta ao público²⁵⁴”. Conquanto atualmente haja, de fato, interferência estatal na definição do núcleo dos contratos, por conta de cláusulas que emergem imediatamente da lei, este dirigismo, nas relações civilistas, é diminuto, não chegando a destronar a autonomia privada daquele que constrói o núcleo do negócio, enquanto substância príncipe contratual.

²⁵³ Subordinação, continuidade, pessoalidade e onerosidade.

²⁵⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 139.

Nos contratos de trabalho, de outra banda, a ingerência estatal é substancialmente alargada através da imposição volumosa de cláusulas emanadas de normas de ordem pública, inafastáveis pelas partes. Somem-se a isso as cláusulas decorrentes de negociação coletiva e de sentenças normativas. Nesse cenário, o poder legal que resta ao empregador para definir o conteúdo do contrato visivelmente não ocupa lócus de preponderância.

Ainda que de menor peso, outrossim, afigura-se como elemento distintivo do contrato de adesão em relação ao contrato de trabalho a rigidez daquele²⁵⁵. As cláusulas rígidas instrumentalizam a uniformidade, outra característica marcante do contrato de adesão, de modo que são elementos operacionalmente incidíveis. A rigidez do conteúdo é condição necessária justamente para atender à demanda massificada, na medida em que não se mostra viável, na esteira da racionalização econômica das operações comerciais pulverizadas, a alteração do contrato para determinadas situações específicas. Se assim o fosse, não se estaria defronte a um contrato em que outra parte simplesmente adere ao conteúdo prefixado.

Em se tratando de uma relação de emprego, por vezes, e muito frequentemente, não há a possibilidade de se estabelecer uma rigidez absoluta quanto ao primordialmente pactuado, mormente em decorrência da tutela diferenciada que a ordem jurídica confere ao trabalhador, na medida em que a subsistência deste vincula-se imediatamente ao emprego, razão pela qual as peculiaridades do caso concreto não podem ser integralmente desconsideradas. Igualmente, sobreleva-se o fato de que a relação empregatícia é obrigação que se prolonga no tempo. Por esta razão, abre-se azo à ocorrência de inúmeros eventos que vêm a incidir sobre o contrato de trabalho, como por exemplo, a superveniência de uma condição mais benéfica decorrente de eventual Convenção Coletiva de Trabalho.

Não se olvide, entretanto, que as críticas relativas ao contrato de emprego vão além do cotejo entre o tradicional contrato civilista e o contrato de emprego. A alocação de empregado e empregador nos polos que fixam a órbita do contrato de trabalho despessoaliza ambos, admitidos enquanto meros elementos, dentre os demais, da relação contratual. A diferença refere-se meramente ao fato de que o empregador já

²⁵⁵ A respeito, convém registrar a tríade que identifica o contrato de adesão, conforme os ensinamentos de Orlando Gomes: 1)uniformidade; 2)predeterminação; 3)rigidez (GOMES, Orlando. *Contratos*. p.139).

se encontra despersonalizado pelo texto celetista²⁵⁶, ao passo que o empregado desfigura-se, enquanto ser humano, tacitamente.

Convém aduzir a respeito, as inferências de Enzo Roppo consoante aos contratos e sua faceta ideológica. Para o jurista italiano, o contrato assume funções reais, cambiantes de acordo com o contexto em que a estrutura jurídica é utilizada. Entretanto, os discursos e os princípios circunscritos à contratualidade ocultam ou distorcem parcela da realidade à mesma subjacente²⁵⁷.

É este o significado profundo do princípio da liberdade contratual, afirmado nos sistemas jurídicos burgueses como o produto de uma necessidade ineliminável: a de uma liberalização da força de trabalho, da sua transformação em mercadoria livremente alienável pelo proletariado e livremente adquirida pelo capital. E está também aqui a chave para entender o alcance real do princípio da igualdade (formal) dos sujeitos contratantes: capitalista e trabalhador subordinado devem ser formalmente iguais porque ambos devem aparecer igualmente (apenas na veste de) possuidores de mercadorias a negociar através de uma “troca de equivalentes”; a igualdade das pessoas é um reflexo da igualdade das mercadorias trocadas: ainda que tal igualdade seja, na realidade, puramente formal e ilusória, porque a mercadoria oferecida pelo segundo é um atributo e uma expressão da sua própria pessoa (pelo que a sua formal liberdade de contratar se resolve na sua substancial sujeição), e porque a troca é substancialmente desigual, *deve ser* desigual para garantir ao detentor dos meios de produção a apropriação da mais valia, pela qual se rege, como seu fundamento primeiro, todo o sistema capitalista. Além disso, liberdade de contratar significa o pressuposto jurídico da mais intensa e multiforme circulação de mercadorias, uma vez produzidas: condição essencial, também esta, para o funcionamento do sistema capitalista e, portanto, para a realização, de forma privilegiada, dos interesses da classe capitalista.²⁵⁸

A estrutura contratual atua como agente que oculta a personalidade do trabalhador, ainda, na medida em que sua já reduzida vontade negocial, a partir do momento em que ocorre a pactuação, é virtualmente direcionada no mesmo sentido da vontade do empregador, em pura “cooptação do trabalho por um capital²⁵⁹”.

²⁵⁶ “Art. 10: Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados”.

“Art. 448: A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”.

²⁵⁷ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. p. 29 – 30.

²⁵⁸ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. p. 39 – 40.

²⁵⁹ COUTINHO, Aldacy Rachid. *A Autonomia Privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. p. 174.

O contrato, inclusive, é intimamente ajustado à supra aludida desvalorização do trabalho, na medida em que esta é maximizada em uma ótica que apreende apenas parcela da realidade – a contraposição entre o trabalho e o capital. A despersonalização contratual do trabalhador, destarte, mostra-se profícua ao ofuscamento das lesões que, atingindo ou não a esfera patrimonial, alcançam a esfera moral das pessoas. Note-se que a tendência contratual é encobrir o existencial com a manta patrimonial. Se um sujeito comete o furto de uma manteiga, é rotulado como criminoso. Mas, por outro lado, se o empregador não paga os valores devidos pelas horas extras laboradas ou se não paga os salários de seus empregados pelo período de três meses, comete tão somente “inadimplemento contratual²⁶⁰”. Não tanto pela estrutura, mas a ideologia que o contrato carrega é altamente influente no que toca às questões conectadas fundamentalmente à prestação de labor e, especialmente, no que atine ao objeto deste estudo: a rescisão contratual.

A partir do momento em cessa a vontade de uma das partes contratantes em manter ativo um circuito econômico, de trato sucessivo, de circulações de riquezas, rescinde-se o contrato sem se perquirir acerca do sentimento atinente ao outro ou à situação futura em que este se encontrará. Afinal de contas, o direito patrimonial é composto de duas esferas que, não obstante encontrarem-se unidas, são autônomas: o direito obrigacional e o direito real. Enquanto este regula a apropriação de riquezas por parte do homem, marcado, máxime, por um traço de estaticidade, aquele trata da circulação destas riquezas,²⁶¹ salientado o cúmulo da artificialidade na reificação do trabalho enquanto unidade autônoma, separada do sujeito,²⁶² quando aplicada esta lógica ao Direito do Trabalho. Ao se considerar o contrato enquanto substância una, servindo tanto ao direito civilista quanto a o direito trabalhista, pouco importa qual a “coisa” que circula na relação obrigacional²⁶³²⁶⁴ (trabalho humano ou uma geladeira), os

²⁶⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho, volume II: A relação de emprego*. p. 433.

