

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DARTAGNAN FERRER DOS SANTOS

**A IGUALDADE E A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR HIPOSSUFICIENTE
SOB A ÉGIDE DA PROPORCIONALIDADE**

Porto Alegre
2011

DARTAGNAN FERRER DOS SANTOS

**A IGUALDADE E A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR HIPOSSUFICIENTE
SOB A ÉGIDE DA PROPORCIONALIDADE**

Dissertação de mestrado como requisito parcial para obtenção do título de mestre pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

ORIENTADOR:

PROF. DR. JOSÉ ALCEBÍADES DE OLIVEIRA JÚNIOR

Porto Alegre
2011

Aos meus pais,

*Os quais primeiro me mostraram a beleza e a
grandeza de todos os livros.*

Primeiramente, e com maior intensidade, agradeço ao meu orientador, Prof. José Alcebíades de Oliveira Jr. Sem sua confiança, conhecimento, experiência e orientação técnico-jurídica, este trabalho não teria sido de forma alguma possível.

Também agradeço ao Prof. Francisco Rossal de Araújo, pela preciosa e generosa colaboração que já conta cerca de quatro anos. Obrigado também à Professora Vivian J. P. Caminha por suas imprescindíveis observações.

Meus agradecimentos aos demais professores do PPGDir, todos prontos a dividir conhecimento e ajudar, bem como a Sra. Rosemary e a todos da secretaria, pelo trabalho e gentileza admiráveis.

Meu muito obrigado a toda a Universidade Federal do Rio Grande do Sul e, ainda mais especialmente, a essa Faculdade de Direito, espaço público que tanto nos orgulha e nos move adiante em sua condição de campo de aprimoramento de saber humanista.

Agradeço também aos meus colegas de trabalho pela amizade e apoio para cursar esse mestrado. Mais do que um escritório, somos uma equipe!

E obrigado àqueles que por existirem em minha vida me tornam melhor a cada dia: meus amigos; meu irmão; meus pais; e minha namorada Sandra, a quem agradeço principalmente pelo amor recíproco.

Sobretudo, agradeço a Deus.

*“Neste mundo, e até também fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação a não ser uma só coisa: uma **boa vontade.**”*

Immanuel Kant - 1785

“Você pode tentar o seu melhor; o seu melhor é bom o bastante.”

Thom Yorke - 2001

RESUMO

Esta dissertação analisa a relação entre os princípios da isonomia e da proteção ao trabalhador, examinando como ambos atuam para efetivar ou não a igualdade material entre empregador e empregado. Parte-se de uma contextualização histórica e científica do debate. A seguir será estudado o conceito de princípio do direito, analisando-se três deles: a igualdade, a proporcionalidade e a proteção ao trabalhador. Então, será averiguado se a isonomia e a norma protetora são complementares ou contraditórias, bem como a possível existência de um *quantum* justo de tutela a se conferir ao “hipossuficiente” em cada caso concreto, procedimento esse que teria como fim igualar os polos da relação laboral – acaso não seja assim, a proteção a ser concedida será invariável. A metodologia usada será a pesquisa bibliográfica e, eventualmente, jurisprudencial, com um enfoque primordialmente dogmático, mas também zetético e interdisciplinar. Para o exame dessas questões – bem como para respondê-las -, seguir-se-á principalmente os chamados “neoconstitucionalismo” e o “pós-positivismo” naquela vertente liderada por Robert Alexy. Ao final, serão apresentadas conclusões no sentido de ser ou não possíveis a adoção do princípio da proporcionalidade para ponderar igualdade e proteção ao trabalhador, equiparando-se assim as partes em justa medida na busca pela Justiça.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Positivismo. Princípios do Direito. Colisão de princípios. Igualdade. Proporcionalidade. Proteção ao Trabalhador.

ABSTRACT

This study analyses the relationship between the principles of legal equality and worker protection, examining how both operate to effect or otherwise the material equality between employer and employee. It starts from an historical and scientific contextualization of the debate and then moves on to study the concept of the principles of law, analyzing three of them: equality, proportionality and worker protection. Then it will examine whether equality under the law and protection regulations are complementary or contradictory, together with the possible existence of fair portion of protection which would provide the “disadvantaged “ in each case with a procedure aimed at equalizing the opposing positions in the labour relationship - otherwise, it would be an unvarying protection. The method will employ bibliographical and juridical research, which is primarily focused on the strictly legal, but is also zetetic and interdisciplinary. Examination of these questions, together with responses to them, will principally follow the “neo-constitutionalism” and “post-positivism” of the approach propounded by Robert Alexy. Finally, it will present conclusions about whether or not it is possible to adopt the principle of proportionality in consideration of worker protection and equality, thus equalizing the parties in the fair pursuit of justice.

Key-words: Constitutionalism. Positivism. Principles of Law. Collision of principles. Equality. Proportionality. Worker Protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O DIREITO DO TRABALHO NO CONTEXTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO E DO PÓS-POSITIVISMO	24
1.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ESTRUTURA E FIM DO ESTADO MODERNO.....	24
1.1.1 O nascimento e a consolidação do Estado democrático de direito	24
1.1.1.1 O surgimento do direito do trabalho em um cenário de contradições	28
1.1.2 A evolução dos direitos fundamentais: da positivação à especificação ..	30
1.1.3 Os quatro pilares fundamentais das novas ordens jurídicas	34
1.2 ASPECTOS EVOLUTIVOS DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL.....	35
1.2.1 Fundamentos, criação e evolução do direito laboral em terras brasileiras	35
1.2.1.1 O Código Civil de 1916 e seu impacto na cultura jurídica nacional	37
1.2.1.2 Os direitos trabalhistas: da “Era Vargas” à redemocratização dos anos 80 ..	40
1.2.2 A Constituição de 1988	43
1.2.2.1 Os direitos laborais na ordem democrática brasileira de hoje	44
1.2.2.2 Livre iniciativa e valor social na ordem constitucional vigente.....	45
1.2.3 O debate ideológico e as mudanças e aporias do direito do trabalho	46
1.2.3.1 Neoliberalismo e crise econômica e ideológica	48
1.2.3.2 Privatização, flexibilização, desregulamentação e terceirização no contexto do neoliberalismo	52
1.3 O DIREITO LABORAL SOB A ÓTICA DA MODERNA CIÊNCIA DO DIREITO ..	55
1.3.1 O <i>jusracionalismo</i>	55
1.3.1.1 O panorama do <i>jusnaturalismo</i> racionalista	56
1.3.1.2 O renascimento do direito natural no século XX	60
1.3.2 Aspectos do positivismo jurídico	61
1.3.2.1 Hans Kelsen	61

1.3.2.2 O realismo jurídico de Alf Ross	63
1.3.2.3 Herbert L. A. Hart e seu “conceito de direito”	64
1.3.2.4 O positivismo liberal não utilitarista de Ronald Dworkin	67
1.3.2.5 O “ <i>pós-positivismo</i> ” de Robert Alexy	70
1.3.2.5.1 <i>As proximidades entre as teorias de Robert Alexy, Gustav Radbruch e Jürgen Habermas</i>	73
1.3.3 O direito do trabalho em tempos de novo constitucionalismo e pós-positivismo	75
1.3.3.1 O <i>neoconstitucionalismo</i> e o pós-positivismo	75
1.3.3.2 O ramo laboral como parte do sistema jurídico submetido à sua nova ordem	80
2 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO E SUA CONDIÇÃO DE NORMA JURÍDICA	87
2.1 A NORMA JURÍDICA	87
2.1.1 Das várias espécies de normas	87
2.1.2 A teoria da imputação de Hans Kelsen	88
2.1.3 O conceito “semântico” de norma jurídica defendido por Robert Alexy ..	91
2.2 EVOLUÇÃO, CONCEITO E DIFERENCIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS	94
2.2.1 A evolução histórica dos princípios do direito.....	94
2.2.2 O conceito contemporâneo de princípios.....	97
2.2.2.1 Os progressos à teoria dos princípios trazidos por Ronald Dworkin	98
2.2.2.2 Os princípios na teoria “pós-positivista” de Robert Alexy	99
2.2.3 Os princípios como norma jurídica	101
2.2.3.1 Princípios, macroprincípios, máximas ou postulados?	102
2.2.3.2 A tênue diferença (?) entre princípios e valores na doutrina de Robert Alexy	104
2.2.3.3 As diferentes funções dos princípios no ordenamento jurídico	106
2.3 A REGRA DE COLISÃO DE PRINCÍPIOS E SEUS DESDOBRAMENTOS	108
2.3.1 Os princípios como mandamentos de otimização	108
2.3.2 A ponderação de princípios	110

2.3.2.1 A crítica de Jürgen Habermas quanto à ponderação	113
2.3.3 Direitos fundamentais e suas particularidades no âmbito da colisão.....	115
3 A IGUALDADE, A PROPORCIONALIDADE E A PROTEÇÃO AO HIPOSSUFICIENTE.....	117
3.1 A IGUALDADE	117
3.1.1 Evolução histórico-filosófica da igualdade.....	117
3.1.1.1 A isonomia do mundo antigo à Idade Média	118
3.1.1.2 A igualdade moderna	121
3.1.2 A igualdade enquanto princípio de direito.....	126
3.1.2.1 Igualdade e justiça distributiva	127
3.1.3 Dicotomias da igualdade	128
3.1.3.1 Igualdade formal e igualdade material.....	128
3.1.3.2 Igualdade de oportunidades e de resultados.....	131
3.1.3.3 Outras dimensões da igualdade.....	132
3.1.4 A fórmula da igualdade é um conceito vazio a ser preenchido?	133
3.1.4.1 A relação isonômica e seus critérios	136
3.2 A PROPORCIONALIDADE	138
3.2.1 Origens, importância e conceito da norma.....	138
3.2.1.1 O princípio da proporcionalidade na doutrina e nas terras alemãs	139
3.2.2 Proporção, equidade, razoabilidade e princípio da proporcionalidade... 141	
3.2.2.1 Proporção e princípio da proporcionalidade	141
3.2.2.2 Princípio da proporcionalidade ou equidade?	142
3.2.2.3 Razoabilidade ou proporcionalidade?	144
3.2.3 O princípio da proporcionalidade na ordem jurídica	145
3.2.3.1 A proporcionalidade na doutrina <i>jus</i> laboral	146
3.2.3.2 A proporcionalidade na jurisprudência dos tribunais do trabalho	147
3.2.4 Análise da aplicação da proporcionalidade em casos concretos	150
3.2.4.1 Exame da necessidade	150
3.2.4.2 Exame da adequação.....	151

3.2.4.3 Exame da proporcionalidade <i>stricto sensu</i> , ou “justa medida”	151
3.2.4.4 Análise da proporcionalidade do princípio da igualdade	153
3.3 A PROTEÇÃO AO HIPOSSUFICIENTE NO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO	155
3.3.1 O fundamento e o fim do ramo jurídico laboral	155
3.3.2 Ausências, relativizações e críticas ao aspecto tutelar do direito laboral	158
3.3.2.1 O direito coletivo do trabalho: um campo de negociação entre iguais	158
3.3.2.2 Normas e súmulas relativizando a proteção	160
3.3.2.3 Críticas ao princípio da proteção	161
3.3.3 Os novos princípios do direito individual do trabalho e sua estrutura em nossa ordem jurídica	162
3.3.3.1 A relação de trabalho como compromisso bilateral	163
3.3.4 A proteção na pragmática, na dogmática e na doutrina jurídica	168
3.3.4.1 Uma visão do aspecto tutelar do direito individual do trabalho	168
3.3.4.2 O princípio da proteção se dirige a todos os “hipossuficientes” da relação laboral?	173
3.3.4.3 O princípio da proteção na pragmática jurídica	174
4 A PROPORCIONALIDADE NA RELAÇÃO DE IGUALDADE E PROTEÇÃO	179
4.1 DIREITO DO TRABALHO, MULTICULTURALISMO E ADEQUAÇÃO À REALIDADE	179
4.1.1 O direito do trabalho nas sociedades pluralistas	179
4.1.2 Equilibrando-se na fina linha moderna: entre a igualdade e diferença ...	183
4.1.3 A filosofia de Immanuel Kant e a “pretensão de correção” de Robert Alexy como forma de adequar o direito laboral à sociedade de hoje	185
4.2 A CAMINHO DA IGUALDADE PELA APLICAÇÃO PROPORCIONAL DE TUTELA	188
4.2.1 O <i>quantum</i> protetivo adequado ao caso concreto	188
4.2.2 A proporcionalidade aferindo a equação entre igualdade e proteção	190
4.2.3 O exame da “justa medida” protetora no caso concreto	193

4.2.3.1 A revelação pela colheita da prova oral.....	193
4.2.3.2 A prova documental e seus esclarecimentos	194
4.3 JUSTIFICATIVAS PARA A APLICAÇÃO PROPORCIONAL DA PROTEÇÃO..	195
4.3.1 Na sentença a incidir sobre o caso concreto descabem generalizações	195
4.3.2 O Estado Social protege a todos, inclusive aos empregadores	197
4.3.3 O direito e as relações de trabalho podem restar beneficiados pela proporcionalidade da tutela	198
CONCLUSÕES	200
REFERÊNCIAS.....	205

INTRODUÇÃO

TEMA EM ESTUDO

Através desta dissertação se pretende analisar como se estabelece a relação entre “igualdade” e “proteção ao hipossuficiente” estabelecida pelo direito individual do trabalho. Para tal, parte-se da ideia clássica de que tratar igualmente os iguais é tão justo quanto desigualar os diferentes na medida em que se desiguam. Inicia-se pela exposição do panorama histórico-jurídico que ensejou o surgimento dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito moderno. Analisa-se então a evolução do direito laboral brasileiro. Por fim, visa-se observar como está inserido o direito do trabalho no contexto das novas visões da Constituição e do positivismo jurídico. Após, estuda-se o aspecto normativo dos princípios do direito e parte-se para a análise da igualdade, da proporcionalidade e da proteção ao empregado, observando-se como interagem tais princípios no âmbito do direito laboral, cujo fundamento e finalidade primordiais são a tutela ao empregado.

A questão maior a ser respondida diz respeito à relação que se estabelece entre igualdade e proteção: deve-se determinar se tal encontro representa complementaridade ou contradição. Após serão examinadas as consequências desse encontro das normas, principalmente, aferindo-se se, de acordo com o “grau de hipossuficiência” da parte empregada, deve ou não esse fenômeno ser ajustado ao caso concreto. Em caso de resposta positiva, em que proporção tal deve ocorrer. A fim de elucidar esse questionamento, seguir-se-á as lições nascidas daquela nova escola positivista que tomou força através do debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, vertente essa que, agora, é liderada por Robert Alexy. Dessa forma, esclarecido o que é e como ocorre o encontro (ou embate) entre igualdade e proteção no âmbito do direito laboral, se espera evitar que desse fenômeno provenham distorções ou injustiças.

MARCO TEÓRICO

José Martins Catharino permanece um dos grandes nomes do direito do trabalho brasileiro e latino-americano. Advogado e professor emérito, o mestre de

várias gerações escreveu obras de enorme importância ainda hoje muito consultadas e citadas, como é o caso de seu “Tratado Jurídico do Salário”, publicado em 1951, ainda insuperável em sua profundidade. Dentre tantos outros, alguns marcos mais celebrados de sua doutrina foram seus livros: “Proteção do Trabalho do Menor”; “Estabilidade no Direito Brasileiro”; e ainda, “Contrato de Emprego”, o qual permanece sendo consultado pelos operadores e estudiosos do direito do trabalho.

Ocorre que em pelo menos duas de suas mais clássicas e consultadas obras, Martins Catharino sustenta que a regra *in dubio pro laboratore* - um dos três pilares do “princípio da proteção ao trabalhador” -, comporta graus de aplicação. Isso porque, no que diz respeito aos “altos-empregados”, a subordinação ao empregador diminui na mesma medida em que aumenta o caráter de colaboração entre os polos da relação de emprego; demais disso, “pelos salários elevados que percebem, [tais empregados] merecem menor proteção. [...] Justo e lógico, portanto, que não se dê [a eles] o mesmo tratamento dado aos empregados comuns”.¹ Para Catharino, “sem dosagem condizente e objetiva [o princípio da proteção seria uma norma] imprestável e até odiosa”, de maneira que, quanto maior for a remuneração percebida pelo empregado, menor deverá ser sua incidência em concreto.² Tudo isso em razão de que a proteção que emana do Direito do Trabalho se dirige aos “hipossuficientes”, aos desfavorecidos economicamente; a tutela não é direcionada aos “suficientes, nem [a]os hipersuficientes”.³

Não se contesta que o fim do direito individual do trabalho seja mesmo proteger o trabalhador, colocando-o em pé de igualdade com o seu patrão, seja no transcorrer do contrato, seja em uma eventual demanda judicial. A lição de Américo Plá Rodriguez a esse respeito é repetida à exaustão; a doutrina é quase unânime em dizer que essa tutela se consubstancia pela regra *in dubio pro operario*; pela aplicação da norma mais favorável ao empregado; pela manutenção da “condição mais benéfica”.⁴ Em capítulo próprio, isso tudo será examinado. No entanto, o que surpreende a respeito do assunto é o - quase? - unânime silêncio da doutrina a

¹ CATHARINO, José Martins. **Contrato de emprego**: com comentários aos arts. 442/510 da CLT. 2. ed. rev. atual. e aum. Guanabara: Edições Trabalhistas S.A., 1965. p. 457.

² Id. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 94. v. 1

³ Op. cit., p. 152.

⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, Edição da Universidade de São Paulo, 1978. p. 42-43.

respeito da ressalva lançada por José Martins Catharino. Muito embora o prestígio do autor baiano - o qual é conhecido como um dos grandes nomes do direito laboral brasileiro, criador de grandes definições clássicas, advogado, professor e doutrinador de renome internacional -, não se encontram repetições ou sequer menções de sua lição de que há graus de aplicação protetora a ser aplicada conforme a condição do empregado. Uma das pouquíssimas exceções a esse mutismo se faz justamente por Américo Plá Rodriguez, o qual afirma: “se pode efetuar a aplicação desta regra [da proteção] por graus.” É também Martins Catharino quem sustenta que “a regra se aplica em progressão decrescente, em função da maior remuneração percebida pelo trabalhador.”⁵ Não obstante, é possível afirmar de antemão que, para dizer o mínimo, a grande maioria dos mais conhecidos manuais de direito do trabalho não tratam dessa importante questão; não fazem menção à proporcionalidade protetora. Poderia esse silêncio significar que é equivocada a advertência acima transcrita?

Não é essa a opinião a ser defendida neste trabalho. Na verdade, parte-se aqui da hipótese de que, além de correta, a ressalva aparentemente isolada de José Martins Catharino é ainda necessária para consubstanciação da igualdade real entre as partes de uma relação de trabalho. Isso porque se assume nesta dissertação que a *isonomia* é um conceito vazio até ser preenchido por *elementos a serem iguados* e pelo *bem a ser distribuído*; nesse caso, a tutela seria o bem a ser oferecido ao mais fraco para igualá-lo, sendo que essa proteção ao empregado deve ser aplicada em justa medida para completar a fórmula da igualdade, até restar configurada a equiparação ao empregador. Para ser procedida com justiça essa “aplicação gradual da proteção”, será examinada a possibilidade de dosá-la sob a égide da “máxima da proporcionalidade”.

Portanto, se está aqui a defender proteção específica adaptada ao caso concreto, para o que será necessário o exame: dos princípios do direito; da igualdade; da proporcionalidade; da proteção ao trabalhador. Demonstrar-se-á como essa atitude se revela particularmente necessária em função da notória complexidade das relações interpessoais das hodiernas sociedades pluralistas e

⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, Edição da Universidade de São Paulo, 1978. p. 51.

multiculturais, as quais pouco – ou nada – podem ser catalogadas ou estereotipadas em fórmulas rígidas. Ao final, se argumentará como deve ocorrer a relação entre as três normas examinadas. Seguindo-se essas proposições, a justiça estará mais próxima de seu almejado alcance.

REFERÊNCIAS

No que tange a conceitos filosóficos fundamentais do direito, do estado, da dignidade humana, etc., se recepciona primordialmente neste trabalho as ideias de Immanuel Kant. Não se nega a importância das correntes jurídicas assentadas em Tomás de Aquino, Georg W. F. Hegel, em Martin Heidegger, etc. Mas a presente escolha se justifica pela real convicção - aqui assumida - de que as ideias-paradigmas do filósofo de Königsberg ainda permanecem aplicáveis e instrumentais, particularmente no que se refere ao fenômeno jurídico e à busca da Justiça. Não por acaso, as raízes de grande parte de relevantes concepções jurídicas de hoje estão assentadas no “kantismo”. Mesmo neste trabalho transparecerá sua influência no positivismo de Hans Kelsen, na teoria do discurso de Jürgen Habermas, etc. É sintomático que, ao comentar a interpretação que Ralf Dreier faz do conceito de direito incluso na “Metafísica dos Costumes”, Robert Alexy sublinha que, não obstante oportunas críticas, essas lições de Kant continuam vivas, contendo quase tudo o que é necessário no direito; inclusive sua pretensão de correção.⁶

Em um primeiro capítulo examinar-se-á a evolução dos direitos fundamentais e o surgimento do direito do trabalho no contexto do moderno Estado Democrático de Direito. A esse respeito, o principal autor a ser seguido é Gregorio Peces-Barba Martínez. Nesse momento também serão examinados alguns conceitos básicos e necessários para exame da questão a ser tratada mais à frente, como aqueles de “Estado”, “modernidade”, “ideologia”, etc. Fecha-se então um pouco o foco para analisar a evolução do direito do trabalho brasileiro, examinando-o no cenário histórico, sociológico e jurídico do país, desde a sua independência até aos dias de hoje, seguindo-se alguns autores chave da cultura pátria, como, por

⁶ ALEXY, Robert. A interpretação de Ralf Dreier da definição do direito kantiana. In: HECK, Luiz Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 152.

exemplo, Celso Furtado e Orlando Gomes. Ao se encerrar o capítulo se procederá a uma análise dos conceitos de direito e norma jurídica a partir do jusnaturalismo racionalista – escola essa que permanece viva principalmente pela força de sua corrente anglo-saxônica; ingressa-se então na teoria pura do direito de Hans Kelsen e, a seguir, na evolução e progressiva relativização das ideias do positivismo, até se chegar ao atual cenário que passou a ser chamado *pós-positivista*, entendido este como “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica e a Teoria dos Direitos Fundamentais.”⁷

Para conceituar e examinar os princípios do direito seguir-se-á a moderna doutrina a esse respeito. Como alicerce primeiro, teremos o referido *pós-positivismo*, momento correspondente à terceira fase do positivismo jurídico, a qual se consolidou após a radical lição de Hans Kelsen nas versões de sua “Teoria Pura do Direito” e o posterior “positivismo suave” de Herbert L. A. Hart. No pós-positivismo, os princípios passaram a ser tratados como direito e alcançaram valor hegemônico nos novos sistemas constitucionais (isso após o caráter dessas normas ter sido reputado meramente programático e, após, subsidiário). Também se fundamenta este trabalho na nova visão e forma de aplicação da Constituição que, no Brasil, se convencionou chamar *neo-constitucionalismo*, o qual pode ser resumido a duas circunstâncias: uma delas a migração para o direito europeu de alguns elementos essenciais do constitucionalismo norte-americano, com sua verve judiciária e forte crença na Constituição; a segunda foi a majoração da carga normativo-substancial das constituições, as quais hoje diferenciam-se muito “do modelo formalista kelseniano, [pois] se acham repletas de direitos, princípios e diretrizes das mais variadas espécies e com frequência tendencialmente contraditórios.” Dessa maneira, as escolas do *pós-positivismo* e do *neo-constitucionalismo* revelam-se dois aspectos do mesmo fenômeno doutrinário-jurídico, uma vez “os princípios se converteram no

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: CUNHA, Sérgio Sérvulo; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Estudos de direito constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 43.

tema predileto desse constitucionalismo, o ponto de intersecção para o qual convergem quase todos os interesses e propósitos dessa nova cultura jurídica.”⁸

As doutrinas de Ronald Dworkin, Riccardo Guastini e Humberto Ávila serão bastante consultadas. O conceito de princípios a ser seguido será aquele de Robert Alexy. Embora seus estudos sejam direcionados à Constituição e ordem jurídica da Alemanha, sua recepção na cultura pátria se revelará uma realidade. Analisar-se-á também parte da doutrina de direito público pátria; mormente aqueles juristas que de alguma forma demonstram certa proximidade com as ideias do constitucionalismo alemão moderno.

No que diz respeito à igualdade, seu conceito inicial e abstrato será aquele de Aristóteles, no sentido de que a igualdade é justa para os iguais, da mesma forma que a desigualdade o é para os desiguais⁹, lição essa que permanece. Far-se-á uma análise da evolução história de seu complexo conceito, o qual comporta ideias muitas vezes tão diferentes. Também se estudará as tantas e tão peculiares variações e extensões da norma em seus aspectos formal e material, os quais se subdividem de maneira notável. Examinar-se-á principalmente o problema da integração da igualdade à luz de Herbert Hart, Peter Westen, Ronald Dworkin, Antonio Enrique Pérez Luño, Frederick Schauer e outros. Para a análise e aplicação do princípio consubstanciado na Constituição da República, serão seguidas também as lições de Celso Antonio Bandeira de Mello e outros, sempre se objetivando elucidar os critérios legítimos para se apontar uns como “iguais” e outros como “desiguais”, tratando-os diferentemente.

A seguir, estudar-se-á o princípio da proporcionalidade e o quanto a norma é ou não próxima de conceitos como os de equidade e razoabilidade. Seu conceito seguido será aquele de R. Alexy. No entanto, no que diz respeito à *adequação* e *necessidade*, algumas lições de Humberto Ávila serão também adotadas, tendo em vista seu esclarecedor estudo da norma incluso em “Teoria dos princípios”. Por outro lado, neste trabalho se assume um conceito mais amplo da “proporcionalidade em

⁸ FIGUEROA, Alfonso García. **Principios y positivismo jurídico**: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 17-18 (Colección el Derecho y La Justicia).

⁹ ARISTÓTELES. **Política**. Introducción, Traducción y Notas por Manuela García Valdés. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 116. Primeira Edição, 1988. 3ª Reimpresión., 2004. p. 174.

sentido estrito” (também chamada “justa medida”), de maneira a seu conceito abarcar a “proibição de excesso” e a “razoabilidade como equidade”; dessa forma, será seguida uma visão mais abrangente e menos rígida da norma.

Quanto ao princípio da proteção ao hipossuficiente - alicerce primordial do direito individual do trabalho que permanece regendo os contratos entre patrão e empregado sob todos seus aspectos -, será examinada a doutrina dos já citados José Martins Catharino e Américo Plá Rodriguez e de novos juristas, como Maurício Godinho Delgado, Arion Sayão Romita, Guilherme Guimarães Feliciano, etc. Também doutrinadores de outros países serão consultados; notoriamente a portuguesa Maria do Rosário Palma Ramalho; sempre com intenção de elucidar a questão que nos propõe a solitária advertência de Martins Catharino. Ao se tratar do princípio tutelar, será observado seu fundamento na “justiça distributiva”, bem como sua ausência nas relações de “justiça comutativa” que se fazem entre entidades associativas que atuam no direito coletivo do trabalho, as quais já são equiparadas. Serão ainda apontadas normas e súmulas que sugerem que a proporcionalidade de tutela aqui defendida já existe de fato na relativização da proteção que legisladores e julgadores procedem.

Por fim, o capítulo quarto se iniciará por uma análise da atual sociedade pluralista e multicultural em que se vive, não sendo mais possível a manutenção de estereótipos que não mais se coadunam com essa nova realidade. Então, se defenderá a opção deste trabalho por colocar a relação entre igualdade e proteção sob a égide da proporcionalidade, a qual permitirá um tratamento realmente adequado ao caso concreto. Se assim não for, com a conferência desproporcional de proteção, se estará produzindo a mesma natureza de injustiça que se pretendia afastar - não obstante, desfavorecendo a parte contrária. Demonstrar-se-á que tal se faz particularmente necessário na complexa sociedade em que vivemos, não sendo mais possível se fechar os olhos para as diferenças existentes entre iguais. Será apontada como fundamento dessa atitude a moderna doutrina dos princípios, a qual deixa perceber que é imperativa a aplicação particular de tutela para que efetivamente se alcance a igualdade material e a justiça.

METODOLOGIA

A análise do problema específico aqui apresentado será predominantemente dogmática com um fundo zetético, de maneira que, além do direito constitucional e do trabalho, também se buscará na ciência do direito – bem como em sua filosofia, sociologia e história - elementos que possam conferir uma visão panorâmica e estrutural do problema e objeto a serem estudados; também informações e dados oriundos de outros campos do conhecimento - como a economia, a história geral e a sociologia - ou mesmos das artes - literatura e cinema - complementam este estudo. Visando fazer um corte epistemológico nesse amplo campo a ser exposto, optou-se por limitar temporalmente o estudo o quanto possível, concentrando a análise a partir da “modernidade”, embora no que tange a alguns conceitos primordiais para o trabalho – como a “igualdade” -, se tenha retornado à era clássica.

Diz-se que a análise transdisciplinar aqui adotada não deve ser vista como menor ou superficial, uma vez que inserida no atual contexto de estudo do direito. Como defende Boaventura de Souza Santos, para o melhor estudo e resolução das novas e complexas questões de nosso tempo, se faz necessário que a educação jurídica seja “intercultural, interdisciplinar [e ciente da sua] responsabilidade cidadã”.¹⁰ Dessa maneira, ao se falar, por exemplo, de movimentos paredistas, pode-se bem usar a obra “Eles não usam black-tie”, de Gianfrancesco Guarnieri, a qual oferece não só um retrato da greve em certo momento do Brasil, como ainda mostra com realismo e profundidade o embate ideológico desses momentos, o qual pode ocorrer inclusive no seio familiar. Valoriza-se aqui esse tipo de fonte de informação, pois, mais do que dados, oferece visões da vida concreta em sua essência. Em busca de uma abordagem o mais humana possível, se adota no trabalho esse enfoque mais amplo e aberto a outras áreas do conhecimento, o qual se entende mais adequado à dinamicidade e conformação à realidade que hoje se procura no direito. Demais disso, busca-se ainda aproximar a linguagem jurídica de um falar mais coloquial, evitando tecnicismos exagerados.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. p. 76-78.

Em razão da opção pela generalidade disciplinar e alargamento da abordagem, faz-se necessário reconhecer que, no âmbito de um trabalho de mestrado como este, torna-se impossível esgotar todos os conceitos analisados sob todos os enfoques possíveis, de maneira que se considera satisfatória a melhor visão panorâmica possível do tema. Mesmo assim, existe a pretensão de aprofundar suficientemente o exame da relação entre igualdade e proteção ao hipossuficiente, a qual é estudada no quarto capítulo do trabalho, onde também se propõe uma ponderação de princípios específica para resolução do problema apresentada. Ao lado das conclusões restam em aberto novas possibilidades referentes ao tema que bem poderão ser análise de exame futuro.

O método primordial deste trabalho será a pesquisa bibliográfica; eventualmente, far-se-á análise da jurisprudência versando quanto à ponderação de princípios e proteção ao trabalhador. As eventuais traduções foram procedidas pelo próprio mestrando e, para não sobrecarregar o texto, se optou por não reproduzir em língua estrangeira os trechos originais; apenas eventualmente se explica um termo ou outro mais duvidoso ou notável. Buscou-se deixar as “notas de rodapé” tão sintéticas o quanto fosse possível, o que nos levou a resumir algumas referências – cujo teor completo se encontra na bibliografia – além de, muito frequentemente, inserir lacunas no texto transcrito a fim de manter apenas as informações mais relevantes. Em havendo divergência entre a grafia do português de Portugal e o pátrio, optou-se por usar o termo em ortografia brasileira, inclusive em citações literais.

O caminho a ser seguido se inicia pela análise da consolidação dos chamados “Direitos Fundamentais” no Estado Moderno no contexto do neo-constitucionalismo os quais chegaram para melhor distribuir as conquistas da modernidade através de instrumentos normativos cada vez mais fortes e aperfeiçoados. Ainda nesse capítulo introdutório, se estudará o contexto ideológico em que se formou o direito privado (e) do trabalho brasileiro e as vertentes do positivismo e suas concepções de norma, de Hans Kelsen a Robert Alexy. No capítulo seguindo, será feita uma análise do que são princípios do direito em sua moderna concepção – por mais amplo e difuso que seja seu conceito -, atendo-se pela ordem a três deles que perfazem o cerne este trabalho: igualdade; proporcionalidade; proteção ao trabalhador; ao final, se estuda como esses se

relacionam em sua aplicação simultânea contraditória ou complementar. Por fim, se vai tentar esclarecer como o resultado dessa relação pode favorecer a busca da justiça.

JUSTIFICATIVA

De uma análise panorâmica da doutrina e da jurisprudência percebe-se que, no âmbito do direito do trabalho brasileiro, inicia-se um maior uso da ponderação de princípios como forma de alcançar a justiça. Ao longo das duas últimas décadas muitos artigos, obras, julgados, etc. vêm colocando tal expediente no centro das discussões e decisões jurídicas, como se denota de várias obras lançadas na bibliografia. Por isso, a fim de se aprimorar o caminho em busca da justiça, é necessário cada vez maior estudo da ponderação. No entanto, embora se tenha procurado ensinamentos doutrinários a respeito do tema aqui analisado, não foi encontrada uma análise da relação entre igualdade e o princípio da proteção ao hipossuficiente, estudo esse essencial no âmbito do direito do trabalho. Por essa razão, visando-se trazer ao debate o tema do equilíbrio entre as partes - o qual está profundamente envolvido na busca da Justiça pela normatização e decisões trabalhistas subsistema *jus* laboral -, espera-se com este estudo examinar essa questão de fundo nitidamente ideológico - mas nem por isso pouco científico.

É fato que na aplicação do direito laboral costuma ocorrer certa tensão entre igualdade e proteção, uma vez que - ao menos idealmente - o dever de igualar ou diferenciar as partes em conflito deve ser dosado com cuidado, de maneira a não se exagerar nem minorar a proteção ao empregado. Caso contrário, é bem possível que o direito do trabalho se afaste de seu fundamento teleológico ou acabe por exacerbá-lo, em quaisquer dos casos gerando injustiça, o que certamente não é desejo de ninguém.

Não obstante, mesmo com a certeza de que cada decisão prolatada visa a justiça, costumam ocorrer insatisfações e acusações quanto a decisões que supostamente “erram a mão” ao jogar sobre o empregado teia protetora mais do que necessária para equiparar-lhe ao empregador; outras vezes, ocorre de o empregador não se encontrar em real posição de superioridade, sendo ele muitas vezes micro ou pequeno empresário em situação pouco confortável, o que também

não justificaria maior proteção àquele que – muitas vezes - não estaria sequer em condições mais desfavorável do que a sua. Nessas hipóteses, a análise das circunstâncias específicas do caso concreto sucumbe a uma tutela mais ou menos padronizada, a qual pode gerar injustiças flagrantes.

A relevância de tal exame se faz na medida em que o direito do trabalho alcança cada vez mais abrangência e prestígio no Brasil. Não por acaso, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, o ramo especial laboral pátrio alcançou dimensões grandiosas, sendo que, só no ano de 2008, nada menos do que 1.951.258 (um milhão, novecentos e cinquenta e um mil, duzentos e cinquenta e oito) novos processos de conhecimento iniciaram a tramitar em seu 1º grau de jurisdição; no mesmo período, 1.244.800 (um milhão, duzentos e quarenta e quatro mil e oitocentas) execuções se iniciaram em processos do trabalho; somam-se a isso os processos que já se encontravam tramitando para que sejam vislumbradas as dimensões da Justiça do Trabalho Brasileira. O crescimento dessa justiça especial se faz em um contexto de proeminência de todo o poder judiciário, o qual há cerca de 20 anos - não só no Brasil - vem assumindo papel preponderante em vista da progressiva aceitação da “ideia de que as sociedades assentam no primado do Direito, de que não funcionam eficazmente sem um sistema judicial eficiente, eficaz, justo e independente”.¹¹

Vale apontar que a maior relevância da justiça do trabalho não é fruto somente do aumento do número de demandas versando sobre “direitos trabalhistas” no sentido tradicional do termo - referindo-se principalmente àquelas normas dispostas na Consolidação das Leis do Trabalho -. Tem havido também uma majoração da competência conferida à justiça laboral brasileira desde a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito do art. 114, VI da Constituição da República (inserido com a Emenda Constitucional 45 de 8 de dezembro de 2004). A partir daí, importantes discussões jurídicas passaram a ser – indubitavelmente - julgadas pela justiça especial: dentre elas destacam-se as ações de indenização por dano moral ou patrimonial que advenham da relação de trabalho.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. (Coleção Questões da Nossa Época, v. 134). p. 5.

O princípio da proteção existe para que mais facilmente se faça Justiça. Esse é o seu fim. Mas, infelizmente deve-se admitir que, não raro, esse desiderato não tem sido alcançado. Há oportunidades em que, na busca de justiça social, se tem produzido injustiças, restando desvirtuada a razão de ser do princípio de direito de trabalho em comento. É sabido que o ramo jurídico tem mesmo como finalidade a proteção do empregado. Porém, como se sabe, o erro quanto ao fim é o pior dos enganos. Efetivamente, quando da aplicação do princípio da proteção sem a observância de certos critérios, e sem analisar as reais condições das partes, muitas vezes pode-se perder de vista essa necessária “proporção justa”, com o indesejado desvirtuamento do princípio. O problema a ser respondido é: como é possível manter o equilíbrio entre as partes na relação de ou processo do trabalho?

Por essas e tantas outras razões se justifica a dissertação proposta: faz-se necessário desmistificar o princípio da proteção. É imperativo que se fale a respeito de seus limites, os quais devem ir até a igualdade; até o ponto de equilíbrio; até a justiça. Com isso, a dissertação proposta pretende minorar ao máximo as ocasiões em que ocorrem injustiças em razão de uma tutela padronizada. Pelo mínimo, se espera com este trabalho alertar para tais possibilidades.

1 O DIREITO DO TRABALHO NO CONTEXTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO E DO PÓS-POSITIVISMO

Este primeiro capítulo tem como objetivo examinar conceitos básicos que serão necessários no estudo a ser procedido; além disso, visa-se aqui contextualizar na história, na ciência jurídica e no tempo o debate a ser tratado mais à frente. Para tal, é procedido um corte temporal que se inicia com a idade moderna, a partir da qual serão examinados os conceitos de Estado e de direitos fundamentais enquanto mecanismos para (re)distribuir democraticamente as conquistas modernas; o surgimento e a evolução de ambos serão apresentados. Após, visando-se focar a realidade de nossa sociedade, nela situando o estudo a ser procedido, será examinada a evolução do direito privado e do trabalho brasileiro. Ao final será esboçada uma linha temporal que reflita a evolução da ciência do direito a partir do jusnaturalismo racionalista, enfocando-se principalmente o positivismo jurídico. Parte-se de Hans Kelsen até se alcançar o *pós-positivismo* conforme propõe Robert Alexy. Com tais procedimentos se espera esclarecer o caminho que o direito trilhou até este momento em que a Constituição é colocada no centro da cultura e da prática jurídicas e os princípios jurídicos assumem a posição de protagonistas da nova forma de pensar e aplicar o direito, inclusive em seu ramo laboral.

1.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ESTRUTURA E FIM DO ESTADO MODERNO

1.1.1 O nascimento e a consolidação do Estado democrático de direito

Ao se conceituar Estado é possível fazê-lo sob diferentes enfoques, como o sociológico, o filosófico ou o jurídico.¹² Sob esta terceira perspectiva, Immanuel Kant apresenta o Estado constituído por três poderes coordenados e subordinados entre si. São eles: *potestas legislativa*, caracterizado pela soberania na pessoa do

¹² BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 66-71. O autor aponta como exemplo de “acepção sociológica” aquela de Marx e Engels, para os quais o Estado seria instrumento de opressão na luta de classes, fadado a desaparecer quando de sua desnecessidade na sociedade comunista consolidada; também é citada a concepção de Max Weber, a qual é baseada na força. Como “acepção filosófica”, Paulo Bonavides cita a definição de G.W.F. Hegel, para quem o Estado é a consubstanciação do desejo da sociedade em geral, sendo seu objetivo o exercício de “um direito soberano frente aos indivíduos, cujo maior dever é ser membro do Estado.” (HEGEL, G. W. F. **Principes de la philosophie du droit**. Trad. André Kaan. Preface Jean Hyppolite. France: Gallimard, 1997. p. 251).

legislador que deve refletir a vontade coletiva do povo; poder executivo, personificado no governante; e o judicial, formado pelos aplicadores das leis. Esses três alicerces estruturam e mantêm o Estado, conferindo-lhe autonomia.¹³ O conceito kantiano de Estado (*civitas*) como superação do estado de natureza se resume em: “união de um conjunto de pessoas sob leis jurídicas.”¹⁴

Sob o clarão do Iluminismo, surge o Estado em sua concepção “moderna”, amparado pela força da soberania, “um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção”.¹⁵ Essa força é exercida com poderes absolutos nesse primeiro momento estatal. Porém, fundamentadas nas obras de Locke, Montesquieu, Rousseau, Kant e outros, vieram as grandes revoluções do século XVIII fazer a independência dos Estados Unidos da América e instaurar a República Francesa, o que ensejou o nascimento do Estado Constitucional da separação de poderes.

No momento em que essas conquistas de índole manifestamente liberal estão consolidadas e já começam a mostrarem-se insuficientes para evitar conflitos e descontentamentos sociais, estava para nascer um novo Estado constitucional estruturado e legitimado pelos “direitos fundamentais”, os quais permitem que pelas normas se estabeleça: “supremacia da legitimidade sobre a legalidade, da Constituição sobre o Código, do princípio sobre a regra, da juridicidade sobre a programaticidade, da Hermenêutica sobre a Dogmática, do Direito/Justiça e ética sobre o Direito/norma e coerção.”¹⁶ Posteriormente, a partir de meados e fins do Século XIX, vai se gerando o que veio a ser chamado “Estado Social [, o qual vai intervir] diretamente nas questões sociais e econômicas, por necessidade de sobrevivência, com a conseqüente compressão da autonomia individual”.¹⁷ Seu

¹³ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, apresentação e notas de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005a. p. 179-186. (Esse conceito de Kant não é imune a críticas, tendo sido reputado incompleto e aplicável a outras instituições. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 67)

¹⁴ Ibid., p. 178.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed., rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21.

¹⁶ Ibid., p. 29-37.

¹⁷ STÜRMER, Amélia Elisabeth Balduino da Silva; STÜRMER, Gilberto. A constitucionalização do direito civil: a propriedade e a liberdade. In: STÜRMER, Gilberto. (Org.) **Questões controversas de direito do trabalho e outros estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16. (Para superar os conflitos emergentes, o liberalismo vigente realiza um “recoo estratégico” visando estabelecer consenso social através do “binômio liberdade e igualdade, que em última análise lhes confere um teor novo de proteção e garantia, com abrangência de todos os direitos humanos

protagonismo se estabelece principalmente no Século XX, ao final da Primeira Guerra Mundial, em razão dos graves problemas latentes que emergiram com esse conflito. Naqueles anos se dá início a uma nova ordem social com a Constituição Mexicana de 1917 e aquela de Weimar, datada de 1919.¹⁸ Posteriormente, chega-se ao Estado Democrático de Direito, o qual deve enfatizar a solidariedade e a igualdade ao lado da liberdade. Nesse modelo, se reconhecem relações de trocas entre iguais - na iniciativa privada – e a necessidade solidária da distribuição de bens por políticas públicas, através das quais é possível promover direitos laborais. Nesse modelo de Estado, convivem relações de justiça distributiva e de justiça comutativa; e o trabalho é um bem comum.¹⁹

Cabe apontar que foi “a modernidade” que possibilitou o surgimento desse novo cenário público-estatal pós-Absolutismo, a qual já conta cerca de 500 anos e pode ser dividida em três fases: uma primeira do início do século XVI até as revoluções dos idos de 1790; deste período tumultuado até o final do século XIX se vive uma grande experiência de modernidade bastante restrita às metrópoles da época, como Paris, onde um jovem Jean A. Rimbaud enuncia: “é preciso ser absolutamente moderno”; essa experiência completa pretendida pelo poeta será (quase totalmente) vivida durante o último século do milênio já findo.²⁰ O trecho do

fundamentais”. Estava nascendo uma nova estrutura política; o quanto possível pluralista e democrática, a qual veio a ser chamado Estado Social. (BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 289).

¹⁸ STÜRMER, Amélia Elisabeth Balduino da Silva; STÜRMER, Gilberto. A constitucionalização do direito civil: a propriedade e a liberdade. In: STÜRMER, Gilberto. (Org.) **Questões controvertidas de direito do trabalho e outros estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16.

¹⁹ BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 139. (Os conceitos de “justiça distributiva” e a “justiça comutativa” ficarão mais claros no transcorrer deste trabalho. Não obstante, desde já cabe esclarecer que a primeira diz respeito ao tratamento igual de pessoas diferentes, como ocorre na tributação em níveis diversos, sendo ela “própria das relações de subordinação ou de supra-ordenação”. Por outro lado, a “justiça comutativa” diz respeito à “igualdade *absoluta* entre *bens*, [...] pressupõe, pelo menos, duas pessoas [e] é própria das relações de coordenação”. (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução e prefácios: L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. Coimbra: Sucessor Coimbra, 1997. p. 89).

²⁰ BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade**. Tradução: Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Iorriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986. p. 16. (A referência a J. A. Rimbaud é do poema “Adeus”, o último de “Uma temporada no inferno”: “É preciso ser absolutamente moderno [...] e me será lícito possuir a verdade em uma alma e um corpo.” RIMBAUD, Arthur. **Poésies**. Paris: Bookking Internacional, 1995. p. 146. Maxi-Poche Classiques Français).

prefácio de Marshall Berman em sua mais celebrada obra pode ajudar a elucidar o que essa experiência significa:²¹

Ser moderno é viver uma vida de paradoxo e contradição. É sentir-se fortalecido pelas imensas organizações burocráticas que detêm o poder de controlar e frequentemente destruir comunidades, valores, vidas; e ainda sentir-se compelido a enfrentar essas forças, a lutar para mudar o *seu* mundo transformando-o em *nosso* mundo. É ser ao mesmo tempo revolucionário e conservador: aberto a novas possibilidades de experiência e aventura, aterrorizado pelo abismo niilista ao qual tantas das aventuras modernas conduzem, na expectativa de criar e conservar algo real, ainda quando tudo em volta se desfaz.

Essa força construtiva e destrutiva da modernidade permitiu a consolidação e as transformações do Estado, bem como seu descrédito nestes tempos nebulosos, velozes, voláteis e efêmeros que se convencionou chamar “pós-modernos”.²² Alguns já falam mesmo em “tempos hiper modernos”.²³ Porém, seriam estas experiências muito diferentes daquelas descritas acima?²⁴ Parece que, em verdade, esses novos termos apenas demonstram que permanecemos presos ao mesmo conceito chave.²⁵

²¹ BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade. Tradução: Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Lorriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986. p. 13-14.

²² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: CUNHA, Sérgio Sérulo; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Estudos de direito constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 24.

²³ LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Les temps hypermodernes**. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2006. p. 55: “Tudo se passa como se estivéssemos passado da era ‘pós’ para a era ‘hiper’. [...] E não se trata de sair do mundo da tradição para ascender à racionalidade moderna, mas de modernizar a própria modernidade. [...] Na hiper-modernidade não há escolha, não há alternativa além de evoluir, acelerar a mobilidade para não ser ultrapassado pela ‘evolução’.”

²⁴ LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno explicado às crianças**: correspondência 1982-1985. Tradução de Tereza Coelho. 2. ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993. p. 24: “O que é então o pós-moderno? Que lugar ocupa ou não ocupa no trabalho vertiginoso das questões lançadas às regras da imagem e da narrativa? [...] Uma obra só pode ser moderna se primeiro for pós-moderna. O pós-modernismo, entendido assim, não é o modernismo no seu estado terminal, mas no seu estado nascente, e esse estado é constante.”

²⁵ SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008. p. 12: “[Parece haver] um grande divisor de águas entre, de um lado, os autores que continuam a definir a sociedade atual como moderna, ainda que lhe adicionem um ou outro qualificativo; e, de outro, os autores que preferem considerar esta sociedade como ‘pós-moderna’, uma expressão que parece indicar a transição entre uma situação na qual o que era antes já não é mais; e o que está por vir ainda não se completou.” (No mesmo sentido também: FERRAZ, Leonardo de Araújo. Da teoria à crítica: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 19: “O termo Alta Modernidade, assim empregado por Lúcio Chamon no próprio título de sua obra “Filosofia do Direito na Alta Modernidade”, é mais apropriado a uma abordagem habermasiana da sociedade, haja vista o termo

Nesse cenário, a condição do Estado constitucional estruturado sobre os direitos fundamentais é por muitos vista com pessimismo. Zygmunt Baumann demonstra como a glorificação do capital e o consumismo desenfreado vão enfraquecendo progressivamente o “Estado de bem-estar social”, estigmatizando aqueles que se socorrem da – já pouca – previdência oferecida, ao mesmo tempo em que o poder estatal é exercido para cada vez mais aprisionar muitos dos que vão sendo excluídos do mercado. Há algumas décadas, esse modelo de estado “não era concebido como *caridade*, mas como um *direito* do cidadão, e não como fornecimento de donativos individuais, mas como uma forma de *seguro coletivo*”.²⁶ Por outro lado, ainda é possível afirmar que, não obstante essas duras verdades e o ritmo alucinante de tantas mudanças, o Estado Constitucional mantém a sua força e dá mostras de que, mesmo com eventuais falhas, será ainda por um bom tempo a forma de vida em sociedade por excelência.

1.1.1.1 O surgimento do direito do trabalho em um cenário de contradições

O direito do trabalho também nasceu no seio da “era das revoluções”, no momento em que são tomadas efetivas medidas estatais contra as seculares “corporações de ofício”, as quais conservavam o monopólio do trabalho a poucos. Afinada com a ótica liberal-burguesa da revolução iminente na França, surgiu a “liberdade de trabalhar”. Tal se deu após várias investidas do Estado até a fulminante “Lei Chapellier”, de 14 de junho de 1791, a qual extinguiu todas as corporações, inclusive as clandestinas. A partir de então bastava “apenas o interesse particular de cada indivíduo” para que se exercesse qualquer trabalho.²⁷ No

Pós-modernidade estar frequentemente associado aos críticos da razão ou irracionistas como Derrida, Lyotard ou mesmo Richard Rorty.”)

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução: Mauro Gama, Cláudia Martinelli gama. Revisão técnica: Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 51.

²⁷ ALEMÃO, Ivan. O direito ao trabalho na história e na Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 959-963. (Por “**trabalho** [entende-se] toda atividade que gera um produto ou serviço para uso imediato ou troca [...] *Ocupação* é o tipo de trabalho feito por pessoas, tais como carpintaria, enfermagem ou cuidado de crianças. Em sociedades de mercado, onde indivíduos satisfazem suas necessidades principalmente mediante o auferimento de salário [...] o trabalho é em geral considerado como ocupação apenas se resultar em ganho monetário. Como consequência, grande volume de trabalho realizado jamais é considerado como ocupacional. [Por sua vez,] o *emprego* é um ambiente social particular, no qual tal trabalho é realizado. [Vários empregos de certo trabalhador], em conjunto,

entanto, essa conquista logo se revelaria bastante limitada, pois não garantia boas condições para aqueles que conseguiam um posto.

De maneira paralela, a Revolução Industrial desenvolvia-se contemporaneamente aos movimentos revolucionários na iminente República Francesa. A Inglaterra foi o ponto nevrálgico dessa revolução dos meios de produção, na qual a máquina a vapor de James Watt eliminava postos de trabalho, provocando desemprego em massa e derrubando os valores dos salários – o que forçava esposas e filhos a complementarem a minguada renda de suas famílias por remuneração ainda mais baixa. Assim, para o mundo do trabalho, a melhor síntese desse cenário de liberalismo e revolução industrial é aquela de Arnaldo Süsskind: “A liberdade e a máquina não libertaram o trabalhador.”²⁸

A reação contra essa situação foi alinhavada a partir da organização dos trabalhadores ingleses, os quais reavivaram as “trade unions”²⁹ com fins de lutar por melhores condições de trabalho, o que, no ano de 1824, levou o Parlamento Britânico a tolerar o sindicalismo. Os movimentos reivindicatórios prosperaram de maneira a ser criada, em 1833, uma confederação sindical de meio milhão de associados, a “União Nacional Consolidada”, a qual deflagrou uma série de greves visando uma “Carta Constitucional do Trabalho”. O movimento “cartista” teve sucesso em limitar a jornada de trabalho em 10 horas diárias em 1847, e, já consolidado como “sindicalismo”, suas ideias e força se espalharam para a França, onde também se limitou a jornada laboral em outros países industrializados, como Alemanha, Itália e Estados Unidos da América. “Estava [então] quebrado o tabu do não-intervencionismo do Estado nas relações de trabalho. Em 1871, o Governo inglês, sob a chefia de Disraeli, regulamentou o *direito à sindicalização*”, exemplo

constituem uma *carreira*”. (JOHNSON, Allan G. **Dicionário de sociologia**: guia prático da linguagem sociológica. Trad. Ruy Jungmann. Consultoria: Renato Lessa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 241.)

²⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000. p. 82-83.

²⁹ Ibid., p. 84: As “trade unions” eram associações de trabalhadores que, pelo menos desde 1720, reivindicavam melhores salários e menores jornadas de trabalho. Em 1799 e 1800, os “Combinations Acts” lançaram-nas na ilegalidade. Sua reorganização nos anos 20 do século XIX foi o início de um progressivo crescimento que acabou por ensejar o “Congresso das Trade Unions” que, no ano de 1903, veio a criar não menos do que o “Labour Party” inglês, uma das duas maiores forças políticas inglesas.

que seria seguido por outros países.³⁰ Dessa maneira, as leis laborais vão nascendo por força das lutas sindicais ao passo em que o jovem “direito do trabalho” vai se consolidando como a trincheira da luta operária.

1.1.2 A evolução dos direitos fundamentais: da positivação à especificação

O conceito de “direitos fundamentais” expressa ao mesmo tempo “uma pretensão moral justificada e sua recepção no direito positivo”. A primeira repousa sobre o conceito de dignidade humana, enquanto a necessária normatização possibilita sua efetivação. Com isso, resta superada “a dialética jusnaturalismo-positivismo”. Demais disso, em nome da efetividade desses direitos se mostra necessária uma complementaridade entre abordagens estatais liberais, democráticas e socialistas,³¹ atuando esses direitos na forma de um “subsistema no sistema jurídico” e, no plano da “eficácia”, influenciando a realidade social e dela sorvendo a moralidade que os enseja.³² O que justifica essas quebras de barreiras conceituais, políticas e sistemáticas³³ é a força dos direitos fundamentais é a grandeza de seu fundamento: o ideal da *dignidade humana*, o qual determina ser “o homem um fim em si mesmo enquanto “sujeito de uma razão prático-moral”, possuindo uma dignidade intrínseca absoluta, “podendo medir-se com qualquer outro desta espécie e valorar-se em pé de igualdade”.³⁴ Com tal força, cada homem carrega em si toda a humanidade e é merecedor de sua plenitude moral.

Nascem então os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito para permitir a cada um lutar pelas conquistas da modernidade. O fim do Estado Democrático de Direito é permitir a realização de cada um; é ele um instrumento para a busca da plenitude humana. Cada garantia ou direito que dele provém é meio

³⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000. p. 84-85.

³¹ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba (Com la colaboración de: Rafael de Asís Roig y Maria del Carmen Barranco Avilés). **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Dykinson, 2004. (Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho). p. 29. (O autor argumenta que a qualificação “fundamentais” a esses direitos é mais indicada do que a de “humanos”, “naturais”, “públicos subjetivos” ou “morais”, bem como mais apropriada do que a locução “liberdades públicas”. Também neste trabalho prefere-se “direitos fundamentais”, a qual abriga suas dimensões moral e positiva. Ibid., p. 19-29)

³² Ibid., p. 44-47.

³³ Sobre a noção de “sistema”, cf. item “1.3.3.2”.

³⁴ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, apresentação e notas de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005a. p. 367.

para que se alcance as conquistas modernas, assimilando-as ao desejado modo de vida eleito pelo sujeito autônomo kantiano, personagem da inegável sociedade multicultural de hoje.³⁵ Alguém poderia argumentar que tal visão é utópica. Porém, como bem afirma Costa Douzinas ao tratar dos direitos humanos – ou fundamentais –, representam eles um eterno devir; o horizonte que se afasta a cada passo e, com isso, permite e obriga o continuar da caminhada; “são eles a promessa do ‘ainda não’ [e] seu fim chega quando eles perdem o seu fim utópico”.³⁶

A trajetória dos direitos fundamentais envolveu – e envolve – pelo menos quatro etapas: sua positivação; generalização; internacionalização; e especificação.³⁷ Seguindo-se os passos de Gregorio Peces-Barba Martínez, inicia-se por dizer que, no que tange à normatização dos direitos, decorre ela das ideias contratualistas e juracionalistas nas quais eles nasceram. Tal se dá quando John Locke sustenta que as razões para os homens ingressarem em sociedade são o desfrute da paz e da segurança – o que representa um passo além das ideias absolutistas de Thomas Hobbes, as quais meramente justificavam o poder estatal. A partir daí fica claro que a moralidade dos direitos deve ser completada e positivada através da lei, entendida esta como expressão jurídica de um poder político que só pode decorrer de uma vontade popular.

³⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Multiculturalismo: o “olho do furacão” no direito pós-moderno. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, RS, v.1, n.1, dez. 2006. p. 161-168. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/121/102>> Acesso em: 30 jan. 2011. [...], Por *multiculturalismo* entende-se, “dentre outras maneiras, a coexistência de diferentes culturas em um mesmo país, continente ou mesmo na sociedade global.” É possível falar do assunto sob vários enfoques: *libertário*, com Robert Nozick e Friedrich Hayek; *liberal-contratualista*, seguindo-se os passos de John Rawls e Ronald Dworkin; *comunitarista* de Michael Walzer, Alasdair Mcintyre Michael Sandel e Charles Taylor, para quem o melhor – ou possível – convívio das diferenças multiculturais exige que sejam elas - mais do que toleradas – reconhecidas; e *crítico deliberativo*, com Jürgen Habermas. (Cabe desde já ressaltar que J. Habermas “vincula [três aspectos] ao tema do multiculturalismo, a saber: a defesa do princípio da igualdade cívica contra as tentativas de desconstrução do liberalismo; as conseqüências ambivalentes dos direitos de grupos fundados pelo multiculturalismo; e a consistência conceitual da intersecção de liberdade e igualdade em casos de igual tratamento das culturas, problema que tem a ver com a razoabilidade normativa dos custos que indivíduos e grupos têm de pagar para uma adaptação à modernização cultural e social.” (SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas**: entre Apel e Habermas. _____. (Org.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 13).

³⁶ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 384.

³⁷ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba (Com la colaboración de: Rafael de Asís Roig y Maria del Carmen Barranco Avilés). **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Dykinson, 2004. (Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho). p. 103-134. (Nos próximos parágrafos passa-se a tratar desse processo, seguindo-se o autor.)

A generalização dos direitos fundamentais reflete sua pretensão de extensão à totalidade da humanidade. Não obstante suas raízes burguesas – o que levaria Marx e outros os rejeitarem -, parte-se da possibilidade de transcendência histórica para, através de pontes erguidas pela democracia entre o liberalismo e o socialismo, se chegue à almejada generalização através de um processo que envolve, principalmente: participação política igualitária; solidariedade e igualdade como passos seguintes aos direitos de liberdade; e limites ao direito de propriedade – os quais vão resultar em sua “função social” - a qual será examinada mais à frente. Sintomático do início desses tempos em que a igualdade e a solidariedade entram em cena foram os conflitos de classe de 1848, momento em que o direito ao trabalho passa a ser “visto não mais como liberdade de exercer qualquer profissão, mas como possibilidade de adquirir emprego por meio de luta política”.³⁸ Essa luta pela generalização não se interrompe. O alcance total dos direitos fundamentais é uma tarefa em constante andamento, sempre sob novas ameaças.