²⁶¹ MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. *Direitos Reais*. p. 12 – 13.

²⁶² COUTINHO, Aldacy. *O Princípio da Proteção Revisitado*. Disponível em: <http://docs.google.com/Doc?docid=0AavIMFPjRfutZGhqMmNieGNfMTE2NXA3NGozNWN0&hl=pt_BR>.

²⁶³ “A rescisão do contrato de trabalho por mera manifestação de vontade privada, como ressalta Tarso Genro, é o ‘momento em que a força de trabalho é abertamente tratada como mercadoria, como inserta num negócio entre particulares, cuja relação negocial é dissolvida inclusive sem a necessidade da aparente neutralidade do Estado.’” (Genro, Tarso. *Direito Individual do Trabalho*, p. 125. Apud WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva: O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. p.344).

²⁶⁴ “Nessa medida abstrata e sem compromisso com os valores constitucionais, a relação jurídica deixa de ponderar os direitos fundamentais de pessoa-gente e de cidadão, e assim o trabalhador é considerado

efeitos do rompimento da linha de circulação de riquezas serão os mesmos: o mero rompimento contratual não gera dor moral. Ainda: o exercício do direito potestativo de rescisão contratual, por parte do empregador, encontra sua legitimidade na medida em que a autonomia da vontade posiciona-se como motor primeiro na formação contratual, reinando soberana²⁶⁵. A ideologia voluntarista, para além de justificar a demissão pura e simples, é facilmente verificada, numa retrospectiva histórica, na mutação do regime legal, destacando-se a supressão do regime de estabilidade decenal²⁶⁶.

3.2. O contrato individual de trabalho

Ainda que sejam salientadas as incompatibilidades do tópico antecedente, cremos na possibilidade de se considerar a relação de trabalho enquanto contrato, desde que não de adesão, e se entendido na concepção solidarista. Ocorre que o Direito do Trabalho é ramo jurídico dotado de autonomia, qualidade esta decorrente de seus institutos próprios. O fato de que não se pode enquadrar a relação de emprego, perfeitamente aos moldes civilísticos pouco importa, vez que o *Direito do Trabalho não é submisso ao Direito Civil*²⁶⁷. Ainda que o Direito, em essência, conforme-se como um

apenas na medida da sua força de trabalho, confundindo-se com o próprio objeto do contrato.” (DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. p. 328).

²⁶⁵ COUTINHO, Aldacy Rachid. *A Autonomia Privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. p. 174 – 176.

²⁶⁶ COUTINHO, Aldacy Rachid. *A Autonomia Privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. p. 175.

²⁶⁷ Muito embora de longa data o ramo trabalhista tenha se desprendido do Direito Civil, possuindo, inclusive, seu diploma principal idade avançada, a doutrina insiste em atrofiar os seus institutos peculiares absorvendo os arquétipos de outros segmentos legais. A título exemplificativo, podemos citar o posicionamento de Mauricio Godinho Delgado. Muito embora tratar-se de jurista de escol, sua concepção acerca do conceito de empresa promove verdadeira colonização do Direito do trabalho por parte do Direito Comercial: “A definição celetista de empregador conduz a algumas reflexões adicionais. Diz o art. 2º, *caput*, da CLT que empregador é *a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços* (art. 2º, CLT). (...) O enunciado do *caput* celetista é, tecnicamente, falho, sendo também falho o parágrafo primeiro do mesmo artigo, por traduzir-se como claramente tautológico. Na verdade, o empregador não é a *empresa* – ente que não configura, obviamente, sujeito de direitos na ordem brasileira. Empregador será a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado titular da empresa ou estabelecimento. (...) Efetuadas tais críticas à técnica falha do *caput* do art. 2º da CLT, há que se aduzir, entretanto, outra vertente de observações acerca desse mesmo dispositivo celetista. É que a falha técnica celetista (ou viés doutrinário) evidenciou, no correr da experiência trabalhista, um aspecto algo positivo, consubstanciado em sua funcionalidade. De fato a eleição do termo empresa tem o sentido funcional, prático, de acentuar a importância do fenômeno da despersonalização da figura do empregador. Ao enfatizar a empresa como empregador, a lei já indica que a alteração do titular da empresa não terá grande relevância na continuidade do contrato, dado que à ordem trabalhista interessaria mais a continuidade da situação objetiva da prestação de trabalho empregatício ao empreendimento focado, independentemente da alteração de seu titular. É o

todo, é viável e recomendável que seus ramos diferenciem-se entre si, pois assim deve ser para a devida regulação de cada relação social enfocada.

A partir destas elucubrações, verifica-se que o Direito do Trabalho, a partir do texto do art. 442 da CLT²⁶⁸, dispõe do contrato de trabalho enquanto instituto próprio, específico. Não é, contudo, figura legal alheia às normas da Constituição Federal. Além disso, a sua autonomia em relação ao contrato de direito civil não impede que o contrato de trabalho se aproveite de elementos daquele, por força do art. 8º da CLT, o qual estabelece como fonte supletiva ao sistema juslaboral o *direito comparado*. Uma vez admitidos pelo filtro do princípio da tutela, em suas ramificações²⁶⁹, as características do contrato civilista podem e devem ser absorvidas pelo contrato de trabalho, enquanto, lembre-se, *fonte subsidiária*²⁷⁰ deste.

O contrato de trabalho difere substancialmente do contrato econômico de circulação de mercadorias. E isso ocorre por uma razão básica: o trabalhador não pode ser separado do seu trabalho²⁷¹, razão pela qual o labor articula-se aos atributos de dignidade do ser humano. A visão alternativa à concepção tradicional da contratualidade clássica, avessa a uma perspectiva meramente abstrata do labor subsumido à estrutura contratual, lança o olhar sobre a concretude exterior à totalidade negativista do capital, através da qual se resgata a dignidade inerente ao trabalho vivo, considerando-se as potencialidades de desenvolvimento do ser humano²⁷².

Para a superação do antigo modelo contratual, cumpre discorrer acerca da nova ordem fundada em direitos existenciais. De fato, dois grandes vetores caracterizam, em conjunto, o contrato individual de trabalho: o princípio protetivo e o solidarismo constitucional. Entrementes, pretendemos deixar claro que ambos os princípios não são diferenciados em sua natureza; apenas são analisados em separado para fins didáticos. O solidarismo é um dos fundamentos do princípio da tutela, ao

que resultará preceituado nos arts. 10 e 448 da mesma CLT” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 371 - 372). Note-se que, diferentemente do que pensa o renomado jurista, entendemos que o critério que deve prevalecer para definição dos conceitos, na seara justralista, é a funcionalidade (pelo mencionado autor reconhecida), não as formas adotadas pelo Código Civil, destinadas a reger relações jurídicas de outra natureza. No mesmo sentido aqui defendido, ver WALDRAFF, Célio Horst. *A Empresa como Sujeito de Direito e a Incompatibilidade do Art. 50, do NCCB, com o Direito do Trabalho*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.); GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho*. p. 226 – 241.

²⁶⁸ “Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

²⁶⁹ Norma mais benéfica, condição mais benéfica e *in dubio pro operário*.

²⁷⁰ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 34.

²⁷¹ MANCINI, Jorge Rodríguez. *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. p. 2.

²⁷² WANDELLI, Leonardo Vieira. *O Direito do Trabalho como Direito Humano e Direito Fundamental: Elementos para sua fundamentação e concretização*. p. 26 – 41.

passo que afirmamos que o princípio da tutela é a especificação do solidarismo nas relações de trabalho. Indispensável considerar, ainda, que, para além dessas duas linhas, avultam-se em distinção para com o contrato tradicional o princípio da continuidade da relação de emprego, a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e a primazia da realidade sobre a forma²⁷³.