A internacionalização dos direitos é uma das formas com que se tenta generalizá-los, principalmente após as grandes guerras do séc. XX. Tal se dá através de organismos internacionais, do direito internacional e da pressão comunitária, visando-se expandir os direitos fundamentais o quanto possível. Porém, esse trabalho envolve um embate dialético complicado: até que ponto os direitos fundamentais são mesmo universais? Ultrapassam eles diferenças culturais tão profundas como aquelas que existem entre a sociedade capitalista ocidental e o mundo islâmico? Qual legitimidade foi conferida aos ocidentais para decidir quais seriam os direitos fundamentais? As respostas a essas dúvidas são muitas; o consenso a respeito é pequeno. Heiner Bielefeld tenta amenizar aquela que entende ser a maior objeção aos direitos humanos: a sua origem e fundamentação ocidental. Para tal, afirma que “devemos entender a origem *ocidental* dos direitos humanos como fato puro e simplesmente histórico, pois, pelo que sabemos, foi na Europa e na América do Norte que pela primeira vez esses direitos entraram em vigor”.³⁹ Esse caminho vem ao encontro da ideia de historicidade dos direitos fundamentais e, nos

³⁸ ALEMÃO, Ivan. O direito ao trabalho na história e na Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 964.

³⁹ BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um *ethos* de liberdade universal**. Trad. Dankwart Bernsmüller; São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000. p. 158.

termos propostos por Charles Taylor, pode ser um bom caminho em direção à sua internacionalização, desde que, pelo diálogo com o outro, seja possível reconhecê-lo, mesmo que pleno de diferenças.⁴⁰

No que tange aos direitos dos trabalhadores, sua internacionalização inicia-se com as “Conferências de Berna” - de 1905 ao ano de 1913 -, as quais, dentre outras medidas, fixaram normas sobre jornada de trabalho, sobre horário noturno e medidas de proteção a mulheres e menores. Após o fim da primeira guerra mundial, realiza-se na mesma cidade a “Conferência Sindical Internacional”, aprovando a “Carta do Trabalho” com diretrizes a serem seguidas no Tratado de Paz que seria assinado em 1919, em Versalhes; no capítulo XIII do documento, restava criada a “Organização Internacional do Trabalho” – “OIT” - e consolidados os “princípios gerais do trabalho”; dentre eles: o princípio diretivo de que o labor não é mercadoria; o direito de associação; salário condizente; jornada de 8 horas diárias e 48 semanais; descanso semanal de 24 horas; supressão de trabalho a crianças; isonomia salarial; normas de saúde, segurança e proteção ao trabalhador.⁴¹

Por fim, afirma Martínez que os direitos fundamentais vivem um processo de concreção (ou “especificação”, como prefere Norberto Bobbio), o que pode se referir à titularidade ou ao conteúdo desses direitos. Quanto ao primeiro aspecto, trata-se de uma superação da ideia de homem em abstrato como titular dos direitos, momento em que se começa a dirigi-los a pessoas concretas que demandam um tratamento especial, como é o caso de imigrantes, crianças, idosos, etc.; no que diz respeito ao seu conteúdo específico, se está a falar dos novos direitos referentes ao meio ambiente, ao desenvolvimento e à paz, os quais têm como titulares pessoas “do futuro”, bem como nações e povos. Envolvem esses direitos também a chamada

⁴⁰ TAYLOR, Charles. **Multiculturalisme: différence et démocratie**. Commentaires de Amy Gutmann, Steven C. Rockefeller, Michael Walzer, Susan Wolf. Trad. Denis-Armand Canal. Champs essais. Paris: Éditions Flammarion, 2009. p. 52: “Assim, a minha descoberta de minha própria identidade não significa que eu a elabore isoladamente, mas que eu a negocie pelo diálogo, parcialmente exterior, parcialmente Interior, com os outros. Essa é a razão pela qual o desenvolvimento de um ideal de identidade engendrado interiormente dá uma importância nova ao reconhecimento. Minha identidade própria depende vitalmente de minhas relações dialógicas com os outros.” O autor fala nessa “conexão estreita entre identidade e reconhecimento” teve na modernidade ambiente para se desenvolver, apontando as obras de Jean-Jacques Rousseau e, principalmente, Hegel como fundamentais para consolidar tal fenômeno.

⁴¹ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000. p. 94-108.

“objeção de consciência”, diferença pessoal que pode justificar distinções decorrentes de questões éticas privadas.

1.1.3 Os quatro pilares fundamentais das novas ordens jurídicas

A história mostra que, na forma de direitos fundamentais, os valores de liberdade, igualdade, segurança e solidariedade fortalecem as ideias da dignidade humana.⁴² Nesses termos, tendo em vista sua ligação direta com o conceito de moralidade e de autonomia, é a “liberdade” - em seus aspectos “social, política e jurídica” - o alicerce maior dos direitos fundamentais, uma condição necessária para a ação individual. Ela permite a cada indivíduo alcançar os objetivos e fins morais que persegue. Sublinha-se que o autor está a falar de “liberdade social, política e jurídica” derivada de mecanismos de organização da vida em sociedade, os quais permitem o exercício das livres decisões que se toma sem que seja impedido ou coagido de fazê-lo; portanto, trata-se de um aspecto externo da liberdade; está ele fora do sujeito que a exerce - diferentemente da “liberdade psicológica” e da “liberdade moral”.

Diferentemente da idade média, quando era a Igreja que concedia certa segurança às relações interpessoais, na modernidade a segurança jurídica se apoia no ordenamento único gerado pela soberania estatal; agora, ela é fruto do direito e perfaz uma redoma de certeza e confiança nas relações sociais, a fim de que cada ser humano possa buscar sua plenitude sem surpresas desagradáveis provindas do poder estatal ou mesmo do próprio ordenamento jurídico. É graças à segurança jurídica que, em um estado democrático, pode-se responder a questões como: “Quem manda?”; “Como se manda?”; “Quem julga?”; “Como se publicam as leis?”; etc. Se tais respostas fossem indefinidas, o clima de medo tornaria difícil o exercício da plenitude humana.

A solidariedade apresenta viés moderno e secularizado, distinto daquele dos antigos, mais atrelada a aspectos religiosos. Deve ela ser vista como pano de fundo de todo este trabalho, como aspecto de sua especial importância. Da análise da

⁴² MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba (Com la colaboración de: Rafael de Asís Roig y Maria del Carmen Barranco Avilés). **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Dykinson, 2004. (Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho). p. 135-189.

igualdade e da proteção ao hipossuficiente, passando pela relação entre ambos, impõe-se uma visão impregnada de reconhecimento e respeito a cada pessoa. Essa “atitude por parte de um sujeito ou de um grupo tendente à identificação com as aspirações, necessidades ou problemas do outro, [a qual] supõe uma relação psicológica de participação e ‘empatia’, fazendo próprias as inquietudes alheias”.⁴³ Trata-se da solidariedade enlaçada à igualdade – ambas unidas pelo reconhecer-se no outro, pelo colocar-se em seu lugar -, transcreve-se:⁴⁴

O ponto de partida da solidariedade é o reconhecimento da realidade do outro e a consideração de seus problemas como não alheios, senão suscetíveis de resolução com intervenção dos poderes públicos e dos demais. [...] O objetivo a alcançar supõe chegar àquelas pessoas que se encontram em uma situação mais débil, mais desfavorecida e mais desvantajosa. A solidariedade [...] tem como meios para alcançar esses objetivos a cooperação e a criação de relações jurídicas de integração. Por razões solidárias, o princípio da igualdade não sofreria ao se tomar medidas discriminatórias a favor dos mais fracos; é a igualdade como diferenciação.

Sobre a igualdade se tratará longamente no item “2.1”, razão pela qual se deixa de abordá-la neste momento. Por ora diga-se apenas que, enquanto direito fundamental a isonomia atua como princípio de organização e como fundamento dos direitos, estabelecendo critérios concretos para consubstanciar a solidariedade; cria ela condições materiais para uma liberdade possível entre todos e, com ambas as atitudes, contribui para a segurança jurídica. Portanto está intimamente envolvida com os demais pilares fundamentais do Estado de Direito. Esclarecida a visão de “direitos fundamentais” adotada neste trabalho, cabe agora examinar seu ingresso na ordem jurídica brasileira.

1.2 ASPECTOS EVOLUTIVOS DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

1.2.1 Fundamentos, criação e evolução do direito laboral em terras brasileiras

⁴³ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba (Com la colaboración de: Rafael de Asís Roig y Maria del Carmen Barranco Avilés). **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Dykinson, 2004. (Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho). p. 122. (O autor usa entre aspas o neologismo “simpatéticamente”, o qual foi interpretado como uma referência à “sympathy” da língua inglesa, palavra que reflete certa compreensão dos sentimentos e sofrimentos alheios, em sentido quase literal de “solidariedade”; dessa forma optou-se por traduzir o termo por “empatia”).

⁴⁴ Ibid., p. 178-179.

Com suas dimensões continentais e baixa densidade demográfica, o Brasil enfrentou históricos problemas de escassez de mão de obra. Mesmo o tráfico de escravos de grandes dimensões não significou uma grande massa trabalhadora presente no país, pois essa população brasileira, que por volta de 1872 somava cerca de 1,5 milhão de trabalhadores, teve “uma taxa de mortalidade bem superior à de natalidade”.⁴⁵ Ainda no século XIX, levas de imigrantes provindos da Alemanha e da Itália chegaram ao país; houve ainda migrações internas, das - já quase exauridas - Minas Gerais para os cafezais de São Paulo, bem como meio milhão de trabalhadores predominantemente nordestinos para a floresta amazônica em função do ciclo da borracha.⁴⁶ Nem por isso tudo o trabalho humano foi devidamente valorizado no país, o que pode ter ocorrido em razão da pouca organização dos trabalhadores e do labor predominantemente rural. Esses fatores eram decorrência de restrições quase absolutas à educação e do isolamento em que viviam as populações no vasto território brasileiro,⁴⁷ o que transformava as relações de trabalho em relações quase familiares, quase patriarcais, aspectos esses que foram tão bem retratados em clássicos de nossa historiografia.⁴⁸ Tendo em vista o cenário de cerca de 400 anos de desconsideração pelo trabalho humano, afirma Celso Furtado: “O fato de maior relevância ocorrido na economia brasileira no último

⁴⁵ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1998. p. 119. (Por outro lado, em razão de que viviam e laboravam em condições menos degradantes nas propriedades pequenas do “velho sul”, os Estados Unidos da América contavam cerca de 4 milhões de escravos ao tempo da Guerra de Secessão, em função de razoável taxa de natalidade; enquanto isso, malgrado o Brasil ter importado três vezes mais desses trabalhadores do que o país do norte, encerra o século XIX com cerca de 1,5 milhão deles. Ibid., p. 117-118)

⁴⁶ Ibid., p. 123-135.

⁴⁷ A educação era artigo praticamente inexistente. Fosse porque aos escravos era negada, fosse porque muitos trabalhadores viviam em comunidades isoladas, as quais podiam ser paupérrimas e/ou formadas por imigrantes europeus vivendo em colônias que não se sentiam ligadas ao poder público nacional - ou mesmo regional. O isolamento de comunidades ensejou momentos marcantes de nossa história, como o “Episódio dos Muckers”, movimento messiânico surgido nas colônias alemãs do Rio Grande do Sul, tema do romance “Videiras de Cristal” do escritor gaúcho Luís Antônio de Assis Brasil; mas o mais paradigmático acontecimento nacional dessa espécie foi a “Guerra de Canudos” retratada na obra essencial de Euclides da Cunha: “O estranho território, a menos de quarenta léguas da antiga metrópole, destinava-se a atravessar absolutamente esquecido os quatrocentos anos de nossa história. [Os acidentes geográficos] deixavam-no de permeio, inabordável, ignoto.” (CUNHA, Euclides da. **Os sertões**: campanha de Canudos. Ilustrações de Alfredo Aquino. São Paulo: Abril Cultural, 1982. p. 17.

⁴⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 141-151.

quartel do século XIX foi, sem lugar à dúvida, o aumento da importância relativa do trabalho assalariado.”⁴⁹

No que tange ao direito desse longo período, é notável observar que desde 1603 Brasil esteve sob a égide das “Ordenações Filipinas”, legislação corporificada em Portugal por ordem de Felipe II da Espanha. As ideias quase medievais lá elencadas só começaram a ser superadas quando da chamada “Lei da Boa Razão”, de 1879 padronizou os processos e determinou a elucidação do “espírito da lei” como forma de interpretação preferível a qualquer outra; a lei ainda restringiu a influência do Direito Romano e reservou o Direito Canônico aos tribunais eclesiásticos. Assim, passaram-se a proclamação da Independência do Brasil; a Constituição Imperial de 1824; a Proclamação da República em 1889 e sua nova ordem constitucional, a partir de 1891.⁵⁰ De qualquer forma, algumas leis esparsas desse período foram notoriamente relevantes. Durante o período imperial, a Lei n. 13 de 1830 versava quanto ao contrato não verbal de prestação de serviços; no que diz respeito à locação de serviços por colonos, aplicava-se a Lei n. 108 de 1837; em 1879, o Dec. N. 2.827, revogando as duas leis anteriores, passou a regular toda a prestação de serviços. Havia ainda dispositivos sobre locação de serviços mercantis no Código Comercial de 1850 e o Dec. n. 1.313 de 1881 versava sobre o trabalho de menores. Durante a República, o Dec. 1.150 passou a privilegiar o pagamento dos salários dos empregados rurais, com sua sindicalização regulada pelo Dec. n. 979 de 1901.⁵¹ Não obstante, o país adentrou o século XX ainda sob a vigência daquelas Ordenações e Lei da Boa Razão.⁵²

1.2.1.1 O Código Civil de 1916 e seu impacto na cultura jurídica nacional

É somente em 1916, com a promulgação do primeiro “Código Civil Brasileiro” que a - até então - modesta legislação brasileira alcança ao menos uma condição de real independência. Isso não significa que o diploma legal abrigasse

⁴⁹ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1998. p. 151.

⁵⁰ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Justiça e Direito). p. 3-8.

⁵¹ SOUZA, Marcelo Papaléo. **Manual de execução trabalhista: arrematação, adjudicação e remição**. São Paulo: LTr, 2005. p. 41.

⁵² GOMES, op. cit., p. 8.

grandes voos progressistas e sociais. O simples fato de o Brasil passar a contar com seu próprio direito privado é acontecimento de enorme importância – se não o de maior relevância na história jurídica nacional. Não obstante, são inegáveis as influências lusitanas no texto – embora o Código Civil Português de 1867 já fosse um documento mais moderno em vários sentidos, tendo assumido inovações do Código Napoleônico. A lei pátria revela ainda um profundo apego à tradição e ao conservadorismo das relações sociais, mormente no que dizia respeito ao tratamento dado aos direitos de família – primeiro capítulo da “parte especial” do código - e de sucessões. A intenção do legislador era a de fortalecer ainda mais os laços familiares patriarcais, determinando a indissolubilidade do matrimônio, o regime da comunhão universal de bens e um rigoroso sistema de “legítimas” no que tange às sucessões.⁵³

O primeiro Código Civil Brasileiro é fruto basicamente de dois fatores, ambos de viés nitidamente conservador. Em primeiro lugar, é uma lei que mantém o poder financeiro rural; a tais elites interessava a manutenção de um sistema atrasado que permitia a forte exploração da mão de obra rural pelo território inóspito e precariamente desenvolvido. Por outro lado, no texto legal foram também contemplados os interesses da classe média urbana, a qual habitava principalmente as capitais da República e ostentava sinais de modernidade; não obstante, tratava-se de uma classe fortemente atrelada ao poder financeiro rural e a cargos públicos criados para comportá-la, o que iniciou a gerar uma pesada burocracia estatal, que logo se tornaria um dos maiores problemas do Estado Brasileiro.

Visando a manutenção de tais condições sociais, o que o Código Civil de 1916 pouco fez foi estabelecer maiores avanços sociais;⁵⁴ chegando a omitir-se a respeito da questão crucial referente ao acidente do trabalho, mesmo se sabendo que, àquele momento, já se consolidara na França a chamada “responsabilidade pelo risco” na infelizmente laboral.⁵⁵ Quanto à infelizmente laboral, fracassaram as

⁵³ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 8-23.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 24- 34.

⁵⁵ A responsabilidade civil objetiva tem suas origens na França do final do Séc. XIX. Os criadores da “teoria do risco” levaram em consideração o crescente número de acidentes inerentes à vida moderna e ao progresso, causados ora por novas máquinas, exigências ou transportes. A culpa por tais eventos era cada vez mais difusa e difícil de provar e por isso tomaram força tais teorias. Em nossos dias, a responsabilidade objetiva abrange vários aspectos da vida social, como direitos do

tentativas legislativas de inserção de artigos bem menos radicais no Código Civil, o que sequer comoveu a sociedade – até mesmo por que as massas que executavam os trabalhos pesados – predominantemente rurais – estavam totalmente alheias a esse debate, nada podendo fazer a respeito. Ao menos essa lacuna legislativa foi desfeita dois anos após, quando a Lei 3.724/19 veio tratar especificamente do acidente de trabalho e seus desdobramentos legais.⁵⁶

Por outro lado, ao tratar de “locação de serviços”, a lei foi o mais liberal possível, deixando o princípio da primazia da vontade em primeiro – ou único - plano. Assim, do art. 1.216 ao art. 1.236 do Código Civil de 1916, as previsões legais eram basicamente a respeito da avença ou arbitramento da retribuição e quanto às “justas causas” e outras formas de rescisão contratual; havia também detalhes a respeito de formalidades contratuais, sucessão de prédio agrícola, etc. Destaca-se apenas o art. 1.235, o qual tratava de uma pena pecuniária pelo “aliciamento de executores” de serviços; porém, a sanção se limitava ao pagamento em dobro do que seria devido ao locatário por quatro anos,⁵⁷ o que não era por demais expressivo, mormente quando se leva em conta que tal falta contratual corresponde hoje ao crime previsto no art. 207 do Código Penal Brasileiro, com pena de detenção de um a três anos. Portanto, fica claro que foram por demais tímidas as medidas protetoras ao locador de serviços o qual, não obstante sem vínculo de emprego,

consumidor, transportes, etc., O parágrafo único do art. 927 do Código Civil consagra a responsabilidade objetiva, “Independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”; (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo LIV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. p. 84): “A 16 de junho de 1896 a Corte de Cassação da França, pôs de lado qualquer pressuposto de culpa para a reparação dos danos causados por acidentes, sendo que a Lei Francesa de 9 de abril de 1898, resume a vitória, nesse setor, da teoria da responsabilidade pelos riscos”; (GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Elementos de direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1969. p. 41): “Em 1894, em *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, SALEILLES, em face dos riscos criados pela Revolução Industrial, pretendeu substituir a idéia de falta pela do “risco criado”. Logo depois, em 1897, JOSSERAND, em um trabalho intitulado *De la responsabilité du fait de choses inanimées*, segue-o, tornando-se, juntamente com SAVATIER, que logo aderiu, os grandes teóricos desse movimento. [...] DUGUIT (*Les transformations générales du droit depuis le Code Napoléon*, 1912) aderiu à moda, criticou a importância dada à responsabilidade subjetiva [...] DE PAGE (Droit Civil Belge) fala-nos da “marcha da responsabilidade pela falta de responsabilidade sem falta” [...]”.

⁵⁶ CATHARINO, José Martins. **Infórtunio do trabalho**: doutrina e legislação: com comentários à Lei 5.316/967. Guanabara: Edições Trabalhistas S/A., 1968. p. 14: Sobre a legislação brasileira sobre a matéria, o autor aponta “três fases bem distintas: a primeira confinada na legislação comum; a segunda, a da legislação do trabalho, iniciada pela Lei n.º 3.724, de 15-1-1919, complementada pelo Decreto n.º 13.498 de 12 de março do mesmo ano; a terceira, com a advento da Lei n.º 5.316”, de 14 de setembro de 1967.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 2. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 825.

empresta sua força de trabalho a outrem, o que deveria justificar maior preocupação do legislador a seu respeito.

Clóvis Beviláqua defendeu o Código daqueles que o acusavam de “burguês”, apontando que tais documentos são o resultado de transações e compromissos consolidados, não havendo ali espaço para experiências arrojadas; por isso, com o mesmo cuidado, se deve evitar exageros individualistas e pretensões socializantes. No que tange a estas últimas, é fato que pouco ou nada se fizeram presentes na lei, sendo que a defesa da “livre iniciativa” e a intenção de evitar majorar custos de produção praticamente não deixou espaço para proteções de cunho social. De qualquer maneira, como conclui Orlando Gomes, quando visto no cenário de sua época, o Código Civil de 1916 pode aparecer como um documento que consolidou as reformas e avanços possíveis, considerando-se a estrutura social notoriamente injusta daquele momento. É possível que ele não pudesse ir mais longe ao que tange à questão social.⁵⁸

1.2.1.2 Os direitos trabalhistas: da “Era Vargas” à redemocratização dos anos 80

A “questão social” é um problema presente no Brasil desde seus primórdios. Seu tímido enfrentamento não se iniciou na “Era Vargas”, sendo que leis sindicais, do trabalho avulso, etc. foram progressivamente sendo criadas. Não obstante, é fato que “só a partir de 1930 que ocorre a aceleração e a sistematicidade das leis trabalhistas, encaradas, desde então, como uma política de Estado”, sendo quase a totalidade dessa legislação editada durante o Governo Provisório; o “Estado Novo” praticamente limitou-se a sistematizar as leis na Consolidação das Leis do Trabalho, já nos anos 40.⁵⁹ De fato, o ano de 1934 foi decisivo para o direito do trabalho brasileiro. A Constituição promulgada alinhavou pretensões sociais consideráveis, criando a Justiça do Trabalho, o salário mínimo e outras garantias constitucionais. Não obstante, tendo em vista o momento político contraditório que se vivia por todo mundo – progresso científico nas ciências humanas subjugado pela ascensão de

⁵⁸ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 32-46.

⁵⁹ BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 48-49.

ordens constitucionais autoritárias -, se frustraram as expectativas de uma ordem social brasileira mais justa; foi este o resultado inevitável da forte “bipolarização ideológica” vivida no Brasil da época, a qual culminou com conflitos que criaram o pretexto da “ameaça comunista” para justificar emendas constitucionais autoritárias que, já no ano seguinte de sua vigência, descaracterizaram aquele texto constitucional.⁶⁰ De qualquer forma, permaneceram a Justiça do Trabalho e algumas conquistas como sinal de melhores tempos.

Faz-se necessário afirmar que a “Carta de 1937” - que veio substituir a Constituição de 1934 - confirmou os direitos laborais nela listados ao mesmo tempo em que fortaleceu enormemente o viés autoritário que já se vislumbrava nas leis trabalhistas de então. Conforme Orlando Gomes, as fontes para tal rota foram “os princípios basilares do ordenamento sindical corporativo do fascismo [...] definidos na Carta del Lavoro, de abril de 1927”.⁶¹ Posteriormente, a Consolidação das Leis do Trabalho (Dec. Lei N. 5.452 de 1º/05/1943), apesar de nascer sob a égide do difícil período do “Estado Novo”, significou mais notáveis conquistas obreiras. Com um viés bastante estatizante, o Decreto atrelou os sindicatos ao poder público e excluiu os trabalhadores rurais e domésticos de sua teia protetora; por outro lado, detalhou enormemente as relações de trabalho urbanas, a ponto de praticamente tornar impossível uma melhor adequação de seus mandamentos às diferentes realidades de nosso país. Mas não obstante possa sofrer justas críticas, o texto da Consolidação aliado à Justiça Especial do Trabalho e ao capítulo dedicado aos

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 20-22. (Sobre a “bipolarização ideológica” dos anos 30, o autor realça o embate político entre a “Ação Integralista Brasileira” de Plínio Salgado e a “Aliança Nacional Libertadora”, com intenções antiimperialistas e antifascistas.)

⁶¹ GOMES, Orlando. Raízes políticas e ideológicas da CLT. In: _____. **Ensaio de direito civil e de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986. p. 192-194: Sobre o direito do trabalho implantado entre a revolução de 1930 e a derrocada do Estado Novo em 1945, afirma o autor: “Toda a legislação partejada nesse intermezzo autoritário de quinze anos, interrompido durante pequeno hiato, tem sua fonte no sistema corporativo do regime fascista da Itália, que era rigorosamente totalitário no campo da produção e do trabalho. O mais superficial confronto entre os dois ordenamentos do trabalho, nas suas matrizes ideológicas, no teor publicístico das leis do trabalho, na concessão de poder normativo às categorias organizadas em sindicato, na atribuição de força legal a sentenças da magistratura do trabalho, em síntese, na atitude paternalista para com o trabalhador isolado e na supressiva dos seus direitos coletivos, revela irretorquivelmente a substância comum das duas legislações, muito embora o regime corporativo, previsto na Carta de 1937, jamais tivesse sido completamente institucionalizado no país.” (Afirma-se desde logo, porém, que existe hoje um forte movimento revisionista do entendimento a respeito de origens fascistas da Consolidação das Leis do Trabalho, como será examinado no segundo parágrafo vindouro.)

“direitos sociais” da Constituição da República de 1988, constitui a tríade que estipula um dos mais relevantes vetores para a busca da justiça social em nosso país.

Após o regime ditatorial do Estado Novo, passa o Brasil por um “intervalo democrático” no qual se promulga a Constituição de 1946. Boas diretrizes econômico-sociais constavam de seu texto. Foi esse um tempo de inegáveis progressos representativos, com partidos fortes e melhores eleições; mas nem por isso deixou de existir crises graves, como a cassação do registro do Partido Comunista nacional e a vitória de Getúlio Vargas nas urnas, o qual acabou por suicidar-se em 1954 e, com isso, paradoxalmente estender o período democrático por mais dez anos. Em 1956, Juscelino Kubitschek foi eleito presidente, mesmo ano em que, em momento de maior abertura política, Gianfrancesco Guarnieri escrevia “Eles não usam black-tie”, peça que lança um profundo olhar sobre a luta operária no Brasil, em seus maiores e mais íntimos aspectos, obra essa que, em 1981, seria sucesso em versão cinematográfica de Leon Hirszman.⁶²

É possível fazer duas leituras sociológicas bem diversas do que representaram os direitos trabalhistas instituídos da “Era Vargas” até o ano de 1964; a interpretação que prevalece é aquela no sentido de que foi um período de clientelismo, “manipulação e cooptação das massas [e] corporativismo estatal”, momento em que um Estado de inspiração fascista interrompeu a luta dos trabalhadores que teve início durante a República Velha. No entanto, vem ganhando força uma interpretação bastante diferente desse período, a qual analisa o momento levando em consideração o impacto complexo e as inerentes ambiguidades que uma normatização trabalhista daquele porte acarreta nas relações sociais das classes operárias; de acordo com esta visão, há uma atuação pragmática dos trabalhadores visando manter e ampliar as conquistas recém adquiridas – portanto, rejeita-se também a ideia de que teria havido uma mera “outorga” de direitos -; nos termos dessa releitura sociológica, há um pacto entre Estado e trabalhadores, o que fortaleceu a ambos, restando como maior conquista da classe operária o alcance da

⁶² **Eles não usam black-tie.** Produção e direção de Leon Hirszman. Cor, 35mm, 134min. São Paulo, 1981. DVD.

cidadania através dos direitos sociais; é uma conquista que, em última instância, fortalece a dignidade humana.⁶³

O autoritarismo estatal voltou com o golpe militar de 1964. Nesse período, duas Cartas Constitucionais (de 1967 e 1969) tornaram impossível estabelecer avanços sociais não determinados pelo próprio Estado.⁶⁴ Foi o conhecido - e ainda recente - tempo de forte repressão política e cultural, com censura, prisões, exílios, tortura e demais atos característicos de um Estado autoritário. Nesse cenário, pouco espaço e condições havia para protestos, embates políticos ou mesmo para eleições. Em sua maioria, a classe média brasileira apoiava o regime visando evitar o “mal maior” comunista. Demais disso, também não havia uma unanimidade crítica do proletariado, pois o inegável progresso econômico tornava possíveis avanços materiais e ingresso no mercado de emprego às massas. Obras estruturais de grande porte também colaboravam para angariar apoio ao regime antidemocrático. Esse cenário econômico foi abalado pelas duas crises do petróleo dos anos 70 e, no alvorecer dos anos 80, o desgaste político e a astronômica dívida externa acumulada pelo Brasil ensejaram a inevitável derrocada do regime. Após a notável campanha pelas eleições diretas, o povo brasileiro é mais uma vez impedido de exercer seu direito de voto. Não obstante, o “Colégio Eleitoral” elege Presidente da República Tancredo Neves, um dos maiores nomes da oposição no país. O carismático mineiro vem a falecer ainda antes de assumir o cargo, configurando um dos momentos de maior frustração política da história brasileira.

1.2.2 A Constituição de 1988

O retorno “lento e gradual” do Brasil à democracia culminou com a Constituição de 1988. Aclamada como “Cidadã”, ela representou uma notória reafirmação dos direitos fundamentais e das garantias, conquistas que estão ainda impregnando a jovem consciência participativa do povo brasileiro. Não obstante, dois grandes vícios podem ser apontados no texto constitucional: em primeiro lugar, a

⁶³ BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 50-54.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25-40.

confusa sistemática de sua criação não evitou um exagero normativo que se perde em detalhes e prolixidades que são totalmente desaconselháveis em um documento de tal abrangência e importância, o qual não deve conter passagens que, por seu exagerado detalhamento, pouco podem adaptar-se às inevitáveis novas realidades⁶⁵ – demais disso, muitas dessas longas passagens são meramente corporativas e/ou desinteressantes para a imensa maioria dos cidadãos; por outro lado, grupos de pressão que representavam forças conservadoras forçavam a presença de normas que se poderia chamar “retrocessoras”, uma vez que inseridas no documento normativo impedindo a efetividade de outras. Com isso, restou inevitável a presença de notáveis dicotomias em seu texto. Lembra-se a alcunha de “centrão” ao grupo político que se encarregou de bloquear mudanças relevantes. Transparece ainda na presente Constituição o que Luís Fernando Barroso chama “esquizofrenias ideológicas”.⁶⁶ Pode ser por boas intenções que a constituinte tenha tentado comportar a pluralidade humana e ideológica de nossa Nação. Realmente, é possível concordar que nada há de dicotômico entre as normas apontadas, as quais, inclusive, refletem a verve apaziguadora e pacífica do “cordial” povo brasileiro⁶⁷ - porém, até que ponto essa dialética pode ser usada para paralisar eventuais mudanças sociais, é questão interessante a ser tratada alhures.

1.2.2.1 Os direitos laborais na ordem democrática brasileira de hoje

A Constituição da República de 1988 representou inegáveis avanços trabalhistas listados principalmente em seu art. 7º, como é o caso da isonomia entre empregados urbanos, rurais e avulsos, além de expressivos avanços no que tange aos empregados domésticos. O aviso prévio de oito dias quando da despedida

⁶⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 21: “Abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, ela [, a Constituição], deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns *poucos princípios fundamentais* [...]”.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 40-56.

⁶⁷ Embora seja enormemente repetida - a ponto de quase tornar-se clichê -, a afirmação de Sérgio Buarque de Holanda, no sentido de que “o brasileiro é cordial” ainda pode explicar o predomínio da emoção sobre a razão em tantos de seus aspectos. A origem de tal característica seriam as origens familiares e pessoais de nossa sociedade rural e patriarcal, a qual tornava necessária uma proximidade íntima entre todos. (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 146-151). “Já se disse, numa expressão feliz, que a contribuição brasileira para a civilização será de cordialidade – daremos ao mundo o ‘homem cordial’.”)

imotivada foi acrescido de mais 22 dias. A prescrição - até então bienal - dos direitos trabalhistas foi também majorada para o prazo de um lustro. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço foi estendido a todos os empregados, além de que a “multa” pela rescisão passou a ser de 40%. Também as proteções ao nascituro e ao recém nascido foram expressivamente melhoradas, uma vez que a empregada gestante passou a contar com garantia de emprego de cinco meses após o parto, além disso, a licença previdenciária foi ampliada para 120 dias. Quanto à proteção da paternidade, os progressos não foram tão relevantes – não obstante passasse o pai a contar com a interrupção do contrato de trabalho por cinco, e não um (!) dia quando do nascimento de seu filho.⁶⁸ Por outro lado, a Constituição manteve certo viés autocrático que não se coaduna com os princípios democráticos porque cerceadores da autogestão de conflitos, como são o caso da contribuição obrigatória e demais normas nitidamente corporativas, como a unicidade e o sistema de enquadramento sindical.⁶⁹ No entanto, tais contradições perpassam todo o diploma legal, como se passa a examinar mais detidamente.

1.2.2.2 Livre iniciativa e valor social na ordem constitucional vigente

Os valores epigrafados refletem um dos mais paradigmáticos choques ideológicos na Constituição de 1988, sendo que, logo em seu “Art. 1º, IV,” são proclamados “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” como fundamentos da República, reunindo na mesma norma “dois valores advindos da Teoria Constitucional dos Direitos Fundamentais, nascidos em duas fases diversas, [segunda e primeira; direito social e de liberdade, respectivamente]”. Para Ana Paula Tauceda Branco, o aparente paradoxo apenas demonstra a integração harmônica dos direitos fundamentais, indivisíveis e universais, sempre vistos sob a perspectiva do fundamento anterior, da dignidade humana, cf. propõe Ingo Sarlet.⁷⁰ Situação análoga se dá com a já consagrada “função social da propriedade”, a qual exige do proprietário um uso racional, responsável e, acima de tudo, solidário de seus bens. Com tais termos, resta “superada qualquer tentativa de se atribuir um caráter

⁶⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 127.

⁶⁹ Ibid., 128-129.

⁷⁰ BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. 72-73.

absoluto à propriedade, [até porque há] uma consciência nascida da convicção de que o poder não resta mais concentrado tão somente no Estado”, sendo cada vez mais *gris* a zona que separa o público do privado.⁷¹

De especial relevância para este trabalho é o exame da chamada “função social da empresa”, decorrência do art. 5º, XIII da CRFB/88. Seus aspectos particulares merecem ser sublinhados, sendo que, em uma visão social, “a empresa” deve ter em vista a importância que tem para aqueles que nela trabalham, bem como seus impactos econômico-sociais e no meio-ambiente, aspectos esses que sempre devem ser vistos como de extrema relevância para a sociedade. Tanto é assim que a Ana Paula Tauceda Branco enumera duas categorias de responsabilidade social: “internas”, referentes à sobrevivência e continuidade da empresa; e “externas”, relacionadas à melhor produção e abastecimento – ao lado das quais se poderia citar também uma responsabilidade ambiental. Tais funções sociais são “necessariamente fundamentadas e orientadas pelos princípios da equidade, da boa-fé e da proporcionalidade, de modo a temperar e conformar a autonomia privada, expectativas sociais e fins sociais do direito”.⁷²

Vale lembrar a visão crítica de Eros Roberto Grau a respeito das duas normas citadas, o qual afirma que a boa observância da norma que protege o “valor social do trabalho”, no âmbito de um capitalismo moderno, deve implicar em uma proteção “politicamente racional [do labor, e não] filantrópica”.⁷³ Por outro lado, o princípio da “livre iniciativa” não pode se confundir com liberalismo puro e simples, pois essa implica justamente na observância do valor social do trabalho; demais disso, além da iniciativa privada, existem – e estão também sob o abrigo da norma – o cooperativismo, as iniciativas públicas e as autogestionárias.⁷⁴

1.2.3 O debate ideológico e as mudanças e aporias do direito do trabalho

⁷¹ BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. 76.

⁷² *Ibid.*, p. 79.

⁷³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 198.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 203-209.

De início, faz-se necessário esclarecer que, não obstante os tantos sentidos do termo “ideologia”⁷⁵, neste trabalho esse é usado no sentido de “ideias conjuntas”, com as quais diferentes concepções “políticas e econômicas [...] aspiram afetar a realidade social, alterá-la, para provarem sua veracidade e excelência”; nesses termos, as ideologias visam, “partindo da realidade, estruturar as relações sociais – jurídicas, políticas e econômicas – ao seu feitio e medida”.⁷⁶ Portanto adota-se um conceito “aberto”, o qual não defende que certas ideologias sejam “boas” ou “ruins”. Afirma-se apenas que uma “ideologia” é um conjunto ordenado de ideias que perfaz uma visão de mundo com a pretensão de permanência na sociedade em que viceja e, eventualmente, extensão a outras.⁷⁷

Já no que tange ao vocábulo “crise”, esclarece com precisão Valdete Souza Severo que essa “se estabelece quando o paradigma, até então satisfatório, passa a não mais exercer sua função pacificadora. Já não serve. Em seu lugar, porém, nada há a ser colocado”, restando necessário a construção de algo novo a partir do que já existe e é conhecido.⁷⁸ “Paradigmas”, por sua vez, de acordo com a clássica lição de Thomas Kuhn, são grandes consensos científicos que, por tempo considerável, geram e consolidam modelos que direcionam as pesquisas e procedimentos atuais posteriores daquela área a que se referem.⁷⁹ Ao tratar enfocar o aspecto jurídico-

⁷⁵ O conceito de ideologia abrange uma notável gama de concepções: “A impressão que deixa a literatura sobre ideologia e explicação do fenômeno ideológico é, muito provavelmente, a de uma grande confusão. Definições diferem enormemente entre os escritores e explicações do fenômeno são baseadas em ampla variedade de princípios. Sobretudo, a impressão é que o mesmo termo é usado para definir uma miríade de fenômenos ao invés de um só [...]” Visando aclarar um pouco o espectro de concepções, o autor acaba por dividir as teorias em “de tradição marxista” (Incluindo Lênin e Althusser, por exemplo) e “de tradição não-marxista” (Raymond Aron, Clifford Geertz, Edward Shils, dentre outros); divide-as também em “baseadas no critério de falso ou verdadeiro” (Karl Marx, R. Aron...) e “não baseadas” em tal fórmula (Lênin, Althusser, Geertz, Shils). BOUDON, Raymond. **The analysis of ideology**. Translated by Malcon Slater. Chicago: The University of Chicago Press, 1989. p. 17.

⁷⁶ CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e sequela**: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização. São Paulo: LTr, 1997. p. 7-8.

⁷⁷ JOHNSON, Allan G. **Dicionário de sociologia**: guia prático da linguagem sociológica. Trad. Ruy Jungmann. Consultoria: Renato Lessa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 126: “Ideologia é um conjunto de CRENÇAS, VALORES e ATITUDES culturais que servem de base e, por isso, justificam até certo ponto e tornam legítimos o *status quo* ou movimentos para mudá-lo. Do ponto de vista marxista, a maioria das ideologias reflete os interesses de grupos dominantes, como maneira de perpetuar sua dominação e privilégios. [...] Em sentido mais geral, a cultura de todos os sistemas sociais inclui uma ideologia que serve para explicar e justificar sua existência como estilo de vida, [...]”

⁷⁸ SEVERO, Valdete Souto. **Crise de paradigma no direito do trabalho moderno**: a jornada. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009. p. 35.

⁷⁹ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 43-45: “No seu uso estabelecido, um paradigma é um

decisório do assunto, Ricardo Luiz Lorenzetti relaciona aos paradigmas à “‘pré-compreensão’ de quem toma a decisão que leva a uma diferente interpretação das normas”.⁸⁰ Assim, tendo em vista a sua extrema importância estrutural, a obsolescência de um paradigma para o surgimento do outro se trata de um processo ao mesmo tempo difícil e envolvente, o qual faz emergir problemas e soluções até então desconhecidas. Não por acaso - mas certamente por essa característica dúbia e transformativa que envolve a crítica troca de paradigmas - “o termo que [os chineses] usam para ‘crise’, *wei-ji*, é composto dos caracteres: ‘perigo’ e ‘oportunidade’”.⁸¹

1.2.3.1 Neoliberalismo e crise econômica e ideológica

É possível afirmar que o neoliberalismo é o mesmo liberalismo - ou individualismo; ou capitalismo -, que, em seus aspectos políticos e econômicos, triunfou no séc. XVIII limitando os poderes estatais e pregando a autonomia individual;⁸² para dizer o mínimo, o novo termo retrata uma evolução do antigo conceito. Em seu aspecto jurídico, a ideologia neoliberal tem se manifestado na

modelo ou padrão aceito. [Porém,] na ciência, um paradigma raramente é suscetível de reprodução. Tal como uma decisão judicial aceita no direito costumeiro, o paradigma é um objeto a ser melhor articulado e precisado em condições novas ou mais rigorosas. [...] Os paradigmas adquirem seu status porque são mais bem sucedidos que seus competidores na resolução de alguns problemas que o grupo de cientistas reconhece como graves. Contudo, ser bem sucedido não significa nem ser totalmente bem sucedido com um único problema, nem notavelmente bem sucedido com um grande número. De início, o sucesso de um paradigma [...] é, a princípio, em grande parte, uma promessa de sucesso que pode ser descoberta em exemplos selecionados e ainda incompletos. A ciência normal consiste na atualização dessa promessa, atualização que se obtém ampliando-se o conhecimento daqueles fatos que o paradigma apresenta como particularmente relevantes, aumentando-se a correlação entre esses fatos e as previsões do paradigma e articulando-se ainda o próprio paradigma.”

⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem; notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 227.

⁸¹ CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 19: “Os sociólogos ocidentais confirmaram essa intuição antiga. Estudos de períodos de transformação cultural em várias sociedades mostraram que essas transformações são tipicamente precedidas por uma variedade de indicadores sociais, muitos deles idênticos aos sintomas de nossa crise atual.”

⁸² CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e seqüela**: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização. São Paulo: LTr, 1997. p. 8-21. (Como “antecedentes” do liberalismo “clássico” vitorioso na Revolução Francesa, o autor cita autores para apontar: a “Escola Mercantilista”, doutrina econômica do capitalismo dos sécs. XII ao XV; a “Escola Fisiocrática”, a qual comparava o funcionamento da economia ao do corpo humano – em atitude similar àquela da teoria organicista do Direito; no séc. XVIII Adam Smith torna-se o maior expoente da ideologia liberal e surge a expressão-mote do liberalismo econômico: “laissez faire, laissez aller, laissez passer”. Ibid., p. 15-16.)

pretensão que seus atores têm de “impor a países com tradição jurídica romano-germânica, como o nosso, princípios, diretrizes e procedimentos dos sistemas anglo-saxônicos”.⁸³ Como efeitos do neoliberalismo José Martins Catharino aponta a privatização, a desregulamentação – que o autor prefere chamar “desregulação”-, a flexibilização e a terceirização.⁸⁴

Não obstante seja discutível se tais efeitos sejam nocivos – da mesma forma que o é qualquer afirmação a respeito de efeitos positivos dessa ideologia -, o que resta claro é a participação desses quatro fatores, em maior ou menor grau, na atual crise da chamada “sociedade do trabalho”, a qual se caracteriza pelo progressivo decréscimo do número de postos de trabalho e trabalhadores somados ao desprestígio cada vez maior daqueles que não conseguem trabalhar. Emerge então um paradoxo: ao mesmo tempo em que cada vez menos pessoas laboram por tempo mais limitado, o destino daquele que está desempregado é cada vez mais catastrófico.⁸⁵ Isso é basicamente fruto de duas transformações estruturais: crescente intelectualização do trabalho - não só no setor terciário - e redução do labor manual; com isso, o mercado de trabalho fica mais competitivo e seletivo, condenando os menos aptos ao desemprego. Resta então a amarga sensação de que, embora o trabalho ainda desempenhe papel preponderante para a cidadania social, nem todos os que desejam trabalhar podem fazê-lo.⁸⁶ Na verdade, ao se observar a apressada marcha da tecnologia pode-se mesmo afirmar que “a perspectiva de um mundo sem trabalho já não parece tão distante quanto há trinta

⁸³ SÜSSEKIND, Arnaldo. A globalização da economia e o direito do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 61, n.1, p. 42, jan. 1997.

⁸⁴ CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e seqüela**: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização. São Paulo: LTr, 1997. p. 32-96.

⁸⁵ SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008. p. 20: “Os princípios básicos sobre os quais se fundamenta a noção de sociedade do trabalho podem ser divididos em quatro figuras principais, a saber: a *empresa industrial capitalista* (cujo paradigma é a fábrica) que, como instituição separada da unidade produtiva familiar, organiza a atividade produtiva de acordo com os critérios de racionalidade econômica; o *trabalhador (manual) assalariado*, duplamente liberado – dos laços feudais e dos meios de subsistência – para que possa vender livremente sua força de trabalho como mercadoria no mercado. Para que isso seja possível é necessário também a instituição do *mercado de trabalho*, onde capitalista e trabalhador se encontram para respectivamente comprar e vender a mercadoria força de trabalho; e, finalmente, uma *ética do trabalho* que justifique como moralmente válidos não apenas a necessidade e o dever de trabalhar, mas toda a teia de relações que compõe esse conjunto de instituições.” (A crise desses fundamentos começou a ser diagnosticado há cerca de trinta anos, principalmente por André Gorz, Claus Offe e Ralf Dahrendorf; este último foi o responsável por cunhar a expressão “sociedade do trabalho” Ibid., p. 15)

⁸⁶ Ibid., p. 31-33.

ou quarenta anos”.⁸⁷ É até mesmo possível que o andar dos fatos acabe por tornar realidade os sonhos de Paul Lafargue apresentados em seu impressionante manifesto da penúltima década do Século XIX.⁸⁸

Fica claro que a mencionada “crise” é um fenômeno mundial no qual o Brasil, obviamente, está inserido. Trata-se de uma fase de transição, com mudanças aceleradas e profundas em todos os campos, mas principalmente nas esferas técnico-científica e política-ideológica. Assim, os avanços na informática, nos transportes e nas comunicações, aliados à queda do muro de Berlim e fragmentação da União Soviética, motivaram “a liberalização e a consequente mundialização da economia, [o que levou ao] aumento e aperfeiçoamento da produção para a conquista de novos mercados, [e] contratação de terceiros”.⁸⁹ Por outro lado, esses avanços e/ou retrocessos têm cobrado um alto preço. Com a extinção de postos de trabalho e o aumento da mecanização produtiva, o desemprego aumentou exponencialmente e, no regime capitalista hegemônico, tais momentos resultam em: decréscimo no valor da remuneração; desorganização dos trabalhadores; e, por fim, pode tudo culminar na abolição de direitos trabalhistas para que se mantenha – ou se consiga - um emprego. Embora o Brasil venha alcançando bom índice de emprego e crescimento nos últimos anos se deve ter em mente que ainda é nesse panorama que é feito o debate a respeito da “desregulamentação”, “flexibilização” e outros fenômenos do direito do trabalho.⁹⁰

Ao regular a maior parte das relações sociais de trabalho – principalmente aquelas de emprego - o direito do trabalho e seu processo refletem a crise do mundo laboral, muitas vezes não oferecendo as soluções necessárias para os problemas que se lhe apresentam; isso, até porque, como bem lembra Ricardo Luis Lorenzetti, “o direito do trabalho, desprendimento da locação de serviços, sempre se ocupou do

⁸⁷ SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008. p. 27.

⁸⁸ LAFARGUE, Paul. **O direito à preguiça**. São Paulo: Claridade, 2003. p. 93: “Se, extirpando do seu coração o vício que a domina e avilta a sua natureza, a classe operária se erguesse com a sua força terrível, não para reclamar os *Direitos do Homem*, que não são senão os direitos da exploração capitalista, não para reclamar o *Direito ao Trabalho*, que não é senão o direito à miséria, mas para forjar uma lei de bronze que proibisse todos os homens de trabalhar mais de três horas por dia, a Terra, a velha Terra, tremendo de alegria, sentiria nela surgir um novo universo... Mas como pedir a um proletariado corrompido pela moral capitalista uma decisão viril?”

⁸⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. A globalização da economia e o direito do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 61, n.1, p. 40, jan. 1997.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 41-42.

operário que já tinha emprego: ‘o trabalhador’”.⁹¹ Deve-se observar ainda que, para alguns autores, nada há de surpreendente em. Afinal, as normas laborais podem e devem ser discutidas, pois não são elas “imutáveis no tempo e espaço, verdadeiras categorias universais produzidas pela razão, isentas de influência da história e dos fatores culturais encontrados na sociedade.” Dessa maneira, é natural que, em sua historicidade, o direito laboral eventualmente venha a deixar transparecer a crise da sociedade a qual se aplica.⁹²

Paralelamente a esses fatos, se observa ainda notórias mudanças na prestação de serviços por contrato de emprego, como é o caso do “teletrabalho”, o qual, assumindo diversas formas, costuma caracterizar-se pelo fato de situar-se a base física do empregador “em região remota do local da efetiva prestação do serviço”.⁹³ A nota primordial dessa nova modalidade de trabalho “é justamente o uso dos meios de telecomunicação como mediadores da distância”.⁹⁴ Tais mudanças também podem representar dificuldades para o exame quanto à incidência ou não das normas laborais, visto que as nuances específicas dessas novas formas de prestação de serviços muitas vezes não foram previstas nas leis existentes. Dessa maneira, “alguns dos elementos caracterizadores da relação de emprego [previstos no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho] podem estar, em algumas oportunidades, um tanto tênues, rarefeitos”, o que não afasta o imperativo de que todos aqueles pressupostos se façam presentes.⁹⁵ Esse inevitável distanciamento entre as regras de direito laboral e as novas realidades pode muitas vezes tornar

⁹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem; notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 231. Diz-se que essa limitação não é privilégio do direito do trabalho. *Verbis*: “É interessante observar que a maioria das instituições jurídicas foi desenhada sem a consideração desse problema [do acesso à justiça]. No direito clássico, a propriedade, o trabalho, o contrato ou a responsabilidade foram instrumentalizados pelos setores sociais com amplo acesso a esses bens. Por essa razão, pensamos no indivíduo ‘já instalado no bem’.” *Ibid.*, loc. cit..

⁹² ROMITA, Arion Sayão. A flexibilização das leis do trabalho em debate: choque de correntes. In: _____, **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003. p. 60.

⁹³ FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise laboral. In: STÜRMER, Gilberto. (Org.) **Questões controvertidas de direito do trabalho e outros estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 48. (A autora apresenta o teletrabalho de acordo com diferentes fatores, apontando as seguintes categorias básicas: “em domicílio”, quando prestado na própria residência do trabalhador; “em centros satélites” situados em pontos estratégicos abertos aos empregados; “em telecentros”, instrumentalizados com avançados equipamentos de informática e de comunicação; “em telecottages”, nas áreas rurais ou menos desenvolvidas; “nômade ou móvel”, quando “o sujeito trabalha onde quer ou precisa”. *Ibid.*, p. 48-51.)

⁹⁴ *Ibid.*, p. 51.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 55.

pouco satisfatória a resposta jurisdicional a essas novas demandas: à vezes, pode-se criticar o Julgador por exagerado apego ao passado; em outras oportunidades, é possível reputá-lo demasiado progressista.

1.2.3.2 Privatização, flexibilização, desregulamentação e terceirização no contexto do neoliberalismo

Independentemente das posturas ideológicas a respeito - ou dos efeitos positivos ou negativos que possa acarretar -, “privatizar significa reduzir o papel do Estado na economia”.⁹⁶ São muitos e bem relevantes os efeitos das privatizações na economia do trabalho – o mesmo vale para as consequências de eventual atitude inversa, a hipótese de “estatizar” algo privado. Quando há privatização, empregos, cargos, postos de trabalho, etc. são extintos e outros são criados; alteram-se as políticas e o ambiente de trabalho; ocorrem transferências financeiras que podem significar enriquecimento ou empobrecimento de regiões ou setores. São inúmeras as incertezas que trazem as mudanças profundas; e assim o é no caso das privatizações, as quais colaboram de maneira seminal para a crise laboral.

No que diz respeito à flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil, é possível apontar três correntes a tratar do tema. Em primeiro lugar, há aqueles que a veem com otimismo, doutrinadores de índole liberalista, como Octávio Bueno Magano; pode-se também citar como expoente o sociólogo José Pastore. Há também uma corrente radicalmente contrária à flexibilização embasada na ideia de que as normas laborais não admitem *reformatio in pejus*, formada primordialmente por Benedito Calheiros Bonfim e Rita de Cássia S. Cortez. Por fim, existe o “caminho do meio” trilhado por Arnaldo Süssekind e outros, sustentando que a supressão total da intervenção estatal seria um equívoco grandioso, sem ignorar o fato de que em nossos dias se observa um inegável declínio do “princípio tuitivo”.⁹⁷

Segue-se aqui aquela que parece ser a melhor e mais bem embasada ideia sobre o assunto. Impende então dizer que, cf. Arnaldo Süssekind, a flexibilização se

⁹⁶ CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e sequela**: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização. São Paulo: LTr, 1997. p. 32.

⁹⁷ ROMITA, Arion Sayão. A flexibilização das leis do trabalho em debate: choque de correntes. In: _____. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003. p. 62-71.

caracteriza pela relativização do “princípio da inderrogabilidade das normas de ordem pública e da inalterabilidade *in pejus* das condições contratuais ajustadas em favor do trabalhador”, o que se pode fazer com o objetivo de implantar novas tecnologias ou preservar a empresa e os empregos. Quando tal ocorre, em sua maior parte, deve permanecer a proteção aos trabalhadores através das mais relevantes normas impositivas irrenunciáveis e, normalmente, o Poder Público ou fortes sindicatos de empregados estabelecem uma negociação com os empregados; assim se fazia a flexibilização praticada na Europa dos anos 90. Porém, quando não há intervenção estatal ou sindical – ou quando estas são inexpressivas frente ao poder econômico -, ocorre na verdade a “desregulamentação” do direito do trabalho, como assim ocorreu em alguns países asiáticos, os quais passaram a oferecer mão de obra em longas e insalubres jornadas a preço de produção sensivelmente reduzido. No Brasil, a Constituição da República determina a intervenção estatal e/ou sindical em casos de relativização de direitos laborais, como se infere de seu art. 7º, incisos VI, XIII e XIV c/c art. 8º, III, de maneira que, seguindo-se a letra da lei, em nosso país não deve haver “desregulamentação” pura e simples das normas laborais.⁹⁸

Conforme argumenta Arnaldo Süssekind, a tradição e a legislação trabalhista brasileira não deixam margem para que ocorram medidas assemelhadas àquelas que ocorreram em países da Ásia; argumentos no sentido de que seriam por demais altos os custos da mão de obra brasileira não convencem, até porque, se há encargos demais a serem recolhidos pelas empresas, esses tem como destino os cofres públicos, e não o bolso do trabalhador; demais disso, o Brasil apresenta diferenças sociais e regionais que poderiam ensejar resultados injustos. Por fim, em momentos de crise deve-se desconfiar de negociações privadas, pois, em havendo desemprego estrutural, há uma notória falta de isonomia entre patrão e empregado, não sendo possível fechar os olhos para tal realidade. Partindo desses pressupostos, resguardando a dignidade do trabalhador por regras indisponíveis e imperativas, Arnaldo Süssekind acaba por concluir que é mesmo necessária uma atualização da Consolidação das Leis do Trabalho o que deve ocorrer no âmbito da

⁹⁸ ROMITA, Arion Sayão. A flexibilização das leis do trabalho em debate: choque de correntes. In: _____. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003. p. 62-71.

lei e da tradição jus laboral brasileira.⁹⁹ Em poucas palavras, vale reiterar que a flexibilização pode ser vista como “um processo de ajustamento das instituições jurídicas às novas realidades da sociedade, [enquanto] a desregulamentação, por sua vez, [avança] para uma verdadeira desconstitucionalização de direitos.”¹⁰⁰

Por fim, cabe falar a respeito da terceirização. Decorre ela da globalização econômica, caracterizando-se por inúmeras formas e situações, das quais se destacam as seguintes: pode haver um deslocamento de partes dos serviços necessários para fora do âmbito da própria empresa – nas situações em que diferentes etapas e/ou partes da produção industrial são feitas em empresas diversas, independentes daquela que monta o produto final; pode se dar o contrário, a presença no ambiente da empresa de trabalhadores que não são contratados por ela – como ocorre nos serviços de segurança ou limpeza, por exemplo, os quais são subordinados a empresas que apenas prestam serviços para outras. O “fenômeno ocorre, quase com exclusividade, em relação ao trabalho não qualificado ou especializado, preponderantemente físico, manual, prestado de modo permanente [; tal ocorre principalmente] pelo [seu] excesso de oferta”.¹⁰¹ A realidade desses fatos é profunda a ponto de ensejar por vezes a “terceirização da terceirização, quando uma empresa terceirizada subcontrata outras, e o da *quarteirização*, com a contratação de uma empresa com função específica de gerir contratos com as terceiras,” bem como os mais recentes contratos de facção e de parcerias.¹⁰² Não obstante os discutíveis desdobramentos sociais do fenômeno, não são poucos os que dizem que a terceirização “é irreversível. Faz parte da nova divisão do trabalho. E constituiu peça essencial na formação de redes de produção”, sendo que o eficiente funcionamento destas redes – bem como a proteção legal de seus participantes – depende de urgentes alterações do ordenamento jurídico atual.¹⁰³ É fato que tal procedimento traria segurança jurídica para empresas, redes de produção e

⁹⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. A globalização da economia e o direito do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 61, n.1, p. 43, jan. 1997.

¹⁰⁰ DESZUTA, Joe Ernando. Um direito do trabalho mínimo ou um mínimo de direito do trabalho?: bases para um novo direito do trabalho. In: ARAÚJO, Francisco Rossal de (Coord.). **Jurisdição e competência da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p. 41-42.

¹⁰¹ CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e sequela**: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização. São Paulo: LTr, 1997. p. 70.

¹⁰² BIAVASCHI, Magda Barros. A terceirização e a justiça do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre: Magister, v. 74, n. 4, p. 73, out./dez. 2008.

¹⁰³ PASTORE, José. Terceirização: uma realidade desamparada da lei. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre: Magister, v. 74, n. 4, p. 123, out./dez. 2008.

trabalhadores. A questão é se isso implicaria ou não em minoração de direitos laborais, o que não é admitido por grande parte dos doutrinadores e operadores do direito laboral. Esse é um dos grandes dilemas que perfazem “a crise” do ramo jurídico. A discussão é procedente. Ambos os lados têm bons argumentos contra e a favor do reconhecimento da terceirização. Se for fato o que afirma José Pastore, no sentido de que “com criatividade e boa vontade pode-se chegar a uma fórmula que atenda os interesses dos dois lados”,¹⁰⁴ o reconhecimento legal da terceirização parece mesmo um bom caminho a ser seguido.

Dentre outras de menor impacto, as quatro consequências da globalização econômica e do liberalismo referidas passaram a ser vistas como ameaças ao(s) direito(s) do trabalho(r). Assim, visando estabelecer resistência aos aspectos negativos que advêm dessas mudanças, nasceu o “princípio do não retrocesso social”, impedindo a extinção ou minoração de direitos sociais tão duramente conquistados por lutas seculares, os quais hoje garantem e reforçam o princípio da dignidade humana, boas razões para que não deixem de existir.¹⁰⁵ Esse contexto dialético resume a crise em que se insere o direito trabalhista: marcantes alterações na realidade fática convivem com uma lei trabalhista que permanece adequada a uma realidade anterior. Tal situação enseja a discussão a respeito da viabilidade ou não de alterações substanciais nos textos legais – o que pode ou não significar perda de direitos -. Qualquer discussão a respeito do direito do trabalho deve ter em vista tal realidade.

1.3 O DIREITO LABORAL SOB A ÓTICA DA MODERNA CIÊNCIA DO DIREITO

1.3.1 O *jusracionalismo*

Neste momento se traça um esboço da evolução do direito e sua ciência a partir da modernidade. Para tal desiderato, se examinará as diferentes concepções de direito das teorias jurídicas dominantes. Tendo em vista o corte temporal que se

¹⁰⁴ PASTORE, José. Terceirização: uma realidade desamparada da lei. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre: Magister, v. 74, n. 4, p. 135, out./dez. 2008.

¹⁰⁵ TEIXEIRA, Sérgio Torres; BARROSO, Fábio Túlio. Os princípios do direito do trabalho diante da flexibilidade laboral. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre: Magister, v. 75, n. 3, p. 67, jul./set. 2009.

faz nesse estudo, o exame se inicia pelo *jusracionalismo*. Com essa retrospectiva se pretende contextualizar o direito do trabalho na ciência jurídica, o qual, enquanto ramo do direito perfaz um subsistema dentro do sistema jurídico incluso no objeto de análise de qualquer teoria do direito e/ou da norma que pretenda envolver o direito em sua totalidade.¹⁰⁶ Pretende-se com isso contextualizar o estudo que se fará a seguir e demonstrar os caminhos que o direito percorreu até o momento em que hoje se vive, quando os princípios passaram a ocupar papel central no pensar e na pragmática jurídica, estando, evidentemente, o direito trabalho incluso nesse contexto.

1.3.1.1 O panorama do *jusnaturalismo* racionalista

As raízes do direito natural remontam a Grécia pré-socrática e se fundamentam na devoção aos entes naturais e em uma visão cosmológica do mundo. Heráclito enunciava que as leis humanas (nomos) eram subordinadas às naturais e divinas (physys).¹⁰⁷ Não por acaso é nesse ambiente que, ainda há quatro séculos antes de Cristo, Sófocles escreve a imortal tragédia “Antígona”, obra que permanece como uma das melhores imagens da tradição jusnaturalista em todos os tempos.¹⁰⁸ Em Roma, Cícero manteve vivas tais ideias através de seu

¹⁰⁶ A inserção do direito do trabalho no ordenamento jurídico geral, bem como alguns processos, e problemas que disso resultam, serão analisados no item “1.3.3”.