O contrato de trabalho, pela razão de que vincula o sujeito trabalhador, possui a especificidade de ser permeado pelo princípio constitucional da tutela. No sentido por nós defendido, Dallegrave Neto expõe os princípios próprios ao contrato de trabalho, derivados do princípio protetivo e aplicáveis ao estudo das nulidades²⁷⁴. Em primeiro lugar, ainda que haja nulidade absoluta no contrato de trabalho, haverá eficácia e proteção jurídica da relação de emprego. Em determinados casos, conquanto eficaz, o contrato de trabalho produzirá consequências jurídicas. Em segundo lugar, mesmo havendo nulidade do contrato, presumir-se-á a boa-fé do empregado, porquanto sua vontade alcança a conformação do conteúdo contratual. Em terceiro lugar, ante a impossibilidade de devolução da energia despendida pelo trabalhador em proveito do empregado, mesmo diante de ilicitude a retribuição é devida. Em quarto lugar, ante a lógica do razoável, deve-se considerar o trabalhador como ser humano que procede e procederá nas relações trabalhistas conforme a razão. Para finalizar esse encadeamento específico, afirma-se que duas são as regras gerais que prevalecem no contrato de trabalho: eficácia do contrato nulo e irretroatividade dos efeitos da nulidade.

Além das supracitadas diferenciações de fundo entre os contratos trabalhista e civilista, outras diferenciações aparecem em evidência. São distinções não de lastro normativo remoto, o qual na verdade é o mesmo para a questão agora estudada, mas do alcance do ânimo normativo, o que se dá em razão da cooperação mais fortemente arraigada às relações de trabalho.

A doutrina contratual contemporânea, embalada pelos valores constitucionais, propugna por um novel modelo contratual, malgrado preservada sua vetusta estrutura, agora esta se encontra funcionalizada de acordo com os princípios que perfazem a ponte entre o direito infraconstitucional e a Magna Carta, razão pela qual se mostra “viável ainda adotar a contratualidade como explicação jurídica para a relação de

²⁷³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato Individual de Trabalho: Uma visão estrutural*. p. 52.

²⁷⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Nulidade do Contrato de Trabalho e o Novo Código Civil*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.); GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho*. p. 102 – 105.

emprego, desde que superada a deturpada e ultrapassada concepção da contratualidade como autonomia da vontade²⁷⁵”.

Ainda que reconhecida a problemática do modelo contratual empregatício, a sua leitura funcionalizada oferece notável utilidade. Com acerto, afirma Sidnei Machado que “a constitucionalização do Direito do trabalho faz com que se possa identificá-lo, também, como um direito de tutela das liberdades e da personalidade do trabalhador e não apenas como uma relação de cunho obrigacional”.²⁷⁶ Considerada a interpretação do contrato de trabalho como uma relação complexa e solidária, busca-se a repersonalização do sujeito²⁷⁷. Sucede que nessa recente interpretação da relação contratual, há o reconhecimento do princípio da boa-fé objetiva, entendida como padrão de conduta obrigatório²⁷⁸. Pela imperatividade da boa-fé, o contrato deve ser interpretado com vistas a assegurar a eticidade no atingimento de suas finalidades e no respeito de sua causa jurídica. Da mesma forma, a boa-fé apresenta a importante função de limitar o exercício do direito objetivo dos contratantes. Dessa maneira, se a atuação abstratamente legítima salienta-se em desconformidade com a lealdade, é reconhecido o abuso de direito. Visa-se harmonizar a interação entre trabalhador e empregador em uma ordem guiada pela cooperação²⁷⁹, razão lúdima pela qual a boa-fé objetiva, enquanto manifestação do solidarismo constitucional, demanda aplicabilidade superior na órbita trabalhista do que na civilista.

Não apenas como instrumental exegético e limitador, a boa-fé exerce ativamente o papel de manancial normativo. No contrato e trabalho, a boa-fé objetiva circunda as obrigações principais e secundárias através de sua manifestação nos deveres

²⁷⁵ COUTINHO, Aldacy Rachid. *A Autonomia Privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. p.180.

²⁷⁶ MACHADO, Sidnei. *A Noção de Subordinação Jurídica: uma perspectiva reconstrutiva*. p. 109.

²⁷⁷ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. p. 328.

²⁷⁸ “RECURSO DE REVISTA. (...) O artigo 422 do Código Civil trata do princípio da boa-fé na celebração dos contratos. *O dispositivo versa sobre a boa-fé, não subjetiva, como a que cuidava o Código Civil de 1916, mas objetiva, que impõe aos contratantes, e a todos aqueles que realizam ou participam do negócio jurídico, o dever de honestidade e lealdade que deve permear as relações sociais e jurídicas, respeitadas a confiança e a proibidade no agir dos sujeitos de direito*. Esse princípio, a partir da promulgação do novo Código Civil, é de observância obrigatória não apenas nas interpretações do direito civil, mas em todas as relações jurídicas contratuais. Não mais se admite, diante da nova codificação, que as condutas das partes estejam sempre eivadas da intenção mútua de prejudicar, ou que o objetivo do empregador seja sempre o prejuízo do empregado (...)” (TST; RR 16424/2001-003-09-00.5; Sexta Turma; Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga; DEJT 28/08/2009; Pág. 1600) (destaques acrescidos).

²⁷⁹ BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho*. p. 183.

laterais²⁸⁰²⁸¹, dentre os quais se destaca, de maneira notável, o dever de proteção. Esse dever, calcado na alteridade, objetiva o resguardo, por parte de cada contratante, dos direitos de personalidade daquele que se encontra no polo oposto contratual. Prima-se por proteger o “patrimônio físico, psicológico e moral do trabalhador”.²⁸²

A boa-fé objetiva, enquanto princípio derivante da cláusula constitucional do solidarismo, encaixa-se perfeitamente, enquanto ponte, no espaço entre a Constituição e a teia legislativa infraconstitucional. A sua inserção no Direito do Trabalho emana de dois fundamentos distintos que, embora suficientes isoladamente, reforçam a argumentação pela aplicabilidade se considerados em conjunto. Em primeiro lugar, menciona a doutrina formar-se a boa-fé enquanto princípio geral do direito²⁸³, distribuído de maneira tácita dentre as normas do sistema justralhista, de sorte que sua aplicação seria ampla e irrestrita. Ademais, sublinhe-se que os princípios constitucionais, como é o caso da solidariedade, são municiados de potencialidade imanente aos mesmos que lhes possibilitam a incidência automática, desnecessária a instituição de lei para dar-lhes vida²⁸⁴.

De outro ângulo, levanta-se a regra contida no art. 8º do diploma celetista²⁸⁵²⁸⁶. O primeiro argumento por nós levantado trata de integração do ramo juslaboral por meio vertical. Agora, o auriuzir da norma em foco estabelece uma conexão horizontal entre o Direito do Trabalho e as demais vertentes jurídicas

²⁸⁰ Segundo Orlando Gomes, a boa-fé objetiva corresponde “a uma regra de conduta, um modelo de comportamento social, algo, portanto, externo em relação ao sujeito” (GOMES, Orlando. *Contratos*. p.43).