¹⁰⁷ FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 34. (Conforme se vê em: GOBRY, Ivan. **Vocabulário grego da filosofia**. Trad. Ivone C. Benedetti. Rev. téc. Jacira de Freitas. Caracteres gregos e transliteração: Zélia de Almeida Cardoso. São Paulo: WMF, Martins Fontes, 2007. p. 96: *nomos* / lei: A lei, iniciativa do homem, opõe-se à natureza. [...] a lei não é efeito de uma causa universal e necessária dos fenômenos naturais, mas sim de uma regra social imposta pelos governantes. No entanto, vários autores afirmam que, anteriormente às leis do Estado, que são convencionais em maior ou menor grau, há leis não escritas [Essas] são eternas e devem servir de referência à vontade humana. [...] Eram essas leis as invocadas pela Antígona de Sófocles contra as decisões de Creonte [...]; Ibid., p. 115: *physis* / natureza: [...] A natureza se manifesta como potência autônoma que possui, comunica e organiza a vida. [...])

¹⁰⁸ SÓFOCLES. **Antígona**. Introdução, versão do grego e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. p. 67. O diálogo entre Antígona e Creonte sintetiza os fundamentos do jusnaturalismo clássico. *Verbis*: “*Creonte*: [...] E agora tu diz-me, sem demora, em poucas palavras: sabias que fora proclamado um édito que proibia tal ação?; *Antígona*: Sabia. Como não havia de sabê-lo? Era público. *Creonte*: E ousaste, então, tripudiar sobre estas leis? *Antígona*: É que essas não foi Zeus que as promulgou, nem a Justiça, que coabita com os deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens. E eu entendi que os teus éditos não tinham tal poder, que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos não escritos, mas imutáveis dos deuses. Porque esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram. [...]”

conceito de “reta razão”.¹⁰⁹ Durante a Idade Média, o jusnaturalismo cristão é dominante. Pela subordinação ao *ius divinum*, o direito estava assentado em três bases: o direito romano como *ius positivum* por excelência; ideias helenísticas do direito como *ius naturale humanum* e, sobretudo, o “*ius divinum voluntarium*, o inalienável patrimônio jurídico da revelação [,] emergindo das escrituras sagradas”.¹¹⁰ Porém, nos idos do século XVI o mundo começa a ser moderno e as mais sólidas convicções passam a ser questionadas,¹¹¹ o que leva ao fim da presença hegemônica da Igreja e ao pensar independente, momento em que “a concepção eclesiástica do direito natural deixou de ser a doutrina praticamente unânime da Europa cristã, para se converter numa teoria a mais”.¹¹²

Entre o século XVII e o XIX as raízes jusnaturalistas da filosofia jurídica e social da antiguidade foram remoldadas pelo iluminismo. Seus novos termos tiveram influência profunda e “direta sobre a ciência jurídica, a legislação e a jurisprudência da maior parte dos povos da Europa”.¹¹³ Em um contexto de: retorno às ideias clássicas pelo “renascimento” e antropocentrismo humanista na Itália e sul da Europa; reforma luterana da Igreja no norte do continente com verve voluntarista-nominalista; naturalismo e personalismo das artes da época; e, ainda, florescer das modernas ciências da natureza, estava preparado um terreno fértil para esse novo tempo “jusracionalista”, parcela da longa trajetória do direito natural, visto esse como “tradição cultural que se mantém desde os inícios da filosofia helenística até a atualidade, [sempre em busca das] leis imutáveis e válidas em geral da vida comum dos homens, sobretudo dos direitos e deveres dos indivíduos na sociedade”.¹¹⁴

¹⁰⁹ FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009. (Conforme se lê em: CÍCERO, Marco Túlio. **Tratado das leis**. Introd., trad. e notas: Marino Kury. Caxias do Sul: Educs, 2004. p. 58: “É a Natureza que permite distinguir entre o justo e o injusto, entre o honroso e o desonroso, por nos ter dotado de igual inteligência e nos ter capacitado para relacionar o honroso com a virtude e o desonroso com o vício. [...] Conclui-se, portanto, que a virtude e a honestidade são a perfeita razão que, com certeza, está na natureza.”)

¹¹⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 294.

¹¹¹ BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade. Tradução: Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Iorriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986. p. 16.

¹¹² LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Tradução do Dr. Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 2002. p. 175.

¹¹³ WIEACKER, op. cit., p. 279.

¹¹⁴ Ibid., p. 280-281.

Nessas nascentes correntes jusnaturalistas é possível distinguir pelo menos três estágios: o primeiro deles, ainda atrelado à escolástica e à teologia, cujo principal expoente foi Hugo Grócio (1583-1645); a segunda geração é basicamente formada por Thomas Hobbes,¹¹⁵ Espinosa, Pufendorf e Christian Wolff, nomes que elaboraram as bases de um sistema jusracionalista realmente autônomo, estribado na filosofia da consciência¹¹⁶ e influenciado pelos ensinamentos de Descartes e Galileu; por fim, com Thomasius iniciou-se “a transformação das qualidades gerais da antropologia naturalista (*socialitas, imbecillitas*) em ‘impulsos [*Affekten*] individuais’ e pôs em confronto radical a moralidade e a positividade, os deveres morais e os ‘deveres coativos’ do direito”.¹¹⁷

O maior contributo desse racionalismo permanece ainda hoje vivo. Não foi destruído por Immanuel Kant - como o foi o antigo direito natural pré-crítico - e, “ainda na metafísica do Estado de Hegel e na sua inversão por Karl Marx sobrevive inteira a compreensão jusnaturalista da sociedade como um *logos* racional”.¹¹⁸ Essa contribuição permanece. Porém, o andar da história determinaria o fim da hegemonia do direito natural a partir de fins do séc. XIX quando, após a tomada do poder pela burguesia, o direito natural é despido de sua força revolucionária e dogmatizado em códigos que visam permanecer imutáveis.¹¹⁹ A partir desse momento, quando o pensamento jusnaturalista se cristalizou em legislações com a pretensão de ser direito único e justo, tornou-se ele - na forte expressão de Franz Wieacker - o “travão de uma justiça viva”, pois estabelecido por uma razão

¹¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed., rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 24-25: “Hobbes entra em cena e escreve o *Leviatã*, a obra clássica do Absolutismo, o mais engenhoso tratado de justificação dos poderes extremos, servidos de uma lógica perversa, em que a segurança sacrifica a liberdade e a lei aliena a justiça, contanto que a conservação social de que é fiador o monarca seja mantida a qualquer preço. [...] Precursor do totalitarismo estatal do século XX, primeiro filósofo do Positivismo na moderna Ciência do Direito, clássico da segurança jurídica, cientista da realidade e do século político em que viveu, Hobbes é, em verdade, o teorista por excelência do Absolutismo, designadamente daquele Absolutismo que ostenta uma singular legitimidade contratualista.”

¹¹⁶ FERRAZ, 2009. p. 34: “No plano filosófico, seja na corrente empirista de Bacon ou no cogito cartesiano de Descartes, observa-se a ruptura da chamada metafísica clássica ou filosofia do ser e inaugura a era da exacerbação do indivíduo, em que o conhecimento em si adquire o sentido do conhecimento em mim (subjetividade).”

¹¹⁷ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 303-304.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 306.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: CUNHA, Sérgio Sérulo; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Estudos de direito constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 39.

autoritária e despido da autocorreção doutrinal, levou ao colapso o racionalismo iluminista. Porém, é possível dizer que o maior golpe nos teóricos do Direito Natural foi desferido por David Hume em seu “Tratado da Natureza Humana”. Nele o filósofo expõe o que ele entende ser uma incongruência insuperável na maneira de pensar jusnaturalista, referindo-se ao “salto” entre afirmações que tratavam de “ser” ou “não ser” para “devia” ou “não devia”. Para D. Hume, extrair das primeiras proposições as segundas era irracional e, portanto, inconcebível.¹²⁰ A passagem é de suma importância para a filosofia, restando conhecida como “Lei de Hume” – a qual teve impacto tão grande no pensamento universal a ponto de alguns preferirem chamá-la de “Guilhotina de Hume”.¹²¹ Também a crítica de Kant refutou a metafísica jurídica jusnaturalista, ao sustentar que qualquer opção ético-valorativa era condicionada por situações concretas; com isso, veio a prevalecer nas ideias da “escola histórica” alemã de Feuerbach e Savigny a concepção kantiana de “ordem jurídica como a forma de tornar possível a maior liberdade compatível com a liberdade dos outros sujeitos de direito”.¹²² A escola exegética francesa também viria impor interpretações

¹²⁰ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Deborah Danowski. São Paulo: Editora UNESP, imprensa oficial do Estado, 2001. p. 509: “Não posso deixar de acrescentar a esses raciocínios uma observação que talvez se mostre de alguma importância. Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como é ou não é, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um *deve* ou *não deve*. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse *deve* ou *não deve* expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes. Mas já que os autores não costumam usar essa precaução, tomarei a liberdade de recomendá-las aos leitores; estou persuadido de que essa pequena atenção seria suficiente para subverter todos os sistemas correntes de moralidade, e nos faria ver que a distinção entre vício e virtude não está fundada meramente nas relações dos objetos, nem é percebida pela razão.”

¹²¹ MAIA, Antônio Cavalcanti. A distinção entre fatos e valores e as pretensões neofrankfurtianas. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. (Org.). **Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas**: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 95. (No sentido proposto por David Hume: “[...] é comumente reconhecido que os juízos de valor não são suscetíveis de afirmação científica, pois se não fundam em percepções, como os juízos sobre fatos, que são suscetíveis de corroboração através da observação e da experimentação e, assim, apenas possibilitam conferir expressão à convicção pessoal de quem emite o juízo.” LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 2.)

¹²² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 397-402. (KANT, 2005a, p. 43: “Uma ação é conforme ao Direito quando permite ou quando a sua máxima permite fazer coexistir a liberdade do arbítrio de cada um com a liberdade de todos segundo uma lei universal. [...] Portanto, a lei universal do Direito é: age exteriormente de tal modo que o uso livre do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal; [...]”)

literais e históricas, o que também cercearia o livre convencimento jurisdicional com a pretensão de se buscar na lei um sentido pretensamente objetivo e neutro, o que – hoje se sabe –, não é algo nem um pouco fácil de almejar.¹²³ Por fim, um notável fortalecimento das ciências naturais e exatas, aliados à crença na razão e na possibilidade de uma objetividade científica no âmbito do direito, levou ao Positivismo Jurídico, o qual será examinado logo à frente.

1.3.1.2 O renascimento do direito natural no século XX

Como ensina Angel Latorre, “no século [XX], e sobretudo depois da segunda guerra mundial, [o direito natural] experimentou um renascimento espetacular, embora não sem variações importantes em relação ao seu modelo anterior.”¹²⁴ A maioria de seus partidários apontava um conjunto de pontos de referência para a Justiça, estabelecidos através de princípios gerais e consideravelmente flexíveis; para tal, usava-se principalmente do método fenomenológico de Edmund Husserl – mas também invocam a filosofia dos valores de Max Scheler e o existencialismo de Martin Heidegger – tentando “superar os firmes limites que Kant traçou ao conhecimento racional, defendendo também a intuição intelectual como meio válido de conhecimento.”¹²⁵ A força de tal movimento emergente na Alemanha chegou a impregnar a linha católica do jusnaturalismo, embasada principalmente na filosofia escolástica e em Tomás de Aquino, tornando-se esta corrente dominante na Espanha.¹²⁶ Ainda assim, em nossos dias, a mais notória corrente jusnaturalista é a anglo-saxônica. Nas últimas décadas, nomes como os de Germain Grisez, John Finnis, Joseph Boyle, Robert P. George, William May, bem como tantos outros dos Estados Unidos da América, Canadá e ainda de alguns países latino-americanos construíram o notório prestígio da escola.¹²⁷ Também embasados principalmente na

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: CUNHA, Sérgio Sérulo; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Estudos de direito constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 39.

¹²⁴ LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Tradução do Dr. Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 2002. p. 180.

¹²⁵ Ibid., p. 181.

¹²⁶ Ibid., loc. cit.

¹²⁷ CORREAS, Carlos I. Massini. La nueva escuela anglosajona de derecho natural. In: CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. (Coord.). **Las razones del derecho natural**: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico. 2. ed. corregida, reestructurada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008. p. 309-310: “O iniciador dessa corrente

doutrina de Tomás de Aquino, a escola afasta a impugnação positivista embasada na chamada “Lei de Hume”. Para tal, afirma principalmente que, em verdade, os primeiros princípios do direito natural são aprendidos pela razão de qualquer um, sendo autoevidentes e indemonstráveis; “não são [esses princípios] inferidos de proposições metafísicas sobre a natureza humana [...] Não são inferidos ou derivados de nada. Eles são primários ou não derivados (embora não sejam inatos).”¹²⁸ De acordo com o que se tem até hoje presente da escola anglo-saxônica, é possível afirmar que, para seus seguidores, “a lei ou o direito natural são antes de tudo a lei e o direito razoáveis, que têm como ponto de partida argumentativo o primeiro princípio da razão prática, que é a estrutura básica de toda proposição prática.”¹²⁹ Feitas tais considerações a respeito do jusnaturalismo contemporâneo, passa-se a apresentar traços doutrinários dos mais importantes nomes do positivismo jurídico a partir do séc. XX, a iniciar pelo seu maior expoente.

1.3.2 Aspectos do positivismo jurídico

Como se observou acima, o moderno Estado de Direito nasceu durante o apogeu do *jusracionalismo*. Porém, a evolução da maior parte das Nações ensejou progressivas normatização e consolidação da Constituição. Assim, a lei escrita se tornou a primordial fonte do direito, o que veio ao encontro de ideias positivistas que floresceram no início do século XX.

1.3.2.1 Hans Kelsen

Sem dúvida alguma, o mais notável marco da ascensão legalista do século passado foi a “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen, a qual, em 1934, representou radical – e admirável – proposta de ciência jurídica. Pelos seus termos, desde logo foi

de pensamento foi Germain Grisez, professor do Mount Saint Mary's College no Estados Unidos da América e autor, em 1965, de um [comentário à questão 94, artigo 2 da Suma Teológica 1-2]. A interpretação de Grisez dos textos tomistas foi seguida principalmente por John Finnis, professor de Oxford, em sua importantíssima obra ‘Natural Law and Natural Rights’ [...].”

¹²⁸ CORREAS, Carlos I. Massini. La nueva escuela anglosajona de derecho natural. In: CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. (Coord.). **Las razones del derecho natural**: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico. 2. ed. corregida, reestructurada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008. p. 314-315.

¹²⁹ Ibid., p. 317.

afastada qualquer pretensão de dizer “como deve ser” (ou ser feito) o direito, restava excluída qualquer pretensão de análise do direito sob a ótica da filosofia jurídica, da política, da ética ou da análise da realidade (causalidade) pela sociologia.

Para essa epistemologia jurídica, tudo o que não pertença ao direito será irrelevante para seu conhecimento, além de que será desimportante como deveria ser o direito a ser estudado.¹³⁰ Quanto ao aspecto axiológico, afirma Kelsen que “a validade de uma ordem jurídica positiva é independente de sua concordância ou discordância com qualquer sistema moral [, pois não há valores ou Justiça absolutos, mas sim relativos.]”.¹³¹ Por outro lado, a diferença primordial entre “causalidade” - referente à “lei natural” - e a “imputação” – que diz respeito à lei “jurídica” -, transparece do fato de que a ligação entre os elementos de uma proposição jurídica se faz através de um ato de vontade/autoridade, enquanto a “causa e efeito” da lei natural independem de tal intervenção. Por isso resume Kelsen: “na proposição jurídica, não se diz como na lei natural que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve-ser, mesmo quando B efetivamente não seja.”¹³² Com seu monismo normativista, Kelsen rejeita o direito natural e entende o Direito Positivo como “real”, porque este é estabelecido pela autoridade de uma sociedade que normalmente o aplica e segue; dessa maneira, “uma Teoria do Direito positivo que o confunda com um Direito Natural ou com qualquer outra ideia de Justiça, com o intuito de justificar ou desqualificar aquele, tem que ser rejeitada como ideológica”, no sentido de que seria “uma representação não objetiva, influenciada por juízos de valor subjetivos, que encobre, obscurece ou desfoca o objeto do conhecimento”.¹³³

Com isso, restava o direito do Século XX definitivamente marcado pelos cortes epistemológico e axiológico efetuados pelo jurista de Viena, os quais definiram fortemente o objeto de estudo dessa ciência que só trataria do direito,

¹³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Coleção Justiça e Direito). p. 1

¹³¹ Ibid., p. 76.

¹³² Ibid., p. 87. (Observa-se a volta do dualismo entre “ser” e “dever-ser” no âmago da mais forte teoria positivista do século XX – embora agora na estrutura da norma, e não como oposição em fato e um valor transcendente. Definitivamente, nem o rechaço de Hume, nem o de Hegel foram capazes de extinguir esse dualismo, pois “há um endosso quase unânime da perspectiva kantiana [a respeito do ‘ser’ e ‘valer’]”. Conforme também se lê em: MAIA, Antônio Cavalcanti. A distinção entre fatos e valores e as pretensões neofrankfurtianas. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. (Org.). **Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas**: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 88).

¹³³ KELSEN, op. cit., p. 117-118.

purificando-a de qualquer valoração.¹³⁴ Para esse positivismo jurídico “puro” reputar válida uma norma em uma ordem jurídica, é necessário tão somente que seja ela criada sob a égide de uma “norma fundamental pressuposta. [a qual permite que] todo e qualquer conteúdo pode ser direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força de seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica.”¹³⁵ Com isso, foi Kelsen tantas vezes acusado de reducionista, formalista, etc. Não obstante, inúmeros foram seus continuadores e, passados os difíceis anos da segunda guerra, vieram também aqueles que se propuseram a aparar algumas arestas da teoria pura, permitindo a penetração de certa moralidade em seu cerne.

1.3.2.2 O realismo jurídico de Alf Ross

Na condição de ex-aluno de Kelsen, o jusfilósofo escandinavo Alf Ross (1899-1979) herdou algumas de suas ideias, como a distinção entre normas e proposições da ciência jurídica, a coerção como nota primordial do direito, a negativa do conhecimento moral, os juízes como destinatários das normas jurídicas, etc. Porém, a antimetáfísica, o neoempirismo e a crítica da linguagem de Ross tiveram real espaço na escola do “realismo escandinavo”, quando em 1946 lançou “Para uma Ciência Realista do Direito – Crítica do Dualismo no Direito”, onde o autor refuta as ideias de direito que entende como “idealistas” por rejeitarem os fenômenos sensíveis para exame da validade das normas. Assim, Kelsen é considerado um “idealista formal” por desprezar a realidade dos fatos para exame da vigência do direito; outros idealistas são os “axiológicos”, os quais colocam a justiça – metafísica - como elemento substancial do direito.¹³⁶ Para Ross, o direito é um fato social, e deve ser visto e examinado em termos empíricos; depurado de metafísica, o direito não é um ente, não se trata de um direito em si; é apenas um termo semântico que se refere a ordens normativas diversas. Por isso afirma o doutrinador escandinavo: “A ciência do direito no sentido mais estrito ocupa-se de um sistema de direito definido numa sociedade definida, por exemplo, o direito de Illinois vigente na

¹³⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. **Para entender Kelsen**; prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 3.

¹³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Coleção Justiça e Direito). p. 221.

¹³⁶ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Blni – rev. técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, SP: EDIPRO, 2000. p. 10-14. (Apresentação à Edição Brasileira)

atualidade.”¹³⁷ Por sua vez, a visão antimetafísica de Ross transparece ao tratar a filosofia como método de estudo da ciência jurídica: “A filosofia é a lógica da ciência e seu objeto é a linguagem da ciência”.¹³⁸ Quanto à vigência jurídica, depende ela de sua real efetividade e da motivação psicológica interna que ela pode gerar. Enquanto para Kelsen a validade depende da norma fundamental, para Ross essa está fundamentada do liame entre o conteúdo normativo idealizado e a realidade social efetiva.

1.3.2.3 Herbert L. A. Hart e seu “conceito de direito”

Após a segunda grande guerra e seus fatos injustificáveis, estabeleceu-se certa desconfiança com alguns aspectos da “pureza” da teoria kelseniana; fazia-se necessário amenizar seu normativismo para que restasse uma “reserva de moralidade” no direito, assim, fosse possível a crítica ou o freio a ordens jurídicas que cometessem exageros em nome da relatividade de valores. Dessa forma, no início dos anos sessenta Herbert L. A. Hart vai consagrando uma teoria mais amena, a qual veio a ser chamada “positivismo moderado”. Pelos seus termos, o direito tem um valor em si não por supostamente sempre ser justo, mas apenas porque realiza suficientemente a ordem.¹³⁹ Tais ideias acompanham a essência da filosofia analítica inglesa do século XX, a qual teve duas grandes escolas: uma em Cambridge, integrada principalmente por Bertrand Russel e -“o primeiro” - Ludwig Wittgenstein;¹⁴⁰

¹³⁷ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini; rev. técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, SP: EDIPRO, 2000. p. 45. (Apresentação à Edição Brasileira)

¹³⁸ *Ibid.*, p. 49.

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 229-232. (Observa-se nesse aspecto a nítida influência da filosofia utilitarista de Jeremy Bentham, o qual afirma: “Uma medida do governo [...] pode ser dita conforme ou ditada pelo princípio da utilidade quando tende a aumentar a felicidade da comunidade mais do que diminuí-la.” BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. New York: Dover Publications. 2007. p. 3.)

¹⁴⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Trad., apresentação e estudo introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos ; (Introdução de Bertrand Russell), 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994. p. 9. Na “apresentação de Luiz Henrique Lopes dos Santos se lê: “o primeiro” Ludwig Wittgenstein publicou essa obra em 1921, apoiado por Bertrand Russel e Gottlob Frege. O livro marcou o positivismo lógico com uma profunda busca da forma ideal das proposições, tarefa essa carregada de rigor filosófico e crítico. A obra consiste em enigmáticos aforismos empenhados na perfeição da linguagem. Algumas passagens reveladoras dessa busca: p. 147: “3.031 Já foi dito que Deus poderia criar tudo, salvo o que contrariasse as leis lógicas. – É que não seríamos capazes de dizer como pareceria um mundo ilógico”; p. 177: “4.112 O fim da filosofia é o esclarecimento lógico dos pensamentos. A filosofia não é uma teoria, mas uma atividade. Uma obra filosófica consiste essencialmente em elucidações. O

outra, em Oxford, com expoentes como John Austin, cujo empirismo influenciou o positivismo mais jurisprudencial de Hart, influência essa que se estende ao trabalho do jurista como busca de uma “desmistificação do caráter privilegiado que os filósofos e os lógicos haviam atribuído aos enunciados declarativos ou descritivos, às asserções ou proposições jurídicas”, inclusive aproximando *unicamente* do “segundo” Wittgenstein.¹⁴¹ Assim, Hart rejeita uma linguagem idealizada e abraça a tradição humanista clássica de Oxford, numa “direção, que poderia ser entendida como contradogmática”.¹⁴² É o que se depreende de passagens como a seguinte:¹⁴³

[Na] larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão alegadamente contidas admitem apenas um resultado. Nos casos mais importantes, há sempre uma escolha. O juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente “significa”. É só a tradição de que os juízes “descobrem” o direito e não o “fazem” que esconde isso e apresenta as decisões como se fossem deduções feitas com toda a facilidade de regras claras preexistentes, sem intromissão da escolha do juiz. As regras jurídicas podem ter um núcleo central de sentido indiscutível, e em alguns casos pode parecer difícil imaginar que surja uma discussão acerca do sentido de uma regra. Contudo, todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas.

Neste trecho se percebe: 1) influências empíricas e do “segundo” Wittgenstein, quando se afirma que no direito “há sempre uma escolha” e os juízes têm de escolher um sentido de acordo com o caso concreto; 2) a “desmistificação da linguagem”, quando se fala em “sentidos alternativos”, “escolha” “penumbra de

resultado da filosofia não são ‘proposições filosóficas’, mas é tornar proposições claras. Cumpre à filosofia tornar claros e delimitar precisamente os pensamentos, antes como que turvos e indistintos”. Assim, após enunciar ao final da obra que, “sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar”, Wittgenstein abandona por longos anos a filosofia e modifica totalmente sua visão da filosofia. Após sua morte, vêm à tona suas anotações dos últimos 15 anos de vida, reunidas em “Investigações Filosóficas”, obra que trata da linguagem real e cotidiana; tamanha foi sua transmutação que, referentemente a esse período, se convencionou chamar-lhe “segundo Wittgenstein”.

¹⁴¹ HART, Herbert L. A. **Direito, liberdade, moralidade**. Trad. de Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987. p. 18. Vale ressaltar que, enquanto Hans Kelsen fundamenta seu positivismo no criticismo kantiano, H. Hart tem a tradição inglesa da filosofia empírica como pano de fundo de sua teoria.

¹⁴² *Ibid.*, p. 20.

¹⁴³ *Id.* **O conceito de direito**. Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 2001. p. 16-17.

incerteza”, etc.;¹⁴⁴ 3) a direção “contradogmática”, ao refutar a tradição de que o direito seria descoberto pelos juízes. O humanismo de Hart ecoa em toda sua obra, sendo que, para Andrés Ollero, o apelo do jurista à “textura aberta” do direito “não faz senão reconhecer a inevitável animação do direito por concepção de justiça”¹⁴⁵. Diz ainda ele: “as leis podem ser uma mera carapaça jurídica e exigir pelos seus termos expressos que sejam preenchidas com recurso a princípios morais; [há ainda a] equidade. Nenhum positivista poderá negar esses fatos” ou que parte da estabilidade dos sistemas jurídicos se deve a sua correspondência com a moral.¹⁴⁶ Essas características justificam o termo “soft positivism” que se adotou para falar das ideias de Hart.

Em busca de seu conceito de direito, Herbert L. A. Hart inicia por louvar a análise do tema procedida por John Austin,¹⁴⁷ a qual se baseia em “elementos aparentemente simples de comandos e hábitos”. Afirma Hart que, “em substância”, sua posição a respeito é a mesma, e que apenas “provavelmente dela diverge em certos pontos”.¹⁴⁸ No entanto, ao sustentar que o direito é um sistema formado primordialmente de regras, Hart se diferenciará de Austin na medida em que este negava essência normativa ao conceito, reputando-o formado daqueles “comandos

¹⁴⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 203: Sobre as influências “do segundo” Wittgenstein em H. Hart, aponta-se os aforismos: “569. A linguagem é um instrumento. Seus conceitos são instrumentos. Pensa-se talvez que não pode fazer grande diferença *quais* conceitos empregamos. Como, afinal, se pode fazer física com pés e polegadas, assim como com m e cm [...]; 570. Os conceitos nos conduzem às investigações. Eles são a expressão de nosso interesse, e conduzem o nosso interesse.”

¹⁴⁵ OLLERO, Andrés. España: limites del normativismo a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre igualdad. In: CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. (Coord.). **Las razones del derecho natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico**. 2. ed. corregida, reestructurada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008. p. 454. (Afirma Herbert L. A. Hart: “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o *equilíbrio*, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 2001. p. 148.

¹⁴⁶ Ibid., p. 220.

¹⁴⁷ MORRISON, William L. **John Austin: jurists: profiles in law theory**. California: Stanford University Press. 1982. p. 4-5: “[...] a marca particular do empirismo de Austin aplicado ao direito é de contínuo potencial produtivo. Não só por seu valor ao operar, como também porque nem um outro significativo jurista inglês adotou uma visão como a sua. Isto se aplica até mesmo a Bentham, pois a abordagem de Austin tem traços distintivos que muito devem a John Stuart Mill. [...] O caráter distintivo da filosofia com a qual Austin procurou aplicar ao direito é sua combinação de empirismo – visão de que a realidade consiste de acontecimentos observados – e formalismo – visão de que a nossa linguagem representa padrões de acontecimentos em sua formas lógicas verdadeiras.” Com isso, John Austin foi reputado o fundador da escola da “jurisprudência analítica”.

¹⁴⁸ Ibid., p. 23.

e hábitos”.¹⁴⁹ Hart levanta objeções a estes dois supostos fundamentos do sistema jurídico: 1) nem todas as leis impõem condutas às pessoas, sendo que muitas delas conferem-lhes poderes para contratar, casar, etc.; 2) nem todo direito é formado pelo desejo de alguém, como ocorre com os costumes; 3) as leis não são necessariamente dirigidas aos outros; 4) pode ser que uma lei não reflita os desejos do próprio legislador, o qual pode nem mesmo compreendê-la; 5) não é verídico que o “comando” provenha necessariamente de um soberano, o que se afirma com base em leis que permanecem após a passagem de seu criador e, ao contrário, leis que persistem após alterar-se o soberano. Demais disso, as leis não são feitas verticalmente, do soberano aos “súditos”, pois além daquele estar também sob a égide do direito, estes elegem aqueles que fazem as leis.¹⁵⁰

Hart passa a sustentar que o direito é um sistema formado primordialmente por regras “primárias” e “secundárias”. As primeiras são aquelas que “impõem deveres”, determinando que se faça ou se abstenha de fazer certas coisas. Por sua vez, as regras da segunda espécie “atribuem poderes públicos ou privados [para] criar [...] novas regras do tipo primário, [ensejando] a criação ou alteração de deveres ou obrigações”.¹⁵¹ Para que seja possível resolver o problema da “incerteza” quanto às regras primárias, existe uma “regra de reconhecimento”, a qual, de maneira mais ou menos complexa, não só demonstra – ou não – a autoridade de certa regra em certa sociedade como ainda confere unidade ao ordenamento.¹⁵² Essa ideia de direito exposta em poucas palavras não demoraria muito a ser severamente criticada, como se examinará a seguir.

1.3.2.4 O positivismo liberal não utilitarista de Ronald Dworkin

O fato de suceder Hart em Oxford não impediu que, ao expor a sua pessoal “teoria liberal do direito”, Ronald Dworkin o elegesse como principal alvo do forte

¹⁴⁹ BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 97.

¹⁵⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 2001. p. 33-87.

¹⁵¹ Ibid., p. 91.