²⁸¹ “JUSTA CAUSA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES ANEXOS DO CONTRATO CRIADOS PELA BOA-FÉ OBJETIVA. Viola a boa-fé objetiva a conduta que falta com os deveres anexos de informação, de prestação de contas, de cooperação e de lealdade, quebrando a confiança recíproca que deve haver em toda relação contratual, mormente a trabalhista por ser de trato sucessivo” (TRT 12ª R.; RO 01155-2007-012-12-00-2; Primeira Câmara; Rel. Juiz Jorge Luiz Volpato; Julg. 05/08/2010; DOESC 11/08/2010).

²⁸² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. p. 209.

²⁸³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 178. Consigna o jurista situações em que se verificam os princípios de lealdade e boa-fé: “É o que se percebe, ilustrativamente, em algumas figuras de justa causa obreira, como incontinência de conduta, desídia, negociação habitual desleal, etc. (art. 482, CLT). É o que se depreende, do mesmo modo, em algumas figuras empresariais faltosas, como exigência de serviços superiores às forças do trabalhador, tratamento deste com rigor excessivo ou, ainda, a redução substantiva de oferta de trabalho quando este for remunerado à base exclusiva de produção (art. 483, CLT)” (p. 178 - 179).

²⁸⁴ Repisamos o art. 5º, § 1º da CF.

²⁸⁵ “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais 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”.

²⁸⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. p. 344.

específicas. Na esteira desta exegese, o art. 422 do Código Civil²⁸⁷, o qual plasma o princípio da boa-fé enquanto diretriz contratual magna, aplica-se enquanto fonte supletiva ao Direito do Trabalho. A operacionalização dessa insigne diretiva contém inegável vantagem: a plasticidade do princípio da boa-fé enseja a sua aferição no caso concreto, o que, contudo, não significa relativizar a sua aplicação. *Embora tratemos de um verdadeiro princípio, quando ocorre sua concretização, é localizada sua característica de fonte de deveres, os quais exsurtem como regras.* Deve haver proteção, transparência e colaboração na contratualidade, nada há que impeça essa normatização.

Não se negue o fato de que os direitos fundamentais de personalidade são subjetivamente conferidos aos sujeitos de maneira imediata em decorrência da simples constatação de sua natureza humana. Contudo, todo reforço a estes direitos é desejado, na medida em que não apenas os antigos moldes contratuais desumanizam o sujeito, pois o próprio Poder estatal em si não apresenta um histórico de ampla proteção aos direitos fundamentais não previstos em normas especificadas.

Não se olvide, porém, do fato de que a realidade ainda está, em grande medida, distante do que propugna a doutrina do solidarismo contratual. Sintoma desse cenário é o não reconhecimento, por parte do Judiciário, do dano moral e de eventual lesão material de elevado grau sofridos pelo empregador demitido, limitada a indenização sempre, e invariavelmente, ao valor tarifado.

3.3. A teleologia do contrato de trabalho

Couto e Silva, em sua conhecida obra, expõe a relação obrigacional como processo, do que se depreende sua faceta dinâmica na qual os atos não são apreendidos de maneira aglutinada, mas sim de forma ordenada e teleologicamente unidos pelo fim comum: o adimplemento²⁸⁸. Conforme Ovídio Baptista da Silva, “processo (*processus*, do verbo *procedere*) significa avançar, caminhar em direção a um fim. Todo processo, portanto, envolve a idéia de temporalidade, a partir de um ponto inicial até atingir o fim desejado²⁸⁹.” Couto e Silva visualiza, ainda, um sentido de cooperação na relação

²⁸⁷ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

²⁸⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. p. 5.

²⁸⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo Civil, volume 1, tomo I: processo de conhecimento*. p. 1.

obrigacional. Nessa ordem de cooperação, tanto o credor como o devedor não ocupam posições “antagônicas, dialéticas e polêmicas”²⁹⁰.

Da mesma forma, não escapa o contrato de labor a essa lógica, máxime se considerada a extensão temporal da contratualidade trabalhista composta pelas obrigações de trato sucessivo. Em razão da lógica capitalista inerente à exploração da mão-de-obra humana, não há como se apagar a finalidade de adimplemento do contrato de trabalho, seja quando o empregador recebe o trabalho em seu proveito, seja quando o empregado auferir a paga pelo labor prestado. Mas o sentido teleológico não se resume à outorga de obrigações que proporcionem o adequado adimplemento, como no caso das obrigações do Direito Civil. A este sentido acopla-se outro de distinto caráter, o sentido de cooperação nas relações de trabalho.

Portanto, é sinal inexorável do contrato de trabalho o dever de valorização do escopo de realização humana, e não o simples trânsito creditício. A teoria contratual, dessa forma, tem a possibilidade de não destoar da realidade no que toca ao seu aspecto analítico na medida em que, pela alta densidade do laço que une empregado e empregador, eventuais faltas de um em relação ao outro – mormente as cometidas pelo empregador, que ocupa a posição subordinante – mostram-se como são na realidade, ou seja, produzem maiores gravames do que se fossem cometidas na esfera civil. Essa mesma razão justifica a maior intensidade na aplicação dos princípios constitucionais, dentre os quais o do solidarismo (boa-fé objetiva).

²⁹⁰ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. p. 8.

4. OS DANOS E A RESPOSTA DO JUDICIÁRIO

4.1. Indenização por danos morais e materiais

A grande dificuldade em se reconhecer o dano moral na ruptura da relação de emprego parece decorrer da ausência de ilicitude em sua ocorrência, muito embora essa legitimidade seja artificial²⁹¹. A pretensão de enquadrar todo e qualquer dano moral da esfera do Direito Civil e, portanto, no sistema de responsabilidade civil, realmente conduz à única conclusão de que, quando houver apenas e tão somente o exercício de um direito legítimo, não caberia indenização por dano moral²⁹². A confusão desta compreensão encontra-se, principalmente na errônea, mais uma vez ressaltando, idéia de submissão do Direito do Trabalho ao Direito Civil. O plexo de regras juslaboral vem a limitar a exploração econômica do trabalho, objetivando conferir guarida (também limitada) aos valores do empregado. Portanto, parte do pressuposto de que há a exploração (então a faceta protecionista perde em grande parte seu vigor), razão pela qual, uma vez que suas próprias regras reconhecem (mais precisamente, o entendimento jurisprudencial acerca das mesmas) o direito potestativo de rescisão enquanto legítimo, não se pretende apagar a lesão – permitida – sofrida com o referido ato. *Se a simples existência de legitimidade no ato afastasse a necessidade de indenizar, a própria indenização fundiária perderia sua lógica.* A singela existência dessa multa calculada sobre os depósitos de FGTS (aplicável enquanto não editada a lei mencionada no inc. I do art. 7º da CF²⁹³), à qual se mostram estranhas as categorias de “culpa” ou de

²⁹¹ Adverte Leonardo Vieira Wandelli que a despedida sem justo motivo afigura-se como abuso de direito, haja vista a Convenção 158 da OIT (a qual restringe as possibilidades de rescisão unilateral a casos em que existam motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, bem como, estabelece a fixação do *quantum* indenizatório de acordo com o arbítrio do juiz, se não viável for a reintegração) e a sua aplicação imediata, com base no §2º do art. 5º da Constituição Federal. Entretanto, o STF, em julgamento de ação Direta de Inconstitucionalidade, esvaziou de sentido o conteúdo da Convenção, o que, para o jurista, traduz-se em leitura isolacionista e literalista do inc. I do art. 7º da CF, o qual estabelece lei complementar para regulamentar a indenização compensatória e a atribuição de outros direitos aos trabalhadores demitidos. Portanto, quando mencionamos a legitimidade do exercício do poder potestativo de rescisão do empregador, estamos a nos referir muito mais a uma legitimação pelo Poder Judicial. Para maior aprofundamento, consultar WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva: O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. passim*. Entendemos que a resistência em se reconhecer a aplicabilidade da Convenção 158 coaduna-se à glorificação da autonomia da vontade no contrato de trabalho.

²⁹² É esta a visão de LOBREGAT, Marcus Vinícius. (*Dano Moral nas Relações Individuais do Trabalho*. p.109 - 110), muito embora o autor reconheça que a demissão é geratriz de “terrível dor” (p. 108).

²⁹³ ADCT, Art. 10: “Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

“responsabilidade objetiva” é suficiente para derrubar o argumento pela impossibilidade de indenização por danos morais.

Frise-se que a Constituição, em seu art. 5º, incisos V e X, vincula, de maneira imediata, dano moral a indenização, não indagando acerca da fonte do prejuízo. A partir da aplicabilidade direta das normas constitucionais, máxime aquelas que agasalham direitos fundamentais, qualquer preceito contrário de grau hierárquico inferior curva-se diante daquelas.

Vejamus a ordem constitucional na especificidade da demissão. O art. 7º, em seu inciso I, estabelece que lei complementar estabelecerá indenização *compensatória*²⁹⁴ quando da ocorrência de despedida arbitrária. Ora, em sendo compensatória a indenização, a mesma não se coloca *apenas* em garantir o ressarcimento por danos materiais, a partir de uma perspectiva do futuro, mas sim em estabelecer o pagamento em pecúnia, por parte do causador do dano, àquele ao qual foi imposta a condição que lhe feriu a moral interna. Veja-se que o caráter difuso do dano material decorrente da demissão não possibilita o seu ressarcimento, à semelhança do dano moral. A lesão material dessa espécie, portanto, é, igualmente, *compensada*. A partir dessa verificação, pode-se afirmar que a indenização fundiária, a partir do cotejo entre as normas da Constituição da República, cumpre função paliativa.

O constituinte, ao relegar à atividade do legislador ordinário a tarefa de traçar as diretrizes para a devida indenização em virtude de despedida arbitrária, pretendeu estabelecer uma conformação legal complexa, amoldável de acordo com o caso concreto, em espírito destoante ao sistema celetista, composto proeminentemente por regras definitivas. *É ilação imperativa, na medida em que, se assim não fosse, a indenização tarifária não defluiria de norma de título precário, mas sim de preceito constitucional estável, enraizado inexoravelmente às entranhas da Magna Carta.* Fosse o caso de optar pelo regime tarifário, a fixação definitiva teria sido realizada desde logo.

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966; (grifos acrescidos) Fixa-se, portanto, o valor correspondente a 40% do valor depositado a título de FGTS.

CF, Art. 7º “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;”

²⁹⁴ Para Saad, “a peça mestra do sistema de proteção da relação de emprego” (SAAD, Eduardo Gabriel. *Constituição e Direito do Trabalho*. p. 86). Não se pode negar que é um termo contraditório, pois, se compensa, não tem a aptidão de indenizar.

Não se olvide de que a omissão do legislador em engendrar a elaboração da lei alimenta obstáculo à concretização do programa constitucional, incorrendo em inconstitucionalidade por omissão. De qualquer forma, concluímos que o constituinte, dessa forma, pretendeu aprofundar a idéia dos danos morais e dos “lucros cessantes” trabalhistas. De fato, os direitos decorrentes destas categorias não são passíveis de uniformização (característica de notável utilidade à economia massificada), a qual ocorre somente a partir do momento em que o fundamento do valor pago a título de indenização é ideologicamente ocultado. O sistema da tarifação e a ilusão de sua suficiência são explicados pelas linhas mestras do direito liberal. Se todos são iguais, não há razão para se conferir trato judicial diferenciado a cada situação específica²⁹⁵. Mais do que isso: se todos os bens se equivalem, atravessados por um filtro que os torna abstração, e estão sitos em um mesmo plano, sua transformação em dinheiro deve seguir uma lógica de uniformidade, de modo a conferir estabilidade à economia de mercado.

4.2. Atividade judicial

Do mesmo modo que os direitos fundamentais incidem verticalmente sobre o legislador, incidem sobre o órgão jurisdicional. A omissão do Legislativo não pode obstaculizar a operacionalidade dos direitos fundamentais, haja vista que estes “não se encontram na esfera de disponibilidade dos Poderes públicos²⁹⁶”, razão pela qual “os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais²⁹⁷”. Portanto, na medida em que o legislador se omite em promover a proteção dos interesses que estão na base do ordenamento jurídico, amplia-se a tarefa do julgador, a quem incumbe suprir a omissão. Adere aos fundamentos desta conclusão o inarredável papel do Poder Judiciário enquanto intérprete, por excelência, das normas²⁹⁸, inclusive as de feição constitucional.

Na singularidade da indenização compensatória, é imprescindível a circunspeção jurídica que localize, de forma nítida, quais são as fontes normativas presentes em nível mais próximo e as que brotam em níveis mais remotos que embasam

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. p. 46.

²⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 366.

²⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 366.

²⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. p. 51-52.

a compensação. Mesmo ante a suficiência das normas de índole geral para justificar a fixação do valor adequado, o apelo ao material normativo específico é fundamento suplementar às nossas posições.

O panorama imediato da indenização por despedida sem justa causa é composto, como já mencionado, pelo art. 7º, inc. I e pelo art. 10 do ADCT. Conforme a valiosa lição de José Afonso da Silva, “a norma do art. 7º, inc. I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, *é norma de aplicabilidade direta e imediata*; de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade²⁹⁹”. Enfim, cura-se de norma de eficácia contida,³⁰⁰ ou seja, norma passível de limitação pela lei cuja edição prevê, mas que, *nesse ínterim de ausência legal, possui eficácia plena*³⁰¹³⁰².

Importa gizar que, em qualquer situação na qual ocorra a condenação judicial ao pagamento de 40% do FGTS, o fundamento principal é a norma do corpo constitucional, e não a da disposição transitória. *Esta última serve apenas de complemento primário à primeira, a verdadeira instituidora da indenização compensatória*. De forma que, desde a vigência da Constituição da República de 1988, o inc. I do art. 7º vem sendo aplicado na jurisdição trabalhista, mesmo que com seus efeitos reduzidos.

A consagração de valores sociais, dada sua natureza dinâmica, confere aos juízes maior poder e, concomitantemente, maior responsabilidade. Captado o sentido desses direitos, sua índole genérica, em contraposição ao status das regras, não deve, contudo, obstaculizar sua satisfação por meio do julgador. Indubitavelmente, a fórmula mais eficiente para esterilizar a aplicação prática dos direitos fundamentais (em especial, os sociais), é inseri-los nas normas principiológicas, caracterizadas pelo conteúdo

²⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. p. 189.

³⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. p. 190.

³⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 104.

³⁰² A questão relativa à potencialidade de geração de efeitos do inc. I do art. 7º ganha denso debate atualmente. Registre-se, para informação, o Enunciado nº 2 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho de 2007, segundo o qual dita norma possui eficácia plena:

"2. *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 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”.

aberto³⁰³. Contudo, a visão que desconsidera a normatividade plena e suficiente dos princípios decorre, principalmente, de uma postura ideológica que nega o reconhecimento da dinamicidade dos direitos. A justeza do julgamento é alcançada apenas através de uma outorga ao juiz da obrigação de assumir uma postura participativa³⁰⁴, e não estática, reconhecendo e albergando os direitos sociais quando presentes no caso concreto, não obstante a omissão legislativa.