¹⁵² Ibid., p. 104-105.

ataque que procedeu contra o positivismo utilitarista então dominante.¹⁵³ Para tal, Dworkin aponta três proposições centrais, as quais formam a estrutura do positivismo, a fim de criticá-las. São elas: I.) a ideia de que o direito de uma comunidade é um ordenamento específico de regras legítimas que visa determinar quais comportamentos são aceitáveis ou puníveis; II.) a crença de que o direito é exaustivo, de maneira que, na hipótese de não ser encontrada a solução para um caso concreto no próprio ordenamento, o julgador deverá exercer seu poder discricionário de, nas palavras de Dworkin “manufaturar uma nova regra legal ou suplementar uma velha”; III.) só há “obrigação jurídica” prevista na lei, de maneira que, quando o juiz decide exercendo de discricionariedade, ele não declara uma obrigação pré-existente, mas cria uma nova.¹⁵⁴ Para Dworkin, é equivocada essa ideia de que, antes da suposta discricionariedade judiciária, não existiria o direito porque, mesmo quando não há regra explícita a respeito, “uma das partes tem direito a vencer. Disso resta que é dever do juiz, mesmo em casos difíceis, descobrir quais são os direitos das partes, não inventar novos direitos em retrospecto”.¹⁵⁵ Dessa maneira, os princípios terão papel preponderante na busca da resposta correta para o caso concreto, a qual deve ser a decisão mais bem justificada na melhor teoria do direito possível – entendida esta como “aquela que contém aqueles princípios e ponderações de princípios que melhor justificam as prescrições da Constituição, as normas jurídicas fixadas e os precedentes”.¹⁵⁶

Esse foi o início da progressiva “dissolução” da dicotomia entre “jusnaturalismo” e “positivismo”,¹⁵⁷ principalmente enquanto Dworkin aponta o que diz ser o grande erro deste último: “forçar-nos a perder os importantes papéis de

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 1978. p. vii-ix (Introduction): A obra defende uma “teoria liberal do direito” bastante crítica à teoria liberal que o autor reputa em evidência - “corrente” -, a qual “tem duas partes” supostamente independentes: um aspecto positivista e outro utilitarista, “ambas as partes da teoria corrente derivadas da filosofia de Jeremy Bentham”; “A mais forte versão contemporânea do positivismo é aquela proposta por H.L.A. Hart, e é a versão de Hart que é criticada neste livro”.

¹⁵⁴ Ibid., p. 17.

¹⁵⁵ Ibid., p. 81.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b. p. 139: “Sob princípio, entende Dworkin, nisso, todos os critérios que, sem serem regras, podem servir como argumentos para direitos Individuais.”

¹⁵⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Casos difíceis no pós-positivismo. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). **Hermenêutica plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção Tópicos). p. 212.

‘standards’¹⁵⁸ que não são regras [, descurando da importância de] princípios, diretrizes e outras formas jurídicas”.¹⁵⁹ Princípios deveriam ser vistos como parte do ordenamento jurídico porque são inclusive capazes de afastar a vigência de uma regra;¹⁶⁰ sua justificação envolve ponderações morais e políticas;¹⁶¹ não obstante, é com base neles que o juiz decide os “casos difíceis”,¹⁶² descobrindo o direito pré-existente – e não criando um novo através de poder discricionário. *Verbis:*¹⁶³

Eu concluo que, se tratarmos os princípios como leis, devemos então rejeitar o primeiro mandamento dos positivistas, no sentido de que a lei de uma comunidade é distinta de outros regramentos sociais por algum teste em forma de uma lei-mestra. Temos também decidido que devemos já abandonar o segundo mandamento – a doutrina da discricionariedade judicial – ou clarificá-lo como trivial. [...] O terceiro [mandamento] afirma que existe uma obrigação legal quando (e somente quando) uma regra de direito estabelecida impõe tal obrigação. [...] Uma vez que [...] tratemos princípios como direito,

¹⁵⁸ Pode-se optar por traduzir o termo por “fontes estatutárias”, “pautas” ou “normas”. Porém, o uso do termo original é bastante corrente entre os juristas pátrios, razão pela qual se optou por usá-lo.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 1978. p. 22: “Eu chamo ‘diretriz’ – ‘policy’- aquele tipo de norma – ‘standard’ – que estipula um objetivo a ser alcançado, geralmente um acréscimo econômico, político ou social relacionado à comunidade (apesar de algumas ‘políticas’ serem negativas ao estipular que um traço presente deve ser protegido de mudanças adversas). Eu chamo ‘princípio’ – ‘principle’ – uma norma que deve ser observada não porque avançará ou protegerá uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque representa uma busca de justiça ou equidade, ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, a norma que visa diminuir os acidentes de carro é uma política, enquanto aquela que diz ‘ninguém pode se locupletar com sua própria torpeza’ é um princípio.”

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 37.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 67.

¹⁶² “Em linhas gerais, consoante o autor colombiano [César Rodriguez], um caso é difícil quando os fatos e as normas relevantes permitem, pelo menos à primeira vista, mais de uma solução. Ainda como segue o professor, o tipo mais freqüente de caso difícil é aquele no qual a norma aplicável é de textura aberta, ou contém uma ou mais expressões lingüísticas vagas, como diria Hart. [...] Por outro lado, como salienta Rodriguez, é possível que, mesmo sendo clara a norma, exista mais de uma alternativa razoável de solução. Mas a essa dificuldade pode-se agregar outras quatro: 1) quando dois ou mais princípios colidam; 2) quando não existe nenhuma norma aplicável, ou então lacuna; 3) quando mesmo que exista e seja clara a norma é injusta; 4) quando mesmo que exista um precedente judicial, à luz de um novo caso, se considere necessário modificar.” In “estudo preliminar à obra *La decision judicial* de H. Hart e Ronald Dworkin, realizado por César Rodriguez. Santafé de Bogotá, Colômbia, 1997” apud OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Casos difíceis no pós-positivismo*. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). **Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 210-211; (Porém, é necessário afirmar que é discutível essa diferenciação entre “casos difíceis” e “casos fáceis” – “hard” e “easy cases” -, pois é possível argumentar que “todo e qualquer caso é um caso difícil, à medida que exige do aplicador um esforço ‘hercúleo’ para aplicar, ao caso concreto, o Direito que seja consentâneo aos ideais de justiça e estabilidade das relações jurídicas”. FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 24.)

¹⁶³ DWORKIN, op. cit., p. 44.

fazemos emergir a possibilidade de que uma obrigação legal seja imposta por uma constelação de princípios tanto como por uma regra estabelecida.

Assim, Dworkin afirmava que o positivismo então dominante não mais era capaz de sustentar seus três princípios básicos, pois, além de existirem outras normas além das regras - sendo elas impregnadas pela moral e pela política -, restava ainda evidenciada a não existência de um poder discricionário jurisdicional, pois as decisões são tomadas com base em princípios – *lato sensu* – já existentes, mesmo que até então não tivessem sido descobertos. Com isso, o estadunidense não só abalou o positivismo de então como ainda consagrou a eficácia dos princípios dos ordenamentos jurídicos; a partir de então, restou difícil negar-lhes força normativa, e a maior parte das teorias não jusnaturalistas passaram a existir a partir desse pressuposto.¹⁶⁴ Dworkin pretende estabelecer também um conceito de direito baseado na “integridade” de suas decisões, o que pressupõe sua conexão com ideais de justiça, equidade, igualdade, etc. Por essa e outras razões, alguns chegaram a afirmar que sua teoria seria jusnaturalista.¹⁶⁵ No entanto, tal assertiva não parece subsistir ao fato de que, para Dworkin, os princípios que embasam a decisão estão no ordenamento, e não acima - ou fora – dele.

1.3.2.5 O “pós-positivismo” de Robert Alexy

Em 1976 Robert Alexy defendeu em Göttingen a tese de que é possível uma argumentação racional do direito nos moldes exigidos pelo Tribunal Constitucional Alemão. Esse trabalho viria a se tornar a sua “Teoria da Argumentação Jurídica”, publicada dois anos após, na qual Alexy se propõe a traçar caminhos em direção a essa racionalidade visada. Inicia então por apontar as principais razões pelas quais algumas decisões podem ser reputadas “irracionais”: vagueza da linguagem jurídica; possibilidade de conflitos entre as normas; ausência de regulação específica para

¹⁶⁴ Por tantos, Neil MacCormick, o qual, “acerca das respostas corretas únicas para casos difíceis, se posiciona num meio-termo entre o irracionalismo de Alf Ross e o ultra-racionalismo de Dworkin”. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. Casos difíceis no pós-positivismo. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). **Hermenêutica plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 226.

¹⁶⁵ FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p.56-60.

certos casos concretos e a possibilidade de se decidir *contra legem* em certas situações especiais. Aponta ainda as deficiências dos modelos interpretativos. Como meio para tal, elaborou uma teoria da argumentação prática geral que contém uma teoria jurídica também argumentativa.¹⁶⁶ Após cerca de dez anos Alexy traz a tona a sua “Teoria dos direitos fundamentais”, na qual aponta para o fato de que as normas – e as decisões – versando sobre direitos fundamentais podem ser duvidosas em razão de serem necessariamente “abertas”. Visando a resolução desse problema, Alexy confere à “ciência dos direitos fundamentais [a] tarefa [de] dar respostas racionalmente fundamentadas às questões relativas a esses direitos”.¹⁶⁷ Para esse desiderato, ele sustentará que a argumentação racional contendo uma “pretensão de correção” é o caminho para os problemas envolvendo direitos fundamentais.

Cabe dizer que, para Alexy, uma “pretensão de correção” já estava inclusa em “A Metafísica dos Costumes” de Immanuel Kant, na qual o direito é descrito como o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal de liberdade.¹⁶⁸ Na verdade Alexy vai mais além e, sem disfarçar seu entusiasmo, chega a afirmar que “quase tudo está contido [no conceito de direito kantiano, o qual] mostra-se, com isso, em conjunto, tão vivo como no primeiro dia”.¹⁶⁹ Frente à flagrante relevância que a ideia de direito kantiana terá para o conceito de Alexy, é válido analisá-la com mais cuidado, iniciando-se por dizer que, conforme a lição de Jürgen Habermas, Immanuel Kant extrai as leis jurídicas do conceito fundamental da lei moral, a qual concede os valores e conceitos superiores; esses, ao se transmutarem em direito, se reduzem a três dimensões básicas: arbítrio de cada um; relações interpessoais entre uns e outros; e coerção autorizada. Essa concretização através da ordem jurídica remete à ideia platônica de um mundo ideal reproduzido em nossa realidade, intuição essa que “não é de todo falsa, pois uma ordem jurídica só pode ser legítima,

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2008c. p.19-47.

¹⁶⁷ Id. **Teoria dos direitos fundamentais** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. p. 28.

¹⁶⁸ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, apresentação e notas de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005a. p. 43.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. A interpretação de Ralf Dreier da definição kantiana de direito. In: HECK, Luiz Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a. p. 152.

quando não contrariar princípios morais.”¹⁷⁰ Confirma-se tal entendimento desde a introdução da “Fundamentação à metafísica dos Costumes”, na qual Kant enuncia estar em busca do “princípio supremo da moralidade”, o qual acaba por resumir ao único “imperativo categórico [...]: *Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal, [do qual] se podem derivar, como de seu princípio, todos os imperativos do dever.*”¹⁷¹

Ao comentar a posição de Ralf Dreier a respeito do conceito de direito kantiano, Alexy conclui que ele necessariamente pressupõe uma união do direito “com uma pretensão de correção [ou] de justiça [; e] esse enlace tem como consequência que uma ordem social, que nem sequer promove uma pretensão de correção, não é um sistema jurídico. [...] seria mera força”.¹⁷² Dessa maneira, viciosidades que impliquem injustiças devem ser eliminadas e, em caso de antijuridicidade extrema, pode-se afirmar a falta de caráter jurídico ou de validade de uma norma, o que nada modificaria no conceito de direito de Kant.¹⁷³ Seguindo essa busca pela justiça, Alexy também enlaça “o decretado e o eficaz” - ambos aspectos fático-institucionais - com o “correto” - sua dimensão discursiva -, fundindo teores positivistas e jusnaturalistas para formar a chamada “teoria do discurso do estado constitucional democrático”¹⁷⁴ que se resume nos seguintes termos:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoio e/ou

¹⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2010. p. 30. v. 1

¹⁷¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005b. (Coleção textos filosóficos). p. 59. (“O Imperativo categórico seria aquele que nos representa-se uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade [;] se a ação é representada como boa em si, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme a razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é categórico [e] vale como princípio apodíctico.” Ibid., p. 50-51.)

¹⁷² ALEXY, Robert. A interpretação de Ralf Dreier da definição kantiana de direito. In: HECK, Luiz Afonso. (Org. e Trad.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a, p. 151.

¹⁷³ Ibid., loc. cit..

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2008a. p. 20.

deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão de correção.¹⁷⁵

Denota-se que a “pretensão de correção” se trata de “uma prática que, essencialmente, é definida pela distinção entre verdade ou correção e falsidade”, a qual está “unida necessariamente com o direito” e “abarca uma pretensão de fundamentabilidade [a qual se faz pela] teoria do discurso prático geral”.¹⁷⁶ Assim, o direito positivo e essa pretensão de correção quanto ao seu conteúdo implicam complementação, penetração e intensificação entre ambos, aspectos esses que conferem ou não legitimidade ao direito.¹⁷⁷ “Questões de justiça, porém, são questões morais. Assim, a pretensão de correção funda, também, no plano de aplicação do direito, uma união necessária de direito e moral.”¹⁷⁸ Em havendo lacunas no sistema jurídico, transparece mais uma vez a diferença entre a teoria de Alexy e os positivistas, uma vez que estes preenchem tais vazios do ordenamento com “critérios extrajurídicos”, enquanto a “pretensão de correção” de que trata Alexy faz parte do sistema jurídico e se faz pelo “argumento de princípio” – ponderando-os – e pela “tese do caso especial”, através do discurso jurídico enquanto espécie do discurso prático geral.¹⁷⁹

1.3.2.5.1 As proximidades entre as teorias de Robert Alexy, Gustav Radbruch e Jürgen Habermas

É bastante conhecida a notável virada no pensamento de Gustav Radbruch, o qual, enquanto defendia ideias positivistas foi cassado pelo regime nazista e, quando felizmente findou a guerra e voltou ao seu posto na faculdade de direito de Heidelberg, assumiu posição diferenciada, chegando a renegar o positivismo.¹⁸⁰ De qualquer forma, o conceito positivista de direito de Radbruch era “dependente da

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Org. Ernesto Garzón Valdés et al.; trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 151.

¹⁷⁶ Id. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a. p. 24.

¹⁷⁷ Ibid., p. 20-31.

¹⁷⁸ ALEXY, op.cit., p. 40.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a. p. 36-40.

¹⁸⁰ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução e prefácios: L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. Coimbra: Ed. Armênio Amado, março de 1997. p. 9-12 (Prefácio).

‘ideia’ de direito [, a qual] não pode ser diferente da ideia de Justiça”.¹⁸¹ Essa relevância da justiça para Radbruch foi ainda mais privilegiada pela “fórmula” pela qual defende que, em caso de conflito “de grau intolerável” entre a Justiça e a lei positiva, esta perde a natureza jurídica, deixando de ser direito.¹⁸² Isso porque, envolvendo o direito um desejo de justiça, leis manifestamente arbitrárias e/ou preconceituosas – como aquelas pelas quais o regime nazista perseguiu e assassinou judeus e adversários políticos -, “carecerão [...] de qualquer validade”.¹⁸³ Interessante observar que Robert Alexy assume essa mesma posição ao citar Radbruch para falar em um “limite da antijuridicidade extrema”, o qual, como eventual objeto da “pretensão de correção” quanto ao conteúdo das leis, chega a fazer parte da definição de direito “não positivista” de Alexy, em proximidade notável.¹⁸⁴

Cabe também dizer que são muitos os pontos em comum entre as teorias jurídicas de Habermas e Alexy. Para além de notórias influências recíprocas, ambos defendem a teoria do discurso jurídico com a mesma ênfase. Mais do que mero estabilizador de comportamentos, o direito para Habermas é um “fator e vetor de integração social” que se faz através de consenso entre todos os envolvidos pelo direito.¹⁸⁵ Tenta Habermas demonstrar que é possível – e como acontece – a conciliação entre “legitimidade” e “legalidade” no âmbito do Estado. O mote de sua teoria é a relação dúbia que se estabelece entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de sentenciar corretamente.¹⁸⁶ Habermas substitui a razão prática pela comunicativa e “pela teoria do agir comunicativo tenta assimilar a tensão que existe

¹⁸¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução e prefácios: L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. Coimbra: Ed. Armênio Amado, março de 1997. p. 86. “O conceito de direito é um conceito cultural, isto é, duma realidade referida a valores, ou ainda, duma realidade cujo sentido é achar-se a serviço de certos valores. *Direito é, pois, a realidade que possui o sentido de estar a serviço do valor jurídico, da idéia de direito.*”

¹⁸² BIX, Brian. **Robert Alexy, Radbruch’s formula, and the nature of legal theory**. *Rechtstheorie*, v. 37, p. 139-149, 2006. Minnesota Legal Studies Research Paper 06-13. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=892789> Acesso em: 24 fev. 2011. p. 140.

¹⁸³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução e prefácios: L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. Coimbra: Armênio Amado, 1997. (Cinco Minutos de Filosofia do Direito). p. 416.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a. p. 31-33.

¹⁸⁵ FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009, p. 21.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b. p. 128-129.

entre facticidade e validade”.¹⁸⁷ o que muito se assemelha à pretensão de correção que se une ao direito positivo configurando a teoria do direito de Robert Alexy.¹⁸⁸ São nítidas as semelhanças entre ambas as teorias.

1.3.3 O direito do trabalho em tempos de novo constitucionalismo e pós-positivismo

Todas as evoluções acima examinadas convergem para um ponto em comum no qual, em sua maioria, a doutrina jurídica abraça os dois conceitos titulados. Dessa maneira, alcança a Constituição uma condição de “irradiadora de Justiça” e, para o quê, de forma simultânea, seus princípios são alçados ao posto de protagonistas da ciência e da pragmática jurídicas. Passa-se agora a examinar melhor esse panorama.

1.3.3.1 O *neoconstitucionalismo* e o pós-positivismo

Em clássica aula inaugural do ano de 1959, Konrad Hesse defende o que chama “força normativa da Constituição”. Refuta ele aquelas ideias de Ferdinand Lassale e Georg Jellinek de que seria essa, ou um mero pedaço de papel, ou um documento normativo subjugado pelo poder político.¹⁸⁹ Para tal defesa, parte Hesse da relação de reciprocidade entre a realidade social e política de um país e sua Constituição, afirmando que esta deve reconhecer – e ser parte – da realidade histórica em que está inserida (aspecto de “ser”), mas ao mesmo tempo, através de uma pretensão de eficácia, deve pretender normatizar essa realidade (aspecto de “dever-ser”); além disso, deve a Constituição reconhecer as possibilidades e os limites de sua atuação na realidade, sendo inviável traçar pretensões abstratas e/ou exageradas, afastadas da realidade; por fim, se deve ter em vista pressupostos de eficácia constitucional, os quais envolvem: a correspondência ao momento em que ela é criada, sua possibilidade de adaptação a mudanças sem perda de sua essência, a incorporação em seu texto de contradições que reflitam as diferenças

¹⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 25.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Org. Ernesto Garzón Valdés et al; trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 151.

¹⁸⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 5-12.

sociais e, por fim, respeito à Constituição na *práxis* jurídica - o qual se faz através de sua obediência mesmo em situações adversas e incômodas, se evitando alterações em seu texto e primando pela interpretação em favor da concretização das normas constitucionais.¹⁹⁰ Dessa maneira, com tais pressupostos realizáveis aliados à atuação do direito constitucional direcionada a reforçar sempre a “vontade de Constituição”, é possível que a Constituição Jurídica supere momentos difíceis em razão de sua “força viva”.¹⁹¹

Desde a segunda metade do séc. XX, pela primeira vez vivemos em um mundo no qual grande parte das constituições satisfaz as características propostas por Konrad Hesse, uma vez que estamos “ante normas efetivas e jurisdicionais que, como não podia deixar de ser, concedem ao juiz a última palavra; mas também ante constituições que [...] se encontram repletas de direitos, princípios e diretrizes [frequentemente] contraditórios”.¹⁹² Esse cenário constitucional é fruto dos processos histórico-sociais acima examinados, sendo que, em 1733 Bolingbroke conceituava “Constituição” nos seguintes termos:

Com constituição queremos referir [...] aquela gama de leis, instituições e costumes, derivados de certos princípios fixados pela razão, dirigidos para certos objetivos fixados em prol do bem comum, compondo o sistema geral pelo qual a comunidade aceita ser governada [...] chamamos “bom governo” aquele cuja administração das relações públicas é sabiamente perseguida, com uma estrita conformidade aos princípios e objetivos da constituição.¹⁹³

No entanto, há bastante tempo já vicejavam ideias de “constitucionalismo”. Desde a era clássica o assunto é corrente entre os pensadores – tanto que o conceito transcrito assemelha àquele sugerido por Platão em “O Político”;¹⁹⁴

¹⁹⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 13-23.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 24-27.

¹⁹² FIGUEROA, Alfonso García. **Principios y positivismo jurídico**: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 18.

¹⁹³ *A dissertation upon Parties (1733-34)*, In *The Works of Lord Bollngbroke (1841)*, II, p. 88 apud McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism**: ancient and modern. Indianápolis, USA: Liberty Fund, Inc. 1992. p. 2-3.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 3.

Aristóteles e Marco Túlio Cícero trataram a respeito.¹⁹⁵ No entanto, as alterações culturais e científicas que trouxe a modernidade; a consolidação do Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais – os quais organizaram e popularizaram o quanto possível o poder, redistribuindo então as conquistas modernas -; ambas aliadas à consolidação do caráter normativo dos princípios a partir de Ronald Dworkin, foram fatores que – dentre outros - acabaram convergindo para um *novo constitucionalismo* regrado pelo que se convencionou chamar no Brasil “*pós-positivismo*”. As palavras de Luis Prieto Sanchís elucidam sobremaneira essa nova cultura constitucional e metodológica:

Se bem apresenta contornos esfumados, creio que pode resumir-se na concorrência de dois fenômenos ou, se preferir-se, na confluência de duas tradições: de um lado, a emigração para o direito europeu de alguns elementos chave do constitucionalismo norte-americano, em particular, seu forte caráter jurisdicional, mas também uma concepção algo mística e quase religiosa do que significa a Constituição. E, por outro lado, a incorporação nos documentos constitucionais de um muito denso conteúdo normativo de caráter material ou substantivo que, por sua vez, pretende conter as plurais abordagens ideológicas ou políticas dos grupos sociais que o aprovaram. [...] Pois bem, os princípios se converteram no lema predileto desse constitucionalismo, no ponto de intersecção de onde convergem quase todos os interesses e propósitos dessa repetida nova cultura jurídica.¹⁹⁶

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “o constitucionalismo moderno promove [...] uma volta aos valores, uma reaproximação entre Ética e Direito [, fenômeno esse referido por alguns autores alemães como ‘virada kantiana’]”.¹⁹⁷ Tais mudanças alteraram o cenário da ordem jurídica brasileira e tantas outras, de maneira que o ordenamento civil, o qual tivera posição de preminência, foi progressivamente perdendo terreno para a Constituição, cuja supremacia, até então

¹⁹⁵ *A dissertation upon Parties (1733-34)*, In *The Works of Lord Bollngbroke (1841)*, II, p. 88 apud McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism**: ancient and modern. Indianápolis, USA: Liberty Fund. Inc. 1992. p. 40.

¹⁹⁶ FIGUEROA, Alfonso García. **Principios y positivismo jurídico**: el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 17.

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; Grau, Eros Roberto. (Orgs). **Estudos de direito constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 44.

meramente formal, tornou-se substancial e sua evidência foi “potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios”.¹⁹⁸

Ao contrapor “constitucionalismo” e “legalismo” - as duas fundamentais concepções de sistema jurídico -, Robert Alexy aponta como principal exemplo da primeira a “teoria dos valores” consagrada pelo Tribunal Constitucional Alemão. Tal entendimento emergiu de todo em 1958, momento em que aquela Corte explicitou a existência na Constituição de um “ordenamento de valores objetivo”, sendo que tais valores desenvolvem um “efeito de irradiação” por todo o ordenamento jurídico, o qual, em sua formação e aplicação, está submetido às “diretivas” e aos “impulsos” constitucionais.¹⁹⁹ Dessa maneira, a Constituição se torna um campo de discussão, luta e consolidação de direitos fundamentais. Com força cada vez maior, passa ela a influenciar em todos os ramos do direito, seja ele público, seja privado. Tal se faz principalmente através da ponderação de princípios constitucionais, os quais assumem posição protagonista nas discussões judiciais.

Impende dizer que as críticas à concepção “constitucionalista” não são poucas. Carl Schmitt preveniu para o que chamou uma “tirania dos valores” que eliminaria o conteúdo liberal da Constituição. Ernst Forsthoff e Nikolai Hartmann também criticam severamente tal concepção do ordenamento jurídico, os três defendendo ideias “legalistas” e preferindo: normas em vez de valores; subsunção ao invés de ponderação; autonomia do direito legislado ao invés de supremacia constitucional; autonomia do legislador em vez de força desmedida dos tribunais.²⁰⁰ Por outro lado, são muito dignos de atenção os alertas sobre os prejuízos que a segurança jurídica teria pela propagação desenfreada da ponderação de princípios; a resposta de Luciano Athayde Chaves para esses alertas é no sentido de que “a segurança jurídica, [em um] panorama de um sistema jurídico-processual orientado por valores e princípios, não pode ter a rigidez inerente ao positivismo jurídico”; ela

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; Grau, Eros Roberto. (Orgs). **Estudos de direito constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 56.

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b. p. 162-163.

²⁰⁰ Ibid., loc. cit.

deixa de ser estática para conviver com um direito menos rígido.²⁰¹ Tal comentário não é tranquilizador; na verdade, parece dar razão àqueles que sustentam que a segurança estaria em perigo.

Deve-se ainda ter em vista o alerta de Humberto Ávila para o fato de que um neoconstitucionalismo sem critérios claros - como se pode observar em parte do fazer jurídico brasileiro - está mais para um “movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização”.²⁰² Isso porque tal “movimento” fecha os olhos para certas evidências: a Constituição da República de 1988 é formada primordialmente por regras, não por princípios; por essa mesma razão, apenas por exceção se deve efetuar ponderação, sendo que, no mais das vezes, a aplicação da lei se fará pela subsunção à regra jurídica; a justiça geral que se faz pelas regras - feitas pelo legislativo, evidentemente - é apta a uniformizar tratamentos em sociedades plurais, sendo equivocado conferir protagonismo ao judiciário e à justiça particular do caso concreto sobre as generalizações legais efetuadas pelo poder competente.²⁰³ Dessa maneira, deve-se ter cautela ao se efetuar a ponderação de princípios, reservando-a para os momentos possíveis.

Observando-se esse cenário, chega a ser difícil visualizar que, há cerca de cinquenta anos, poucos eram os que reconheciam força normativa aos princípios. Assim, como os sistemas jurídicos formados unicamente por regras costumam estar ligados ao positivismo – como aqueles de Hans Kelsen e Herbert Hart -,²⁰⁴

²⁰¹ CHAVES, Luciano Athayde. Interpretação, aplicação e integração do direito processual do trabalho. In: _____. (Org.). **Curso de processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p. 26.

²⁰² ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. (Orgs). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 202.

²⁰³ Ibid., p. 201-202. (“A Constituição Brasileira de 1988 tem princípios e regras, cada qual com funções diferentes, não se podendo falar, desse modo, da primazia de uma norma sobre outra, mas, tão-só, de funções e eficácias diferentes e complementares. [...] Com efeito, embora ela contenha, no Título I, princípios, todo o restante do seu texto é composto de alguns princípios e muitas, muitas regras [, como se observa de todos os demais títulos e mesmo do Ato das Disposições Transitórias]. [...] Tanto que a Constituição Brasileira de 1988 é qualificada de ‘analítica’, justamente por ser detalhista e pormenorizada, características estruturalmente vinculadas à existência de regras, em vez de princípios.” Ibid., p. 189.)

²⁰⁴ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b. p. 167: “O modelo de regras é, freqüentemente, unido com a tese do positivismo. As teorias de Kelsen e Hart são, para isso, exemplos. Uma tal união coloca-se próxima, mas não é necessária. Assim, mostra a tese de Kant da rigorosidade do direito que também uma teoria jurídico-racional pode orientar-se em um modelo de regras. [...]”

convencionou-se a chamar este momento de pós-positivista – ao menos no Brasil e em alguns países ibéricos, cujas ideias “ultrapassam o legalismo estrito do Positivismo Normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do Jusnaturalismo” -.²⁰⁵ Faz-se ainda necessário afirmar que tal cenário só é possível em um “Estado de Direito Constitucional”, onde todos os poderes – inclusive o legislativo - estão vinculados ao princípio da legalidade e “o constitucionalismo determina a sujeição substantiva, e não apenas formal, de todos os poderes à Constituição”.²⁰⁶

1.3.3.2 O ramo laboral como parte do sistema jurídico submetido à sua nova ordem

O pensamento humano sempre colocou sobre tensão “as partes” e “o todo” em visões que podem ser reputadas “mecanicistas” ou “holísticas” – sendo que, durante o século XX, estas passaram a ser chamadas “sistêmicas”.²⁰⁷ Tais questões intrigavam já os filósofos gregos, como demonstra a ideia aristotélica de “autorrealização” – *enteléquia* –, por exemplo. Entre os séculos XVI e XVII, as revoluções científicas de Copérnico, Galileu Galilei, Bacon, Newton e outros tiveram expressão no método analítico de pensar criado por René Descartes, o qual - em notável valorização da parte - “consiste em quebrar fenômenos complexos em pedaços a fim de compreender o comportamento do todo a partir das propriedades das suas partes”.²⁰⁸ A reação contra tal forma de pensar veio do movimento romântico – que, nas palavras de Wolfgang von Goethe viam o mundo como “um todo harmonioso” - e da filosofia de Immanuel Kant e seu conceito de “auto-organização”, pelo qual as partes são vistas como “interdependentes”, criadoras umas das outras – o que vai além da afirmação de que essas estariam meramente

²⁰⁵ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da ; GRAU, Eros Roberto. (Orgs). **Estudos de direito constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 58.

²⁰⁶ FIGUEROA, Alfonso García. **Principios y positivismo jurídico**: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 61: “Neste contexto, o constitucionalismo poderia ser definido como a teoria que justifica o Estado de Direito Constitucional e também como o movimento que defende essa doutrina.”

²⁰⁷ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução Newton Roberval Eicheberg. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 2008. p. 33.

²⁰⁸ Ibid., p. 34.