Ao lançar mãos dos meios de reconhecer a indenização adequada ao trabalhador demitido, o juiz atuará pautado pelo claro norte de que *o direito que eventualmente se reconhece existe e tem concretude em um momento anterior à edição da lei infraconstitucional*³⁰⁵. Se não for este o entendimento adequado, então a lei infraconstitucional é, na verdade, superior à Constituição, e esta não funciona como base significativa³⁰⁶ daquela. Consequentemente, a omissão legislativa não impede a atuação do Judiciário, eis que este possui o substrato necessário para salvaguardar os direitos em comento. Em nossa ótica, a verdadeira problemática, ante a ausência da lei infraconstitucional, atine à questão do cumprimento espontâneo, por parte do empregador, em pagar montante superior ao valor legal tarifado.

Não se pode descurar, entretanto, do fato de que estamos submetidos ao princípio (que, aliás, tem força de cláusula pétrea) da separação dos poderes. Este é relativizado, na medida em que o juiz trabalhista deve estar atento ao dano moral e material decorrente do exercício do poder de rescisão contratual do empregador. Contudo, há um limite à relativização da separação dos poderes, pois esta distribuição de tarefas não é dissolvida. Destarte, não cabe ao julgador afastar pura e simplesmente a norma do art. 10 do ADCT para arbitrar o valor que entender como correto para compensar danos moral e material, de modo que remanesce adstringida a atuação do juiz. Na verdade, este raciocínio é imperioso na medida em que não é lícito ao magistrado afastar expressa regra constitucional, mesmo que “transitória”³⁰⁷.

A indenização fundiária sempre há de ser aplicada, em consonância com seu contorno legal, na ocorrência de demissão arbitrária. Contudo, como aponta Luigi Montuschi, a mera aplicação de valores percentuais tabelados não é viável para

³⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. p. 10.

³⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* p.34.

³⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. p. 26.

³⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. p. 28.

³⁰⁷ A referida norma já acumula décadas de vigência...

estabelecer o valor indenizatório devido à lesão de “direitos invioláveis da pessoa”³⁰⁸ e, sobretudo, impõe limites à “mensuração de valores e bens de absoluta relevância constitucional”, excluídos da devida valoração judicial, o que obstaculiza a aplicação de um juízo fundado na equidade.³⁰⁹ Este juízo é adequado à indenização personalizada, que tenha consideração acerca “das condições pessoais e subjetivas do trabalhador e da gravidade da lesão”³¹⁰. Conquanto não se possibilite a reparação integral por parte do Judiciário, porquanto as lesões em tela, decorrentes de demissão arbitrária, apenas oferecem uma compensação, *ressarcimento virtual*, a esta não se pode denegar operacionalidade. Consoante a esta idéia, tomamos a afirmação de Dallegrave Neto de que “patrimônio e pessoas integram realidades distintas, realidades que não se integram”³¹¹, contudo “o patrimônio deve servir à pessoa e, portanto, as situações subjetivas patrimoniais devem ser funcionalizadas à dignidade da pessoa”³¹².

Por um lado, temos que na maioria das situações, não possui a autoridade judicial a possibilidade de entrever linhas exatas na imagem pouco lúcida do prejuízo material (sublinhe-se, referente ao futuro), haja vista que o desemprego por si só não produz gravame, ao revés, é nascente difusora de fragilidades em relação ao sujeito no que toca aos demais riscos sociais,³¹³ razão pela qual não se deve, em atenção a este aspecto, extrapolar a margem do *quantum* preestabelecido, ressalvadas hipóteses excepcionais. Nessas situações concretas peculiares, pode vicejar com insigne vigor a latência do dano material que atinge a família do empregador, a específica dificuldade para o trabalhador encontrar outro emprego, ou a grande probabilidade de a rescisão afetar outros contratos posteriores³¹⁴. Essa realidade, inclusive, já pode ser parcialmente

³⁰⁸ Livre tradução de “diritti inviolabili della persona.” Estes seriam “dignità, integrità morale” (MONTUSCHI, Luigi. *Il Risarcimento dei Danni Non Patrimoniali*: “personalizzare” si può. In: Rivista Italiana di Diritto Del Lavoro. Anno XXVIII p.909).

³⁰⁹ “I meri aggiustamenti delle tabelle, applicando una percentuale in più o appesantendo il valore punto, a titolo di “personalizzazione”, non aiutano a risolvere il problema della congruità e flessibilità del risarcimento e, soprattutto, presentano il limite de misurare valori e beni assoluti de relevanza costituzionale da apprezzare sul campo, com l’ausilio di sistemi automatici e predeterminati che espropriano il giudice del potere valutativo e discrezionale che consiste nel vero giudizio di equità, vale a dire nel rendere giustizia sostanziale nel caso concreto”. (MONTUSCHI, Luigi. *Il Risarcimento dei Danni Non Patrimoniali*: “personalizzare” si può. In: Rivista Italiana di Diritto Del Lavoro. Anno XXVIII p. 910).

³¹⁰ Livre tradução de “delle condizioni personali e soggettive del lavoratore e della gravità della lesione.” (MONTUSCHI, Luigi. *Il Risarcimento dei Danni Non Patrimoniali*: “personalizzare” si può. In: Rivista Italiana di Diritto Del Lavoro. Anno XXVIII p. 910).

³¹¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. p. 329.

³¹² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. p. 329.

³¹³ COUTINHO, Aldacy Rachid. *A Autonomia Privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. p. 171.

³¹⁴ VOULET, Jacques. *La Rupture du Contrat de Travail*. p. “18”.

verificada no Judiciário trabalhista nas ocasiões em que o pedido em ações que envolvam demissões sem justa causa abrange o “dano moral” em vista dos danos materiais sofrido pelo empregado após a ruptura do pacto laboral³¹⁵. Obviamente, o dano moral a que se faz menção é dano patrimonial de compensação diferenciada, pois a real compensação por danos morais defendida nesse texto ainda não recebeu a devida acolhida.

De outro lado, quando se configurar a hipótese de presunção de verdadeiro dano moral e, considerando-se que a indenização fundiária for insuficiente para abranger o conjunto dos gravames moral e material do caso concreto, deve-se, por força da eficácia imediata dos princípios que albergam os direitos de personalidade, majorar a indenização³¹⁶ a um patamar aceitável. Aplica-se em um primeiro momento o percentual fixo do art. 10 do ADCT e, em uma etapa posterior, as normas principiológicas. Note-se que a lesão moral, via de regra, existirá, pois o rompimento súbito do contrato de trabalho, ao retirar a possibilidade de o trabalhador garantir sua subsistência, acarreta na lesão aos direitos de personalidade³¹⁷. Cabe, no entanto, a dosimetria judicial para medir sua intensidade.

A grande questão encontra-se em reconhecer a ocorrência do dano moral e a sua intensidade, pois, “se dano moral é a agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade³¹⁸.” Ainda que o dano moral seja presumido, deve-se delimitar o campo dessa presunção. Em conclusão, a indenização deve ser exasperada, para além do valor tarifado, quando, na situação fática, os elementos delineadores do dano moral portarem uma latência apta a conferir a este, por meio da decisão *fundamentada* do juiz, um satisfatório juízo de verossimilhança. Ilustrativamente, é o caso do empregado demitido arbitrariamente após longo período de transcurso do contrato de trabalho. Saliente-se, ainda, que, em havendo dano moral constatado, o tratamento deve ser diferenciado em se tratando de demissão arbitrária

³¹⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho, volume II: A relação de emprego*. p. 440.

³¹⁶ Em sentido similar, Jorge Luiz Souto Maior entende que a fixação do valor será operacionalizada por arbitramento, considerando como critérios a serem observados o dano, a necessidade do trabalhador e a capacidade econômica do empregador, parâmetros a serem conferidos pela jurisprudência. (MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho, volume II: A relação de emprego*. p. 440).

³¹⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho, volume II: A relação de emprego*. p. 436.

³¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. p.83. Afirma o jurista, ainda, que “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 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” (p.83-84).

simplesmente ou sem justa causa. Afinal de contas, nem toda despedida sem justa causa é arbitrária. É o caso das demissões calcadas em razões de ordem financeira técnica ou econômica³¹⁹.

No caso da despedida, o direito de personalidade do empregado, ou seu direito social, deve ser realizado em consonância com o princípio, de índole igualmente constitucional, de proteção da propriedade privada. Em relação à entidade empregadora, devem ser consideradas as razões subjacentes à demissão. Todos esses elementos, somados aos componentes do cenário externo à atividade empresarial, devem ser entendidos na lógica do princípio da preservação da empresa. Objetiva-se, enfim, por meio de uma aplicação integrada de regras e princípios, repersonalizado o sujeito trabalhador, valorizada sua dimensão moral, conferir sentido à compensação preconizada pela normatividade constitucional.

³¹⁹ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva: O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. p. 321.

5. CASUÍSTICA – OS TRABALHADORES E A IDADE

A fim de conferir maior concretude a tudo o que se tem escrito, trataremos em específico da questão dos empregados com dificuldade de realocação no mercado do trabalho por conta de sua faixa etária. O modelo capitalista de seleção de mão-de-obra vivenciado atualmente salienta-se como excludente, tanto em relação a empregados mais jovens como para com os mais velhos. Ou seja, as forças de mercado fixam as balizas de uma determinada faixa etária para os trabalhadores de acordo com critérios puramente vinculados à eficiência e ao lucro. Segundo essa divisão artificial, os mais jovens seriam de pouco interesse para prestar labor em razão da sua pressuposta falta de experiência. Contudo, situação mais complicada é aquela na qual se encontram os trabalhadores tidos como excessivamente “velhos” para o mercado de trabalho. Esse último ponto é o que agora nos interessa.

Para Beauvoir, a velhice é concebida a partir da idéia de declínio³²⁰. O declínio, por sua vez, é definido a partir de uma valoração, a qual se possibilita apenas em um plano fixado no perímetro de um dado objetivo. Em outras palavras, o marco temporal da velhice é uma artificialidade criada no ventre das instituições sociais, razão pela qual é variável. A idéia de idoso, portanto, cuja idade legal se convencionou (atualmente) a partir dos 60 anos³²¹, só se aplica a determinadas finalidades jurídicas. O mercado de trabalho, contudo, rebaixa essa linha de velhice para níveis variáveis. Enquanto os mineiros são considerados como velhos entre os 46 e 47 anos, os contadores são assim considerados aos 60 anos³²². É o que se denomina como empregabilidade excludente³²³.

Os trabalhadores com 40 anos ou mais estão na faixa daqueles que são desvalorizados pelas empresas de ponta, eis que dois fatores em especial determinam sua segregação. Em primeiro lugar, considera-se que sua preparação profissional é antiquada para o novo espaço profissional. Em segundo lugar, a contratação de trabalhadores mais jovens para ocupar os cargos dos mais velhos demanda uma redução dos custos, pois o salário pago no início de carreira é inferior ao pago para aqueles que

³²⁰ BEAUVOIR, Simone de. *A Velhice*. p.17.

³²¹ Estatuto do Idoso (lei 10.741/03), Art. 1º: É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

³²² BEAUVOIR, Simone de. *A Velhice*. p. 279.

³²³ CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza. *Mercado de Trabalho e Discriminação Etária: A vulnerabilidade dos trabalhadores “envelhescentes”*. p. 89.

contam com um longo período de carreira na empresa. Como consequência, a entrada de novos indivíduos concomitantemente com a expulsão dos demais alimenta o ciclo de rejuvenescimento do mercado de trabalho³²⁴.

Essa típica lógica voltada exclusivamente ao lucro, a qual torna o trabalhador estigmatizado pelo rótulo de “velho” um dos mais prejudicados na realidade trabalhista³²⁵, é ínsita ao modelo neoliberal, esvaziado este de toda eticidade social. A visão do outro como mero instrumento consumível de produção de riquezas elimina o mínimo de solidarismo que deve permear as relações de emprego. O trabalhador demitido sem justa causa com dificuldades a se reinserir no mercado de trabalho em razão da velhice parece ser o destinatário claro dos direitos sociais que lhe proporcionem uma indenização mais elevada.

³²⁴ CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza. *Mercado de Trabalho e Discriminação Etária: A vulnerabilidade dos trabalhadores “envelhescentes”*. p. 103.

³²⁵ FURTADO, Emmanuel Teófilo. *Preconceito no Trabalho e a Discriminação por Idade*. p. 352.

CONCLUSÃO – O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Da conjunção dos princípios constitucionais da tutela do trabalhador, da propriedade privada, da livre iniciativa, da proteção do consumidor e da construção de uma sociedade justa, exsurge o princípio constitucional implícito da preservação da empresa³²⁶. É curial consignar que a empresa a que se remete o conjunto de princípios a que nos referimos deve ser entendida no sentido do Direito Comercial, ou seja, empresa enquanto *atividade econômica*.

A preservação da empresa significa, antes de mais nada, a preservação do dinamismo econômico concomitante à preservação dos valores sociais. Busca-se, em nível macroscópico, manter a movimentação do plano econômico na sociedade. Em nível microscópico, prima-se pela manutenção das atividades deflagradas pelo detentor do capital e levadas a cabo com a cooperação dos trabalhadores. Portanto, todas as questões ligadas ao trabalho possuem dupla conotação social, uma interna ao ambiente empresarial e outra coletiva. A atividade econômica deve, em primeiro lugar, fundar-se na cooperação e garantir os direitos do trabalhador. Em segundo lugar, deve respeito à externalidade relativa à empresa, ou seja, impera que a atividade econômica sirva à sociedade, e não seja nociva a ela. Por essa razão, as atividades do detentor do capital e do detentor da força de trabalho devem, necessariamente, desviar das rotas que provoquem lesões ao meio ambiente e ao consumidor. Deve a empresa, por outro lado, contribuir para a melhoria das condições da comunidade que integra, principalmente no que toca à redistribuição de riquezas.

Não há dúvidas da prodigalidade da extensão do princípio da preservação da empresa. Contudo, seu sentido é essencial, pois aponta na direção do desenvolvimento econômico, bem como ressalta a imprescindibilidade do trabalho para a consecução dos fins sociais em uma sociedade capitalista. A persecução da preservação da empresa é harmônica com a cooperação essencial, pois se estriba no desenvolvimento socialmente sustentável.