“interligadas”.²⁰⁹ Assim, após nova proeminência da visão mecanicista, quando do impacto dos avanços científicos do séc. XX, a percepção corrente tornou-se aquela do que se passou a chamar “pensamento sistêmico”, pela qual “as propriedades das partes não são propriedades intrínsecas, mas só podem ser entendidas dentro do contexto do todo mais amplo. [...] O pensamento sistêmico é ‘contextual’, o que é o oposto do pensamento analítico”.²¹⁰ Tais ideias se consolidavam quando, nos anos 40, Ludwig von Bertalanffy lapidou o pensamento sistêmico - reputando-o “aberto” - e construindo uma teoria geral que o elevou à condição de “movimento científico de primeira grandeza”.²¹¹

O ordenamento jurídico é um sistema.²¹² Porém, como bem adverte Norberto Bobbio, o fato de existir um sistema normativo não deixa claro de qual espécie esse seria, uma vez que “‘sistema’ é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências”.²¹³ Não obstante, essa ácida observação, faz-se necessário elucidar o quanto possível o sistema jurídico, bem como dizer de que maneira o ramo laboral é um subsistema inserido, iniciando-se por transcrever a lição de Kant a respeito de um sistema de conhecimentos:

Sob o domínio da razão não devem os nossos conhecimentos formar uma rapsódia, mas um sistema, e somente deste modo podem apoiar e fomentar os fins essenciais da razão. Ora, por sistema, entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia. [...] O

²⁰⁹ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Tradução Newton Roberval Eicheberg. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 2008. p. 35-36.

²¹⁰ Ibid., p. 41.

²¹¹ Ibid., p. 53. (Para Bertalanffy, “os organismos vivos são sistemas abertos que não podem ser descritos pela termodinâmica clássica. Ele chamou esses sistemas de ‘abertos’ porque eles precisam se alimentar de um contínuo fluxo de matéria e de energia extraídas do meio ambiente para permanecer vivos. [...] Diferentemente dos sistemas fechados, que se estabelecem num estado de equilíbrio térmico, os sistemas abertos se mantêm afastados do equilíbrio, nesse ‘estado estacionário’ caracterizado por fluxo e mudança contínuos. Bertalanffy adotou o termo alemão *Fließgleichgewicht* (‘equilíbrio fluente’) para descrever esse estado de equilíbrio dinâmico.” Ibid., p. 54)

²¹² CARRAZZA. Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 47: “[...] que o Direito forma um sistema é um postulado que sequer precisa de demonstração, já porque postulado (de universal acatamento, diga-se de passagem), já pela proibição lógica do *regressum ad infinitum* (da infinita reciclagem das premissas eleitas) (Geraldo Ataliba).”

²¹³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 76.

conceito científico da razão contém assim o fim e a forma do todo que é correspondente a um fim. [...] ²¹⁴

Diz-se desde logo que as características de “unidade” e “ordenação” – esta referida pela expressão “forma do todo” – presentes no conceito kantiano são comuns a inúmeras definições de sistema, significando, respectivamente “um estado de coisas racionalmente apreensível [e uma não] dispersão numa multitude de singularidades desconexas”. ²¹⁵ Impende também realçar e esclarecer que o conceito transcrito se refere a um “sistema de conhecimentos”, o qual diz respeito a um “sistema de objetos” analisados racionalmente. Tratam-se esses de dois prismas pelos quais se pode ver o sistema: o primeiro faz referência ao seu caráter lógico, o segundo, aos seus aspectos reais. ²¹⁶

Quanto ao sistema jurídico, Robert Alexy confere especial relevância à sua necessária “coerência”, sendo que, de maneira geral, quanto melhor é o nível de fundamentação das declarações que emergem do sistema, maior é a sua coerência. ²¹⁷ Por sua vez, a clássica definição de sistema jurídico por Claus-Wilhelm Canaris realça seu aspecto de “ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais”. ²¹⁸ Com razão, afirma o autor também que o sistema jurídico é “aberto”, entendendo-se “por abertura a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema”, ²¹⁹ de maneira que, enquanto inserido no sistema social, o direito pode deste receber - e também enviar – influências, informações,

²¹⁴ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Intro. e notas de Alexandre Fradique Morujão. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 657.

²¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 12-13.

²¹⁶ Ibid., p. 13: “Deve-se, assim, distinguir sempre duas formas, ou melhor, dois prismas do sistema: por um lado o sistema de conhecimentos, que Eisler, na definição citada, chama de ‘lógico’ e que, na seqüência, de modo mais genérico, será apelidado de ‘científico’ e, por outro, o sistema dos objetos do conhecimento, a propósito do qual, com razão, Eisler fala de sistema ‘objetivo’ ou ‘real’. Ambos estão, de fato, em conexão estreita, devendo o primeiro ser ‘o correspondente mais fiel possível’ do último [...] Segue-se daí, para formação jurídica do sistema, que esta só será possível quando o seu objeto, isto é, o Direito, aparente tal sistema ‘objetivo’.”

²¹⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a. p. 117-130.

²¹⁸ CANARIS, op. cit., p. 77-78.

²¹⁹ Ibid., p. 104.

novidades, etc. Enquanto sistema aberto inserido na sociedade, os princípios jurídicos espelham “valores e distorções que compõe a complexidade do sistema social recepcionados pelo direito e formadores de sua estrutura normativa”.²²⁰

Por outro lado, de extrema importância para este trabalho é o fato de que, dentre os princípios que formam o sistema jurídico, alguns não têm abrangência a ponto de serem “sistematizadores” do ordenamento, pois atuam apenas em um - ou poucos – ramo(s) do direito; e dentre esses, alguns apenas em setores específicos, como o direito das sucessões, por exemplo. Esses princípios de menor alcance atuam em âmbitos mais restritos e, dentro do ordenamento, formam subsistemas jurídicos de menores dimensões, os quais têm princípios próprios. Esses subsistemas participam do sistema geral, mas não em sua totalidade; da mesma forma, os subsistemas influenciam em parte o sistema geral.²²¹ Nesses termos, fácil concluir que o direito do trabalho é um subsistema dentro do sistema jurídico geral, participando da maior parte de seus aspectos, porém com algumas características próprias, o que – evidentemente – não o torna alheio ao ordenamento jurídico total.

Assim, levando-se em consideração esses aspectos, entende-se suficientemente adequado a este trabalho o conceito de sistema elaborado por Juarez de Freitas, nos seguintes termos:

[Tendo-se como meta] um conceito harmônico com a racionalidade intersubjetiva e com a dialética circularidade hermenêutica, entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como *uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição*. Imperioso restar claro que, no ponto, esta abordagem se põe de acordo, por exemplo, com a de Ronald Dworkin [...] o sistema jurídico ‘funciona’ por inteiro, ainda quando se concentrem atividades nesta ou naquela parte [; além disso,] está-se

²²⁰ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A transformação do direito do trabalho**: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade. São Paulo: LTr, 2002. p. 58.

²²¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 79.

a pensar mais propriamente em hierarquização como algo em movimento, não como um dado *a priori*.²²²

Feitas essas colocações bastante elementares a respeito da forma como o sistema jurídico e seus subsistemas se comportam, pode-se sem problemas afirmar que, em nossos dias “a força normativa da Constituição projeta-se sobre todo o ordenamento jurídico”.²²³ É inegável a existência de um “efeito horizontal (ou entre dois contratantes) das garantias constitucionais ou dos direitos fundamentais nas relações privadas, conhecido sob a expressão alemã de ‘Drittwirkung’”,²²⁴ o que pode ocorrer no âmbito do direito do consumidor ou em outros subsistemas do direito privado. Tal irradiação é consequência da função social que o direito privado assume no século XXI, sendo que “os direitos fundamentais têm eficácia nas relações privadas, pelo menos indiretamente. [O que é ainda discutível é] se há ou não eficácia direta, isto é, na falta de uma lei infraconstitucional”.²²⁵

Assume-se, portanto, que também as relações de direito laboral ficam sob o espectro da Constituição - até mesmo porque, como bem desmistificou Michel Foucault, as relações entre indivíduos também costumam ser reguladas pelo poder – *in casu* – “disciplinar”, presente na família, escola, relações de trabalho, etc. Isso inviabiliza a ideia de que os direitos fundamentais só possam ser invocados contra o Estado em vista de seu poder jurídico coercitivo, pois o poder disciplinar costuma ser

²²² FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 54-56:

²²³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-120: “Um dos traços marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a transformação de uma miríade de assuntos que eram tratados pelo direito civil em matéria constitucional, tornando tênues as fronteiras entre o direito público e privado. Se no século XIX o Código Civil desempenhara, em caráter exclusivo, a função de normatizar as relações jurídicas entre os indivíduos – ocupando, assim, posição central no sistema de fontes -, a partir do pós-guerra a Constituição passa a ser o elemento que confere unidade ao ordenamento jurídico, continente de valores e princípios que condicionam todos os ramos do Direito. A ordem constitucional é hoje fonte reguladora tanto do poder político como da sociedade civil.”

²²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. O novo direito privado brasileiro após a decisão da ADIN dos Bancos (2.591): Observações sobre a garantia Institucional-constitucional do direito do consumidor e a Drittwirkung no Brasil. In: _____; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Direito do consumidor**: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 2). p. 56.

²²⁵ *Ibid.*, p. 59.

ainda mais forte do que o estatal.²²⁶ Indo além, pode-se lembrar que “a Antropologia jurídica moderna provou que existe Direito [até mesmo] em sociedades sem Estado”, pluralismo jurídico que inviabiliza o seu pensar monista.²²⁷ A respeito do poder nas relações de trabalho, Josué Pereira da Silva lembra os estudos de Max Weber, Karl Polanyi e Edward P. Thompson sobre “a indisposição das primeiras gerações de trabalhadores em aceitar a disciplina de fábrica, que para eles significaria trabalhar em tempo integral dia após dia”.²²⁸

Assim, considerando-se que as garantias e direitos fundamentais têm como finalidade a defesa da dignidade humana - a qual deve ser procedida contra quaisquer arbítrios -, se torna pertinente sua aplicação “em todas as situações nas quais possa ser comprometida essa esfera de autonomia, sendo irrelevante [se tal se dá pelo exercício] de um poder privado ou do público”.²²⁹ Por essas razões - principalmente levando em conta o poder que o empregador exerce sobre o empregado subordinado - Juan Maria Bilbao Ubillos defende a eficácia privada dos direitos fundamentais no âmbito das relações de trabalho.²³⁰ Assim, mesmo que o

²²⁶ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Org., Intro. e Rev. Téc. de Roberto Machado. 29ª reimpressão. São Paulo: Edições Graal Ltda, 2011. p. 105-107: “A disciplina é uma técnica de exercício de poder que foi, não inteiramente inventada, mas elaborada em seus princípios fundamentais durante o século XVIII. Historicamente as disciplinas existiam há muito tempo, na idade Média e mesmo na Antiguidade. Os mosteiros são um exemplo [...] A escravidão e as grandes empresas escravistas [...] eram modelos de mecanismos disciplinares. Pode-se recuar até a Legião Romana e, lá, também encontrar um exemplo de disciplina. [...] No século XVIII se deu a] invenção técnica dessa nova maneira de gerir os homens, controlar suas multiplicidades, utilizá-los ao máximo e majorar o efeito útil de seu trabalho e sua atividade, graças a um sistema de poder suscetível de controlá-los. Nas grandes oficinas que começam a se formar, no exército, na escola, quando se observa na Europa um grande progresso de alfabetização, aparecem essas novas técnicas de poder que são uma das grandes invenções do século XVIII. [Naquele tempo] se desenvolve uma arte do corpo humano. Começa-se a observar de que maneira os gestos são feitos, qual o mais eficaz, mais rápido e mais ajustado. É assim que *nas oficinas aparece o famoso e sinistro personagem do contramestre, destinado não só a observar se o trabalho foi feito, mas como é feito, como pode ser feito mais rapidamente e com gestos melhor adaptados.* [...] A disciplina é uma técnica de poder que implica uma vigilância perpétua e constante dos indivíduos [e] implica um registro contínuo [...] é o conjunto de técnicas pelas quais os sistemas de poder vão ter por alvo e resultado indivíduos em sua singularidade.”

²²⁷ COLAÇO, Thais Luzia. O despertar da antropologia Jurídica. In: _____. **Elementos de antropologia jurídica**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 31.

²²⁸ SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008 p. 30.

²²⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 146-148.

²³⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.); COUTINHO, Aldacy Rachid et al. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

direito laboral não seja citado em suas nuances específicas, está ele hoje impregnado da ideia de “direitos fundamentais” e em busca de sua eficácia nas relações trabalhistas, o que coloca o ramo jurídico sob a égide do *neoconstitucionalismo* e do *pós-positivismo*, o que, conforme ficará claro, fundamenta vários aspectos desta dissertação.

2010. p. 265: “São evidentes as analogias entre o poder público e o privado, um poder que aflora como tal naquelas situações caracterizadas por ‘uma disparidade substancial entre as partes’ (Lombardi). **Esta falta de ‘simetria’ permite que a parte que, por razões econômicas ou sociais se encontra em ‘posição dominante’ condicione a decisão da parte ‘débil’.** O que se exerce nesses casos é um poder formalmente privado (no que concerne a sua fonte e aos sujeitos implicados), o qual porém é exercido com formas de coação e autoridade assimiláveis substancialmente àquelas próprias dos poderes públicos. [...] A ninguém pode surpreender, portanto, que **a gênese e o desenvolvimento mais fecundo da teoria da ‘Drittwirkung’ tenha tido como cenário o campo das relações laborais.** Essa especial receptividade não é casual: se explica pela nota de subordinação intrínseca ao cumprimento da prestação pelo trabalhador. [...] o certo é que, como organização econômica, a empresa gera uma situação de poder e, correlativamente, outra de subordinação. **Os poderes do empresário (o poder de direção e disciplinar) constituem, portanto, uma ameaça potencial para os direitos fundamentais do trabalhador,** dada a forte implicação da pessoa deste na execução da prestação laboral.” (grifou-se).

2 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO E SUA CONDIÇÃO DE NORMA JURÍDICA

Este capítulo se inicia pelo exame do conceito de norma jurídica enquanto gênero que comporta duas espécies. Passa-se posteriormente a analisar os princípios jurídicos em sua evolução histórica e doutrinária, bem como as consequências das colisões entre eles, seguindo-se principalmente a teoria de Robert Alexy. Examina-se a crítica de Jürgen Habermas ao cerne dessa ideia paradigma. Também são estudadas eventuais diferenças terminológicas e/ou conceituais a respeito do assunto, com especial ênfase à proximidade entre “princípios” e “valores”. Ao final são apontadas as funções dos princípios no ordenamento jurídico.

2.1 A NORMA JURÍDICA

2.1.1 Das várias espécies de normas

Estipular o conceito de “norma jurídica” é uma das mais fundamentais e árduas tarefas da ciência do direito. As dificuldades se iniciam em razão de que o termo “norma” não é restrito ao mundo jurídico, pois vários outros ramos do saber humano convivem com esse conceito genérico e dele dependem. Muitas vezes se usa palavras relacionadas em sentido igual ou semelhante, como “mandamento”, “regra”, “preceito” e outros.²³¹ Demais disso, a vida humana em sociedade pressupõe a observação de várias espécies de normas assemelhadas ao direito, porém, alheias a ele, como aquelas advindas da moral, da religião, etc. Todas essas regras provindas de diferentes aspectos da cultura humana assemelham-se pelo fato de visar influenciar o comportamento dos indivíduos. Por isso é possível mesmo dizer que a vida humana se faz inserida em um mundo normativo, sendo que apenas algumas dessas tantas regras são especificamente jurídicas.²³²

Assim, existem normas gerais e jurídicas que trazem em seu conteúdo uma obrigação, uma proibição ou uma permissão qualquer; pode-se também separar

²³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. p. 51.

²³² BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação de Alaôr Caffé Alves. 4. ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2008. p. 23-28.

normas que são categóricas – as quais trazem em si todas as condições de sua aplicação – daquelas que são hipotéticas, pois reclamam outras condições necessárias para sua realização; quanto aos sujeitos destinatários das normas, é possível se falar em gerais ou individuais. Outras caracterizações são possíveis.²³³ No entanto, de acordo com Michel Tropper, tais critérios não são capazes de diferenciar uma norma geral de uma jurídica. Apenas como exemplos, diz-se que uma ou outra espécie de norma pode envolver um imperativo hipotético, pois tanto a afirmação “se chover, levo o guarda-chuva” como a fórmula “se A é, então B deve ser” de Hans Kelsen são hipotéticas; quanto ao conteúdo, qualquer ação pode ser permitida, obrigada ou proibida, seja pela moral, seja pelo direito.²³⁴ No que tange ao jurista de Viena, tendo em vista a importância para toda a teoria do direito posterior, se faz necessário explicitar de que forma entende ele ocorrer adequação do fato à norma.

2.1.2 A teoria da imputação de Hans Kelsen

Conforme a “teoria pura do direito”, um ato ou fato qualquer não tem *de per se* um significado jurídico. O que pode lhe conferir tal significação é uma norma jurídica, a qual pode conter a previsão desse ato ou fato com a qualificação jurídica que lhe concede. Assim, as normas de direito determinam o “dever-ser”, a forma de atuação do homem no mundo dos fatos – embora, como acima afirmado, a teoria pura do direito não pretende dizer *como* deve ser o direito. A totalidade dessas normas forma uma ordem jurídica e, o que nesta não constar previsto com certa significação, não será um ato ou fato relevante para o direito. A “vigência” de uma norma refere-se à sua validade ou existência (seu dever-ser), a qual depende de sua criação conforme o direito vigente; quando queremos referir sua efetiva aplicação ou

²³³ WRIGHT, Georg Henrik Von. **Norm and action: a logical enquiry.** (London, Routledge, 1963) apud TROPPER, Michel. **A filosofia do direito.** Trad. Ana Deiró. São Paulo: Martins Editora e Livraria Ltda, 2008. p. 85-87.

²³⁴ TROPPER, Michel. **A filosofia do direito.** Trad. Ana Deiró. São Paulo: Martins Editora e Livraria Ltda, 2008. P. 85-87. (O autor acaba por concluir que impossível dizer se uma norma isolada é ou não jurídica; recorre então à doutrina de Norberto Bobbio para concluir que: “O direito não é uma coleção de normas jurídicas, mas um conjunto coordenado de normas; uma norma jamais se encontra só, mas está sempre ligada a outras normas, com as quais forma um sistema normativo”. Com isso ocorre uma inversão de perspectiva: não se define mais o direito pelas normas que o compõe. Ao invés, é possível definir as normas por pertencerem ao sistema jurídico. Ibid., p. 91. No entanto, neste trabalho é eleita como solução para o problema a proposta de Robert Alexy.)

observação, falamos de sua “eficácia” e, para que uma norma seja “vigente”, além de criada de acordo com a lei, deve ainda ser dotada de uma eficácia mínima.²³⁵ Essas lições de Kelsen são fundamentadas na distinção que Immanuel Kant estabeleceu entre “ser” e “dever-ser”, pela qual as normas são prescrições desta segunda categoria, conferindo “ao comportamento humano um sentido, o sentido prescritivo. [...] Enquanto prescrição, a norma é um comando, é o produto de um ato de vontade, que proíbe, obriga ou permite um comportamento.”²³⁶ Não obstante, trata-se a norma jurídica de um *imperativo hipotético*, pois não estipula um fim em si.²³⁷

Porém, é necessário observar que, embasado em John Austin, Kelsen apenas *provisoriamente* assume “que a norma é um comando [,] a expressão da vontade (ou desejo) de um indivíduo, sendo que o comportamento de outro indivíduo é o objeto de tal ‘querer’”; por ser imperativo, o comando se diferencia de um pedido e, por essa razão, um indivíduo está mais sujeito a expressar sua vontade “comandando” quando exerce algum poder sobre o outro; nem todo comando é uma norma válida, pois se faz necessário a ligação desta “ao indivíduo ao qual se dirige.” A imputação [‘força vinculativa’] de um comando depende de se estar ou não

²³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 4-16. (Também em: KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Introduction by Javier Treviño. Transaction Publishers, third printing. USA, 2009. (Law and society Series), p. 30: “Com ‘validade’ se quer significar a específica existência das normas. Dizer que uma norma é válida é dizer que assumimos sua existência ou – o que dá no mesmo - assumimos que ela tem força vinculativa para aqueles cujo comportamento ela regula. Regras de direito, se válidas, são normas. Elas são, para ser mais preciso, normas estipulando sanções.” Ibidem, p. 39-40: “Validade da lei significa que as normas legais são vinculativas, que as pessoas devem se comportar como prescreve a norma legal, devem obedecê-la e aplicá-la. Eficácia da lei significa que as pessoas efetivamente se comportam de acordo com tal prescrição, sendo esta aplicada e obedecida. A validade é uma qualidade da lei; a assim chamada eficácia se refere ao real comportamento dos homens.”)

²³⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001, p. XVI. Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (O dualismo entre “ser” e “dever-ser” – ao lado de outros, como “forma/conteúdo, noumeno/fenômeno, natureza/espírito e, sobretudo, razão teórica/razão prática” – sofreram duras críticas da filosofia hegeliana, a qual os reputava alienantes. Porém, “tal crítica não prosperou no âmbito da filosofia jurídica. [Nela,] há um endosso quase unânime da perspectiva kantiana e [da veracidade desse dualismo entre ‘ser’ e ‘dever-ser’]”. Cf. MAIA, Antônio Cavalcanti. A distinção entre fatos e valores e as pretensões neofrankfurtianas. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. (Org.). **Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas**: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 87).

²³⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005b. (Coleção Textos Filosóficos). p. 50: “No caso de a ação ser apenas boa como meio para *qualquer outra coisa*, o imperativo é *hipotético*; se a ação é representada como boa *em si*, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme a razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é *categorico*.” Este último é inerente ao campo da moral, e se resume em: “*Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*” Ibid., p. 59).

autorizado a exercê-lo, o que só ocorre “se uma ordem normativa, supostamente vinculativa, confere ao indivíduo essa capacidade, a competência para usar de comandos vinculativos [, cuja força é derivada das condições sob as quais estes são utilizados.]”. Sendo as regras de direito ordenatórias (ou vinculativas), tal ocorre porque autoridades competentes lhe conferiram tal força.²³⁸ Vale ainda esclarecer que esse “comandar é caracteristicamente exercer autoridade sobre homens, não o poder de lhes infligir um mal [...] é primariamente um apelo não ao medo, mas ao respeito pela autoridade.”²³⁹ Dessa maneira, o direito se apresenta como *ordens coercitivas* com três características: são elas *gerais* e *permanentes*, porque dirigidas a toda a coletividade por um tempo duradouro; além disso, há “*um hábito geral de obediência*” à maioria das ordens provenientes do direito. Esses três elementos da coerção jurídica diferenciam-na da “ordem” proferida por um assaltante de bancos.²⁴⁰

No entanto, após expor essas ideias *provisórias*, Hans Kelsen adverte: “Em uma análise mais próxima, resta aparente que regras de direito só são ‘comandos’ em um sentido muito vago”, pois um “comando” não pode prescindir de dois elementos: um ato de vontade direcionando um comportamento alheio e sua expressão pela linguagem, sendo que “a situação é totalmente diferente quando o comando é vinculativo [, pois esse] ‘subsiste’ mesmo quando o ato de vontade não mais existe.” É o que ocorre em um contrato, por exemplo, quando posteriormente as vontades das partes se tornam irrelevantes frente às obrigações que permanecem; essa mesma irrelevância da vontade se percebe nas leis que são criadas e, posteriormente, seus criadores deixam de desejá-la, seja porque mudaram sua posição a respeito, seja porque faleceram - sendo que, no Parlamento, é ainda possível que alguns legisladores votem contra uma lei que venha a existir; tampouco o direito costumeiro envolve “vontade” ou “comando” partindo de indivíduos. Seu fundamento está na presunção de que se deve continuar

²³⁸ KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Introduction by Javier Treviño. Transaction Publishers, third printing. USA, 2009. p. 30-32.

²³⁹ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 25.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 25-31.

agindo de certa maneira porque assim sempre se tem agido, durante longo tempo.²⁴¹
 Por tudo isso, acaba H. Kelsen por concluir.²⁴²

Dizer que a norma é válida para certos indivíduos não é dizer que [um ou mais deles] ‘quer’ que outros se comportem de certa maneira; a norma é válida mesmo que tal vontade não exista; Dizer que a norma é válida para certos indivíduos não é dizer que tais indivíduos realmente se comportam de certa maneira; a norma é válida para eles mesmo que não a obedeçam. A distinção entre ‘deve’ e ‘é’ fundamental para descrição do direito.

Portanto, para o jurista de Viena o essencial da norma jurídica é a “imputação”, não o comando. Norberto Bobbio chamou tal posição de “imperativismo crítico”, colocando como seus principais fundamentos: “a ideia de que a norma jurídica é um imperativo hipotético [...] que se dirige não aos cidadãos, mas aos juízes”, pois eles é que aplicaram o que a norma diz *dever-ser*.²⁴³ Dessa maneira, “rejeitando a caracterização tradicional que vê na norma jurídica um mandado, uma ordem, Kelsen a encara como um juízo ou proposição hipotética. [...], dada a não prestação deve ser a sanção, eis a formulação da imputação hipotética”; neste caso, na norma jurídica primária. A norma secundária, por sua vez, estabelece um dever jurídico: “dado o fato deve ser a prestação”.²⁴⁴

2.1.3 O conceito “semântico” de norma jurídica defendido por Robert Alexy

Como se examinou no item “2.1.1”, para que se diga o que são “normas jurídicas” faz-se necessário primeiro separá-las de outros regramentos. Parte-se então do pressuposto de que essa espécie de norma se diferencia das outras por fazer parte de um ordenamento jurídico. No entanto, isso torna indispensável que se assumam um conceito de direito para que se chame “jurídicas” apenas as normas que nele estão inclusas. Porém, como se pode observar do item “1.3” da sessão anterior,

²⁴¹ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 32-35.

²⁴² *Ibid.*, p. 37.

²⁴³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 195.

²⁴⁴ MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. Local: Saraiva, 1988. p. 43.

muitas são as ideias do que possa ser “direito”, de forma que, a princípio, só seria possível dizer que uma norma é jurídica quando assumida uma posição dentre diferentes paradigmas. Em razão dessa variabilidade, acaba por se tornar necessário buscar um modelo de norma que, além de bem fundamentado, seja ainda aplicável ao maior número de possibilidades paradigmáticas possíveis.²⁴⁵

Frente a esse problema de adequação a diferentes teorias, Norberto Bobbio defendeu por volta dos anos sessenta do séc. XX uma teoria formal da norma jurídica. Para isso, parte ele de uma interessante cisão entre dois conceitos diversos: a “proposição” e o “enunciado”. A primeira é formada por palavras que, em sua unidade, “possuem um significado”. O segundo é “a forma gramatical e linguística pela qual um determinado significado é expresso, por isso a mesma proposição pode ter enunciados diversos, e o mesmo enunciado pode exprimir proposições diversas,”²⁴⁶ dividindo-se as proposições pelas suas “formas gramaticais” – que podem ser *declarativas, interrogativas, imperativas e exclamativas* - e “funções”, as quais podem ser de “asserção”, “pergunta”, “exclamação” e “comando [...] cuja função é, [não obstante suas distinções], influir sobre o comportamento alheio e modificá-lo”.²⁴⁷ Com o exame das proposições buscava Bobbio a estrutura própria da norma jurídica em seu sentido formal, abrindo mão de explicitar seu conteúdo intrínseco.²⁴⁸

Assim, na mesma esteira do conceito proposto por Bobbio, Robert Alexy apresenta seu “conceito semântico”, o qual, também por não envolver a própria ideia do termo, pode se adaptar a diferentes teorias. Afirma ele: “norma é [...] o significado de um enunciado normativo”, de maneira que se pode dizer, por exemplo, que o texto de um artigo de lei contém uma norma que se pode manter mesmo que eventualmente se altere o teor desse enunciado. Assim, é possível expressar de diferentes maneiras a impossibilidade de se extraditar nacionais de um país; mesmo com tais variações não substanciais no enunciado, a norma permanecerá a

²⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. p. 52.

²⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação de Alaôr Caffé Alves. Bauru, SP. EDIPRO, 4. ed. rev., 2008. p. 73.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 75.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 69.

mesma.²⁴⁹ Diz-se que, embora existam vários modos de se expressar uma norma, prefere-se que tal se faça através de “enunciados deônticos”, os quais trazem expressões relativas a um “dever-ser”, como “devem”, “proibido”, “permitido”, etc. Quaisquer enunciados que expressem uma norma podem ser transformados em deôntico, pois, independentemente do texto que o expresse, dirão eles um “dever-ser”.²⁵⁰ Alexy cita muitos outros autores que também diferenciam “norma” e “enunciado normativo”, embora com variações terminológicas, de fundamentação e de consequência. Alf Ross, por exemplo, distingue a “forma linguística que expressa uma diretiva” – a qual corresponde ao enunciado normativo - e sua “diretiva” – a norma -; Georg Henrik von Wright, prefere os termos “formulação normativa” e “norma”, mas com sentidos ligeiramente divergentes daqueles aqui propostos.²⁵¹ Em razão de que o conceito semântico não pressupõe a validade das normas, pode ele ser compatibilizado com diferentes concepções teóricas a esse respeito, sejam elas sociológicas, jurídicas ou éticas, conforme fundamentem a validade da norma em fatos sociais, em normas de nível superior ou em uma razão moral.²⁵²

Conceito também formal de norma jurídica é aquele de Ricardo Guastini, o qual apenas enfoca com maior vigor o momento intelectual-interpretativo procedido pelo intérprete. Assim, o doutrinador italiano afirma que “norma” é o resultado da interpretação de uma “disposição”; aquela se faz presente quando um intérprete forma a ideia que depreendeu de um texto. Assim, “a disposição é um enunciado que constituiu o objeto da interpretação. A norma é um enunciado que constitui o produto, o resultado da interpretação”.²⁵³ Tendo em vista que a norma emerge da disposição, nascendo de uma atividade do intérprete, afirma Guastini que “interpretar” um texto normativo significa atribuir-lhe um sentido, o que se faz por

²⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. (Coleção Teoria e Direito Público). p. 53-54.

²⁵⁰ Ibid., p. 54-58: (“Nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, mas todo o enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico”)

²⁵¹ Ibid., p. 53.

²⁵² Ibid., p. 58-62: Como exemplos de cada uma dessas teorias o autor aponta: o realismo de Alf Ross, o normativismo de Hans Kelsen e a “lei natural” kantiana, também respectivamente.