Um dos sentidos que identificamos na leitura da doutrina da valorização do trabalho humano como base para a preservação da empresa deve-se aos efeitos da derrocada econômica do empregador, o que aniquila a atividade econômica e, por

³²⁶ GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. p. 59.

consequente, arruína o trabalhador³²⁷, sem embargo das repercussões negativas que se alastraram por toda a externalidade por via reflexa. Mas não é apenas esse o sentido que se pode captar. De outro ângulo, vemos que, *ainda que o empregador detenha a propriedade dos bens de produção, não é proprietário da força de trabalho, já demonstrada a impossibilidade de separá-la do ser humano prestador de serviços*. Se a força de trabalho pudesse ser adquirida, não haveria logicamente a possibilidade de se pressupor a cooperação sequer em um nível minimalista. Logo, o trabalhador não é apenas mais uma peça na relação econômica, mas sim sujeito ativo, dotado de dignidade. Por essa razão, refuta-se o conceito de atividade econômica *do empregador*. Embora, por uma dada perspectiva, o tomador dos serviços figure como sujeito principal da empresa, pois detentor do poder, a interação legítima entre empregador e trabalhador sempre deve residir no respeito em cooperação, pois a economia em dinamismo não é possível sem o ânimo daquele que trabalha. Por conseguinte, abre-se outro ângulo no qual o empregado, na realidade, é o sujeito principal da empresa. O corpo de empregados absorve o espírito da empresa e a movimenta no mercado³²⁸, de modo que, se no Direito do Trabalho, a empresa é o empregador, a perspectiva do Direito Comercial pode nos mostrar a empresa como o próprio empregado.

Muito embora no corpo da Constituição os direitos de proteção ao trabalho decorram de normas que estão separadas geograficamente daquelas que regulam a ordem econômica, são preceitos intimamente entrelaçados³²⁹. A atividade intersubjetiva que se desenvolve pela apreensão de trabalho humano apenas será legítima quando houver cooperação. Caso contrário, exposta a exploração excessiva do empregado, não lhe sendo garantida uma vida digna, a atividade econômica não merecerá a tutela constitucional e, conseqüentemente, a sua conservação não merece a atenção do Estado e da sociedade.

³²⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho, volume I*. p. 333.

³²⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho, volume II: A relação de emprego*. p. 453.

³²⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. p. 18.

BIBLIOGRAFIA

ALARCÓN, Reynaldo Bustamante. *Respuestas al Individualismo Exacerbado y al Pensamiento Postmoderno, a Propósito de los Derechos Humanos*. In: *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Francisco. *A Descodificação do Direito Civil Brasileiro*. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª região*. Volume 8, número 4. Brasília, outubro a dezembro de 1996.

BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BEAUVOIR, Simone de. *A Velhice*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOMFIM, Benedito Calheiros. *A despedida arbitrária e a dignidade do trabalhador*. Disponível em < <http://ww1.anamatra.org.br/>>. Acessado em 10/10/2010.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CASILLO, João. *Dano à Pessoa e sua Indenização*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 3 ed. Niterói: Impetus, 2009.

CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. Lisboa: Almedina, 1985.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed, rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza. *Mercado de Trabalho e Discriminação Etária: A vulnerabilidade dos trabalhadores “envelhescentes”*. São Paulo: LTr, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: Estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder Punitivo Trabalhista*. São Paulo: Editora LTr, 1999.

_____. *A Autonomia Privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Autonomia Privada na Perspectiva do Novo Código Civil*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.); GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Função Social do Contrato Individual de Trabalho*. In: Coutinho, Aldacy Rachid (coord.); DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.); GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Transformações do Direito do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. *O Princípio da Proteção Revisitado*. Disponível em: <http://docs.google.com/Doc?docid=0AavIMFPjRfutZGhqMmNieGNfMTE2NXA3NGozNWNo&hl=pt_BR>. Acessado em 13/05/2010.

_____. Palestra proferida no Salão Nobre da Universidade Federal do Paraná em 14/09/2010.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DALBERG-ACTON, John Emerich Edward. *Essays on Freedom and Power*. Boston: The Beacon Press, 1949.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato Individual de Trabalho: Uma visão estrutural*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Nulidade do Contrato de Trabalho e o Novo Código Civil*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.); GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *O Direito Civil a Serviço da Vida*. In: Cadernos Jurídicos: OAB Paraná. n° 01. Abril, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales*. In: FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FRENCH, John D. *Afogados em Leis: A CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

FREITAS, Juarez. *A Melhor Interpretação Constitucional “Versus” a Única Resposta Correta*. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

FRIEDMANN, Georges; NAVILLE, Pierre. *Tratado de Sociologia del Trabajo*. México – Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1963.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. *Preconceito no Trabalho e a Discriminação por Idade*. São Paulo: LTr, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do Trabalhador: Um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTr, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. *Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*. Lima: Palestra Editores, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARO, Ricardo. *El Rol Paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales en El Ejercicio del Control Jurisdiccional de Constitucionalidad*. In: CUNHA, Sérgio Sérulo (coord.); GRAU, Eros Roberto (coord.). *Estudos de Direito Constitucional: Em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HINKELAMMERT, Franz. *Pensamiento Crítico y Crítica de la Razón Mítica*. In: Revista Cubana de Filosofía. Edición Digital. n°18. Junio – Setiembre 2010. Disponível em: <<http://revista.filosofia.cu/articulo.php?id=100>> Acessado em 15/10/2010.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1943

HUME, David. *An Enquiry Concerning Human Understanding*. Renaissance Editions. Disponível em <<https://scholarsbank.uoregon.edu/xmlui/bitstream/handle/1794/747/hume.pdf?sequence=1>> Acessado em 12/10/2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 3 ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LIPOVETSKY, Gilles. *El Crepúsculo Del Deber: La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*. Barcelona: Editorial Anagrama, 1998.

LOBREGAT, Marcus Vinicius. *Dano Moral nas Relações Individuais do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MACHADO, Sidnei. *A Noção de Subordinação Jurídica: uma perspectiva reconstrutiva*. São Paulo: LTr, 2009.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho, volume II: A relação de emprego*. São Paulo: Editora LTr, 2008.

MANCINI, Jorge Rodríguez. *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume I: teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MALLET, Estêvão. *Temas de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial, tomo XLVII*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.

MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. *Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 1971.

MONTESQUIEU, Barão de Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MONTUSCHI, Luigi. *Il Risacimento dei Danni Non Patrimoniali: “personalizzare” si può*. In: Rivista Italiana di Diritto Del Lavoro. Anno XXVIII – 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs. *Limite à Recomposição Patrimonial do Trabalhador*. In: Coutinho, Aldacy Rachid (coord.); DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.); GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Transformações do Direito do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2000.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

PORTAL IMPRENSA. *Sindicato repudia comentário do jornalista Boris Casoy sobre garis*. Disponível em: <http://portalimprensa.uol.com.br/portal/ultimas_noticias/2010/01/05/imprensa32966.shtml>. Acessado em 11/05/2010.

POSNER, Richard Allen. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na Modernidade: Ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdades e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Tese de Doutorado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2009.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Constituição e Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo Civil, volume 1, tomo I: processo de conhecimento*. 8 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. *Da Função à Estrutura*. Disponível em <<http://www.baptistadasilva.com.br/>> Acessado em 23/09/2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SÓFOCLES. *Antígone*. Rio de Janeiro: EbooksBrasil, 2005. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf>>. Acessado em 12/10/2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Direitos Sociais na Constituinte*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXIERA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho, volume I*. 22 ed. São Paulo: LTr, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VOULET, Jacques. *La Rupture du Contrat de Travail*. Paris: Delmas, 1957.

WALDRAFF, Célio Horst. *A Empresa como Sujeito de Direito e a Incompatibilidade do Art. 50, do NCCB, com o Direito do Trabalho*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.); GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva: O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004.

_____. *O Direito ao Trabalho como Direito Humano e Direito Fundamental: Elementos para sua fundamentação e concretização*. Tese de Doutorado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2009.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.