²⁵³ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 28. “(1) chamo ‘disposição’ qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo, ou seja, qualquer enunciado do discurso das fontes; (2) chamo ‘norma’ todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições). Em outros termos, pode-se também dizer assim: a disposição é (parte de) um texto ainda a ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado.” GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005. p. 25-26.

decisões volitivas – e não por mera cognição - do intérprete;²⁵⁴ através da atividade deste, existe a norma. Por essa razão é possível afirmar que não há uma necessária “correspondência biunívoca” entre um enunciado e uma norma, pois eventualmente se pode extrair daquele mais de uma norma e vice-versa; existem também enunciados normativos sem norma correspondente, bem como o contrário.²⁵⁵ Humberto Ávila inicia por assumir o conceito de Riccardo Guastini, enfocando ainda mais o aspecto da significação das normas como fruto de uma interpretação constitutiva de sentido. No entanto, o autor adverte sobre o fato de que, para o ato interpretativo, existem significados mínimos que estão incorporados aos usos da linguagem ordinária e técnica. “Por conseguinte, [...] o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* um sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso.”²⁵⁶

2.2 EVOLUÇÃO, CONCEITO E DIFERENCIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

2.2.1 A evolução histórica dos princípios do direito

É inegável que, mesmo nos limites do sistema jurídico, o termo “princípio” tem amplo(s) significado(s). Ainda hoje ele é muitas vezes usado de maneira difusa, mesmo por operadores do direito e juristas, o que deve ser fruto de virem eles de

²⁵⁴ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 23-25. “Um documento normativo (uma fonte de direito) é um agregado de enunciados do discurso prescritivo. Diz-se ‘discurso prescritivo’ (diretivo, normativo, preceptivo, ou como o queiramos chamar) o discurso empregado para modificar o comportamento dos homens. Diz-se ‘enunciado’ qualquer expressão linguística sob forma acabada. [...] O enunciado não coincide (necessariamente) com o isolado artigo de lei, ou com o isolado parágrafo. Um artigo de lei ou um parágrafo seu pode muito bem ser constituído, como acontece frequentemente, por uma pluralidade de enunciados. [Por outro lado,] ‘enunciado’ não é sinônimo de ‘proposição’ no sentido gramatical (e tampouco exatamente de ‘proposição’ em sentido lógico).”

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 34-43. (Alguns exemplos de tais situações: do enunciado que exige lei para instituir ou aumentar tributos se depreende o princípio da legalidade, da tipicidade e outros; dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade da lei chega-se ao princípio da segurança jurídica; por sua vez, este não está previsto em dispositivo algum, embora seja norma; por fim, a “proteção de Deus” enunciada na Constituição não significa norma alguma. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. ampl.e atual. São Paulo: Malheiros, 2008a. p. 30-31.)

²⁵⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. ampl.e atual. São Paulo: Malheiros, 2008a. p. 30-35. (Por outro lado, faz-se necessário esclarecer “que a interpretação não se confunde com a aplicação. A primeira é a operação que consiste em determinar o sentido de uma regra jurídica, enquanto que a segunda não é senão um mecanismo lógico”. AZEVEDO. Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 93.)

longa data, desempenhando os mais variados papéis, sob concepções muito diversas em diferentes momentos históricos. Nasceram em textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, informando o respeito ao próximo, a não contradição, o *neminem laedere*, etc.; É fato que os princípios trilharam um (ou muitos) longo(s) caminho(s), impregnando a essência do direito, até virem a ter sua normatividade reconhecida na dogmática jurídica hodierna.²⁵⁷

Grosso modo, pode-se afirmar que houve três momentos históricos com visões bem diferentes a respeito dos princípios jurídicos: os *jusnaturalistas* não viam neles qualquer força normativa, ideia que vigorou até a Escola Histórica do Direito culminar no *positivismo*, momento em que os princípios passaram a servir como critérios para a interpretação e preenchimento de lacunas legais. Por fim, sob a égide do que se convencionou chamar “*pós-positivismo*”, os princípios passaram a ser tratados como normas, principalmente por Ronald Dworkin, sendo que, logo após, Robert Alexy ainda os descreve como estruturantes dos direitos fundamentais.²⁵⁸

O momento chave para os princípios se deu após a Segunda Guerra Mundial, quando da derrocada dos regimes totalitários europeus; como tais ordens jurídicas estavam fundamentadas em sua “legalidade” – a qual justificava o injustificável -, a crença no positivismo radical diminuiu consideravelmente, sendo que, no momento em que se tornou imperativo o reencontro do direito com a ética, os princípios passaram a colaborar para uma melhor aproximação entre ambos.²⁵⁹ De fato, as melhores constituições promulgadas nas últimas décadas do século passado consagraram os princípios como estrutura primordial dos sistemas jurídicos.²⁶⁰

²⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da ; GRAU, Eros Roberto.(Orgs). **Estudos de direito constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 44-45.

²⁵⁸ NAHAS, Thereza Christina. Princípios: a necessidade da compreensão da função normativa (coerência na sua aplicação e interpretação). **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre: Magister, v. 75, n. 3, p. 45-46, jul./set. 2009.

²⁵⁹ GROFF, Paulo Vargas. Teoria dos princípios, princípio da proporcionalidade e direitos fundamentais. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. (Org.). **Faces do multiculturalismo**: teoria – política - direito. Santo Ângelo: EDIURI, 2007, p. 218-220.

²⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 264-265: Para o autor, a fase do “pós-positivismo”: “corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a

A partir da ascensão positivista, os defensores do caráter normativo dos princípios foram crescendo consideravelmente, em número e em prestígio. Só para que se cite os mais conhecidos, na Itália, o pioneiro Vezio Crisafulli afirmava a normatividade dos princípios desde 1941, além de que Norberto Bobbio passou a afirmar que os princípios são normas como todas as outras;²⁶¹ na França, Jean Boulanger seguiu o mesmo caminho em obra de 1950; nos Estados Unidos da América, ainda em obra de 1951, Roscoe Pound diferenciava “regra” de “princípio”, afirmando que a primeira “é preceito que vincula a consequência jurídica definida e detalhada a um estado de fatos definido e detalhado. [Por sua vez,] o princípio é um ponto de partida autorizado para o raciocínio jurídico”,²⁶² o qual se faz necessário frente à impossibilidade de que seja regulado pelas regras “cada estado detalhado concebível de fatos”.²⁶³

Por sua vez, os espanhóis Federico de Castro (ainda antes da segunda-guerra mundial) e Luís Díez-Picazo passaram a sustentar que os princípios são normas; os alemães Claus-Wilhelm Canaris, Joseph Esser e, bem posteriormente, Robert Alexy reforçaram esse entendimento; a partir do final dos anos sessenta, o norte-americano Ronald Dworkin passou a fazer o mesmo; em língua portuguesa, o lusitano José Joaquim Gomes Canotilho e o brasileiro Paulo Bonavides conferiram a mesma grandeza a essa categoria de normas.²⁶⁴ Assim, em momento mais ao menos simultâneo àquele em que se passava a reconhecer a força normativa dos princípios, o Tribunal Constitucional Alemão prolatava as primeiras decisões embasadas na “dignidade humana”,²⁶⁵ princípio insculpido no Art. 1º, 1. da Lei Fundamental daquele país.²⁶⁶ Assim os princípios progressivamente passaram a ser

hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”

²⁶¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1999. p. 158.

²⁶² POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. Tradução de E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976. (O título original da obra é “Justice According to Law”). p. 60.

²⁶³ Ibid., p. 158.

²⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Os princípios na estrutura do direito. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre: Magister, v. 75, n. 3, p. 23, jul./set. 2009.

²⁶⁵ FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 45.

²⁶⁶ “Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, Art. 1.º (Proteção da dignidade humana) 1.: A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e de a proteger.” CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**.

vistos como normas constitucionais e, logo, os Poderes Judiciários de outros países também passaram a usar princípios do direito em suas decisões, prática disseminada que hoje não causa mais nenhuma surpresa, inclusive em nosso país, no qual a corrente doutrinária “comunitarista” alcança enorme prestígio.²⁶⁷

2.2.2 O conceito contemporâneo de princípios

Para a grande maioria da nova dogmática jurídica, há duas espécies do gênero norma: regras e princípios, “porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.”²⁶⁸ Assim, não obstante o fato de alguns autores ainda negarem um caráter normativo imediato aos princípios - como o faz Karl Larenz -,²⁶⁹ “também [eles são] normas, ou seja, enunciados do discurso prescritivo, dirigidos à orientação do comportamento”²⁷⁰. A pergunta possível seria a respeito da efetiva adoção das normas-princípios pelos estados de direito; mas nesse caso, a resposta é nitidamente positiva: os sistemas normativos são constituídos e integrados pelos princípios, o que não é novidade sequer “em realidades jurídicas como a brasileira”.²⁷¹ Assim, muitos são os critérios que podem ser levados em conta para

Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 141.

²⁶⁷ FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 45. (O que caracteriza a corrente doutrinária “comunitarista” – a qual se estriba nas idéias de Robert Alexy – é a sua visão da Constituição, a qual, ao invés de ser considerada a garantia dos indivíduos - em uma ótica liberal -, passa a ser entendida como a consubstanciação dos valores fundamentais da sociedade, os quais exigem ações positivas do Poder Judiciário. FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 27.)

²⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. (Coleção Teoria e Direito Público). p. 87. (Por todos)

²⁶⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Local Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 316: “Os ‘princípios jurídicos’ não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à idéia do Direito, que todavia não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar ‘fundamentos justificativos’ delas. Estes princípios subtraem-se, como todas as pautas ‘carecidas de concretização’, a uma definição conceitual; o seu conteúdo de sentido pode esclarecer-se com exemplos.”

²⁷⁰ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 185-186.

²⁷¹ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Ronald Dworkin e a dissolução da oposição jus naturalismo e positivismo jurídico. **Juris Poiesis**: Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo6.htm>> Acesso em: 08 set. 2010.

diferenciar os princípios de direito e as regras. Não obstante a pluralidade de esforços dos juristas que se empenham nessa tarefa, não há consenso quanto à diferenciação entre um e outro. Certamente não seria possível neste trabalho se apresentar essa enorme gama de ideias a respeito de tais normas. Não obstante, se passa a apresentar com mais cuidado a teoria de Ronald Dworkin e aquela de Robert Alexy, a qual aqui será seguida.

2.2.2.1 Os progressos à teoria dos princípios trazidos por Ronald Dworkin

É inegável a importância desse norte-americano para os avanços havidos na teoria das normas. Não obstante muitos já começassem a sustentar a normatividade dos princípios, o artigo do professor de Oxford de 1967, cujo título questionava: “O direito é um sistema de regras?”, traria à baila ideias realmente revolucionárias a esse respeito. Posteriormente esse texto se tornaria o capítulo segundo de sua obra máxima, a qual foi nominada “Levando os direitos a sério”. Em fins da década de 70 do séc. XX, esse volume veio a transformar a paisagem da teoria do direito de então.²⁷²

Em suas páginas, Ronald Dworkin refutava com maestria as teorias positivas da época que desconsideravam a força normativa dos princípios, os quais permitiriam aos julgadores a resolução daqueles casos que o autor apontava como “difíceis”.²⁷³ Para demonstrar a veracidade de sua tese, Dworkin transcreveu dois exemplos, afirmando que quaisquer livros usados em universidades de direito poderiam conter outros casos semelhantes. O primeiro deles datava do distante ano de 1889, quando, embasados apenas na ideia de que “ninguém pode beneficiar-se de sua própria torpeza”, os julgadores não concederam ao assassino do *de cuius* a herança que aquele pleiteava; o segundo caso passara-se na década de sessenta do século passado. Nele figurava uma discussão a respeito de princípios referentes à liberdade de contratação, os quais foram contrapostos à básica doutrina da

²⁷² FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 54: (O artigo figurou na obra com novo nome: “O modelo das regras I”)

²⁷³ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978. p. 44.

impossibilidade de as cortes não permitirem “serem usadas como instrumentos de iniquidade e injustiça.”²⁷⁴

Ronald Dworkin foi convincente em seus artigos e, após o lançamento de seu livro em 1978, os juristas que reconheciam força normativa aos princípios foram tornando-se maioria. Mas não obstante o notório progresso trazido pelo professor de Oxford, sua diferenciação entre regras e princípios era meramente de grau de generalidade. Enquanto as “regras [seriam] aplicadas de maneira ‘tudo ou nada’”,²⁷⁵ os princípios “apontam uma direção, [e têm uma] dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se chocam [...], aquele que deve resolver o conflito deve levar em consideração o peso relativo de cada um.”²⁷⁶ Disso se infere que os princípios seriam mais genéricos do que as regras. Porém, essa diferenciação não procede, uma vez que existem regras que poderão ou não ser aplicadas de acordo com motivos relevantes para tal; além disso, há também regras “que contêm expressões cujo âmbito de aplicação não é - total e previamente - delimitado, ficando o intérprete encarregado de decidir pela incidência ou não da norma diante do caso concreto”.²⁷⁷

2.2.2.2 Os princípios na teoria “pós-positivista” de Robert Alexy

Robert Alexy partiu dos progressos obtidos por Ronald Dworkin e, com o objetivo de refinar o quanto possível a diferenciação entre regras e princípios, iniciou por apontar as deficiências técnicas da tese da aplicação “tudo ou nada” que supostamente caracterizara as regras em oposição aos princípios. Para tal, Alexy demonstrou que as regras que contêm as chamadas “cláusulas de reserva gerais” - termos como “razoável”, “justo”, “reprovável”, etc. — comportam-se como princípios.²⁷⁸ Por isso afirmou ele que a diferença entre princípios e regras é, na verdade, qualitativa; não é uma mera diferença de grau de generalidade, como

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978. p. 23-24

²⁷⁵ Ibid., p. 24.

²⁷⁶ Ibid., p. 24-26.

²⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl.e atual. São Paulo: Malheiros, 2008a. p. 47.

²⁷⁸ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b. p. 146-147.

acreditava Ronald Dworkin.²⁷⁹ Para Robert Alexy, a distinção entre princípios e regras repousa principalmente no sentido de que os primeiros criam condições favoráveis para que se obtenha do ordenamento jurídico o melhor possível, sem conter um mandamento definitivo, “mas apenas *prima facie*”²⁸⁰, sendo sempre possível exceções à sua aplicação concreta. Quanto às regras, não há meio-termo, não há aplicação dentro das possibilidades - não obstante seja possível a inclusão de cláusulas de exceção nessa espécie de norma, o que faz com que essas percam seu caráter decisivo *a priori*.

Na doutrina pátria, Humberto Ávila tem entendimento bastante semelhante, no sentido que são as regras “imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade”, ao passo que os princípios são normas “imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade”²⁸¹. Lembra-se que, frente ao princípio da unidade da Constituição, não há hierarquia entre regras e princípios, embora ambos desempenhem funções distintas no ordenamento jurídico.²⁸² Por sua vez, Marina Velasco sustenta que a estrutura lógica da norma demonstra se é ela regra ou princípio: “Uma norma tem forma de *regra* quando ela própria menciona as condições de sua aplicação [...] tem uma forma condicional, mesmo que seja implícita: ‘Se..., então...’. Em contraste, [um] princípio é um enunciado aberto”, o qual não deixa claro o que se deve fazer e quais são as circunstâncias para sua aplicação.²⁸³ De maneira semelhante, afirma Ricardo Luiz Lorenzetti que a regra se diferencia do princípio por ser ela um conceito determinado, no qual “o legislador foi

²⁷⁹ ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. **O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008. p. 27.

²⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. (Coleção Teoria e Direito Público). p. 104.

²⁸¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl.e atual. São Paulo: Malheiros, 2008a. p. 78.

²⁸² BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: CUNHA, Sérgio Sérulo da ; GRAU, Eros Roberto.(Orgs). **Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 46.

²⁸³ VELASCO, Marina. **O que é justiça?: o justo e o injusto na pesquisa filosófica: um exemplo: as cotas raciais universitárias**. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009. p. 65. Como exemplos de regras, a autora cita: “Nas circunstâncias Y, deve-se fazer X” e “todos os X devem Y”. Já o princípio é reputado “aberto” porque tem uma estrutura como “deve-se fazer X” (ou deve-se “promover a igualdade”), sem ficar claro como ou quando.

quem definiu com precisão a conduta devida, [ao passo em que, no princípio há] um amplo campo de indeterminação [a ser concretizado pelo] juiz ou aplicador”.²⁸⁴

Assim, frente a todo um universo de critérios e concepções,²⁸⁵ neste trabalho seguir-se-á o entendimento de Robert Alexy, para quem o ponto nevrálgico a diferenciar as regras dos princípios é o fato de que estes são “mandamentos de otimização”, os quais “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.²⁸⁶ Em outros termos, a satisfação do princípio pode ocorrer em maior ou menor grau sem que a norma seja lesada, conforme os mundos do dever-ser e fático permitam. Por seu turno, as regras válidas devem ser satisfeitas ou não, na exata medida em que elas determinam. Não há possibilidade de se cumprir parcialmente uma regra, pois são elas “determinações”.²⁸⁷

2.2.3 Os princípios como norma jurídica

Impende deixar claro que não se está aqui a falar de “princípio” enquanto “premissa maior” de um silogismo;²⁸⁸ tampouco se está a conferir a eles um sentido universal, *a priori*, pétreo ou fazendo referência a uma “aproximação” do conceito de direito em sentido *lato* ou natural.²⁸⁹ Na verdade, enquanto categoria de normas, os

²⁸⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem; notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 36.

²⁸⁵ Como já se afirmou, seria impossível neste trabalho se enumerar a totalidade das teorias a respeito dos princípios. Não obstante, no decorrer do texto surgirão algumas concepções diversas de tais normas ou do tratamento a elas conferido; notadamente, as divergências de Jürgen Habermas. Pela sua originalidade, vale também lembrar a concepção de Klaus Günther, Letizia Gianformaggio e Paulo Comanducci, os quais sustentam que só após a interpretação da norma se poderá dizer se trata-se ela de “regra” ou “princípio”. A este respeito, FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 66-68

²⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. p. 90.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 91.

²⁸⁸ ARISTÓTELES. **Metafísica**. Introducción, Traducción y Notas de Tomás Calvo Martínez. Biblioteca Clásica Gredos, 200. 3ª Reimpresión. Madrid, 2006. p. 206. Dentro outras acepções, “se diz também que é princípio (de uma coisa) *o primeiro a partir do qual a coisa resulta cognoscível*; por exemplo, as premissas o são das demonstrações”.

²⁸⁹ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, apresentação e notas de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005a. p. 6-64: A visão kantiana de “princípio” como algo imutável, universal, *a priori*, estrutural, etc. se denota desde a leitura do “Preâmbulo” e da “Introdução” à obra referida através da mesma. Dentre tantas outras de suas passagens, apontamos o título “§ C. Princípio Universal do Direito”, sob o qual Kant transcreve a concepção de

princípios são carregados de historicidade, são eles assimilados ou não por ordens jurídicas; como as regras, eles podem nascer e perecer, de acordo com a dinâmica social.²⁹⁰ Vale também esclarecer que os “brocardos” jurídicos (como aquele de “*quem pode o mais, pode o menos*”) são “máximas da experiência do Direito”, com valor pedagógico por resumir o conhecimento jurídico em proposições gerais; porém, sem qualidade ou força própria de princípio.²⁹¹

Os princípios aos quais aqui se refere são normas e efetivamente estão presentes nos ordenamentos jurídicos, seja de maneira explícita em uma disposição normativa, seja de forma implícita, de maneira a emergirem pela interpretação através de raciocínio indutivo a partir de “normas particulares”; assim, vem à tona o princípio implícito através de abstração, generalização e/ou universalização.²⁹² Típico exemplo de princípios expressos são aqueles enumerados no Art. 37 da Constituição da República, o qual ordena que a Administração Pública a obediência “aos princípios da legalidade, impessoalidade,” etc. Por outro lado, é possível afirmar que dos incisos do art. 7º da Carta Magna emergem as idéias-valores, a *ratio* das regras laborais (em última instância, os seus princípios). Isso porque, enquanto o constituinte enumera no artigo alguns “direitos dos trabalhadores”, torna-se possível inferir princípios, como é o caso “da proteção” ao empregado, o qual transparece, por exemplo, dos incisos IX e XXII.²⁹³ Estas normas emergentes são princípios implícitos.

2.2.3.1 Princípios, macroprincípios, máximas ou postulados?

Em sua maioria, os princípios jurídicos são inerentes a um subsistema específico que existe dentro do sistema jurídico. Esses têm incidência decisória

Jus para seu sistema, aplicável a toda e qualquer ação conforme ao direito, aplicável em qualquer tempo e lugar, sem exceção. Ibid., p. 43

²⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Os princípios na estrutura do direito. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, Ed. Magister, v. 75, n. 3, p. 34, jul./set. 2009.

²⁹¹ Ibid., p. 28.

²⁹² GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 191-195. (“Convém observar, a título de inciso, que o procedimento intelectual que responde pelo nome de indução não é um procedimento lógico e, portanto, conduz a resultados fatalmente discutíveis.” Ibid., p. 194).

²⁹³ BRASIL. **Constituição da República**, Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais [...]: X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; [...] XXII redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

quase restrita àquela área da qual fazem parte. Esse é, por exemplo, o caso do princípio da proteção ao empregado, o qual tem relevância marcante apenas no âmbito do direito do trabalho; afora sua ampla atuação naquele ramo do direito, pode ele no máximo ter uma “função constitutiva” em outros ramos do direito privado,²⁹⁴ o que não significa um papel preponderante em decisões jurídicas. Princípios como esse citado – ou como o princípio da anualidade tributária; ou como o *in dubio pro reo*, dentre tantos outros -, têm atuação preponderante apenas em determinados subsistemas jurídicos. Por outro lado, alguns princípios têm uma abrangência ampla, a qual se estende por todo o sistema jurídico. Esse é o caso da igualdade, da proporcionalidade e de outras normas. Principalmente em razão dessa incidência marcante em todas as áreas do direito, muitos preferem chamar tais normas de “macroprincípios”, “princípios gerais do direito”, “máximas”, etc. Em alguns casos, tais variações são quase meramente terminológicas e se fazem em razão da amplitude de seus conceitos e da marcante abrangência de tais normas por todo o sistema jurídico.²⁹⁵ Porém, uma categórica especificação normativa dos princípios não parece implicar em diferenças interpretativas de grande relevância.²⁹⁶

Outros doutrinadores ultrapassam a bipolaridade entre “regras” e “princípios” ao estipular uma categorização realmente diferenciada do ordenamento jurídico. Esse é o caso de Humberto Ávila, o qual usa o termo “postulado” - ou “metanorma” - para designar aquelas normas que atuam na interpretação do direito,²⁹⁷ como é o

²⁹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 78.

²⁹⁵ Como exemplo do qual se pode inferir o afirmado, cita-se: GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 202-203: “Quando o direito apresenta uma lacuna, o intérprete está autorizado [...] a preenchê-la por meio do recurso a um princípio: ou a um princípio ‘particular’, que serve de fundamento a uma norma específica (chamada de *ratio legis*) ou, na sua falta, a um princípio ‘geral’ que serve de fundamento a um grupo inteiro de normas.”

²⁹⁶ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direito fundamental. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 12: “[...] não está claro se o dissenso terminológico tem implicações hermenêutico-constitucionais relevantes.” (O autor faz referência específica ao princípio da proporcionalidade, mas pode-se afirmar com segurança que sua colocação também se aplicaria à igualdade.)

²⁹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl.e atual. São Paulo: Malheiros, 2008a. p. 122: “Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. [estes] são normas objeto de aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. [...] os princípios e as regras são primariamente dirigidas ao poder público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito [e] não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente [...]; os postulados,

caso da proporcionalidade²⁹⁸ e, eventualmente, da igualdade.²⁹⁹ Porém, como “postulado” se deve entender “algo [formal e] fora do domínio da experiência, que pode ser aceito, mas não demonstrado e que é dado como condicionante de um sistema. [Ainda, o termo] designa a impossibilidade de prescrever um comportamento”, o que não se aplica à proporcionalidade, frente à necessária justificação das decisões judiciais, as quais implicam “demonstração”.³⁰⁰ Assim, não obstante os reconhecidos méritos da doutrina de Ávila, este trabalho se coloca ao lado da maior parte da doutrina, a qual divide as normas apenas em “regras” e “princípios”.

2.2.3.2 A tênue diferença (?) entre princípios e valores na doutrina de Robert Alexy

Para Manuel Atienza, “valores são qualidades que se predica [...] de certas coisas, pessoas ou ações”, detendo eles características de “polaridade” – pois podem ser reputados “positivos” ou “negativos” - e “hierarquia” – perfazendo um escalonamento que deveria permitir resolver conflitos entre uns e outros.³⁰¹ No que tange às - supostas - diferenças entre “princípios” e “valores”, é possível sustentar que estes últimos “superam a esfera da estrita positividade”, tendo eles uma “dimensão transcendente, [apresentando-se] como um critério para ajuizar ações, ordenar a convivência e estabelecer seus fins”.³⁰² Por sua vez, os princípios atuam:

justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.”

²⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl.e atual. São Paulo: Malheiros, 2008a. p. 161.

²⁹⁹ Ibid., p. 130: “A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim.)”

³⁰⁰ HAEBERLIN, Martín Perius. **Equidade e proporcionalidade: uma releitura e uma confrontação de um conceito filosófico clássico e um princípio jurídico contemporâneo**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, PUCRS, 2006. Disponível em:

<http://www.domlniopublico.gov.br/pesquisa/DetalleObraForm.do?select_action=&co_obra=82986>
Acesso em: 25 jan. 2011.

³⁰¹ ATIENZA, Manuel. **Introducción al derecho**. Barcelona: Editorial Barcanova Ltda, 1985. p. 91.

³⁰² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. (a cargo de Rafael González-Tablas Sastre). Madrid: Editorial Dykinson, 2007. p. 85. Prossegue o autor: “Enquanto constitucionalizados, os valores possuem uma tripla dimensão. Em primeiro lugar, no plano estático são eles *fundamentadores* das normas e instituições constitucionais, “bem como do ordenamento jurídico em seu conjunto”; são também dinamicamente *orientadores*, apontando em direção às metas e fins, “fazendo ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos ou

como “critérios hermenêuticos”; como “fontes de direito”; ou ainda como “pautas de valoração”, podendo assumir nessas circunstâncias um “sentido transcendente ou imanente ao ordenamento jurídico-positivo; podem ser considerados o elo ou ponte de engate entre ambas as esferas. Seu principal traço distintivo em relação aos valores residiria em seu maior índice de concreção.”³⁰³

No entanto, no âmbito da doutrina de Robert Alexy, ficam bem mais difusas as – supostas - fronteiras entre “princípios” e “valores”. Isso porque desde logo admite ele que “princípios e valores estão intimamente relacionados”, sendo possível falar em “colisão”, “sopesamento” ou “realização gradual”, seja de princípios, seja de valores; é até mesmo possível transmutar os enunciados de um em enunciados do outro, e vice-versa, “sem perda de conteúdo”.³⁰⁴ Na verdade, Alexy vai mais além, chegando a afirmar que “entre princípios e valores há uma concordância estrutural ampla. [...] Cada colisão de princípios pode ser apresentada como colisão de valores e cada colisão de valores o pode como colisão de princípios.”³⁰⁵ Mesmo assim, partindo da divisão de conceitos práticos estabelecida por Georg Henrik Von Wright, o qual divide os conceitos em três espécies (deontológicos, axiológicos e antropológicos),³⁰⁶ Alexy sustenta que os princípios são mandamentos, conceitos deontológicos, que determinam o que é definitivamente devido, enquanto os valores são conceitos axiológicos, os quais determinam o que é definitivamente melhor:

obstaculize a concessão daqueles enunciados no sistema axiológico constitucional”; são por fim *críticos*, uma vez que servem como “parâmetro de valoração para valorar fatos e condutas”.

³⁰³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. (a cargo de Rafael González-Tablas Sastre). Madrid: Editorial Dykinson, 2007. p. 86: “Os princípios do direito podem atuar, simultânea ou sucessivamente, como critérios hermenêuticos (*principia cognoscendi*) para conhecer, interpretar e aplicar as restantes normas jurídicas”; como fontes do direito (*principia essendi*) que constituem os elementos normativos ou partes integrantes do ordenamento; ou como pautas de valoração (*prima principia*), como axiomas ou postulados axiológicos que devem inspirar todo o ordenamento jurídico” (Cf. PÉREZ LUÑO, A. E. em *Derechos humanos, Estado de Derecho e Constitución*, *cit.* (em nota 33), págs. 289 y sigs.”).

³⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. (Coleção Teoria e Direito Público). p. 144.

³⁰⁵ Id. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b. p. 166.

³⁰⁶ ALEXY, Op. cit., p. 145: Robert Alexy transcreve a proposta de Georg H. von Wright: “*deontológicos* são os conceitos do dever, proibição, permissão e direito a algo, [os quais] podem ser reduzidos a um conceito deontológico básico, que é o conceito de dever ou de dever-ser. Já os conceitos *axiológicos* são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever ou de dever-ser, mas o conceito de bom [, o que permite classificar algo como bonito, corajoso, etc.] Exemplos de conceitos *antropológicos*, por fim, são os conceitos de vontade interesse, necessidade, decisão e ação.”

“Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo”³⁰⁷.

Porém, essa afirmação de que os princípios seriam um suposto “dever-ser” e de que os valores teriam um aspecto finalístico pode ser severamente criticada. Afinal, como se afirmou acima, os princípios para Robert Alexy são “mandamentos de otimização”, podendo por isso serem aplicados na medida do possível, de acordo com o caso concreto. No entanto, como bem apontou Jürgen Habermas, essa forma de atuação dos princípios descaracteriza o seu caráter deontológico, pois esse não admitiria “ponderação”;³⁰⁸ a qual só é possível no âmbito legislativo, onde são feitas as leis, pode-se ponderar valores o quanto necessário; e assim não é no âmbito do judiciário.³⁰⁹ Por isso, quando se minora a atuação de um princípio, aplicando-o “o quanto possível”, se está na verdade fazendo uma análise de prevalência de valores. Se tivessem os princípios caráter apenas deontológico, o juiz apenas apontaria qual norma seria aplicada; apenas diria o que “deve-ser”. Por essa razão é tão difícil estabelecer diferença entre “princípios” e “valores” no âmbito da doutrina de Robert Alexy.

2.2.3.3 As diferentes funções dos princípios no ordenamento jurídico

De maneira didática e direta, Luciano Athayde Chávez refere-se às funções dos princípios. Em primeiro lugar, eles são normas “integrativas”, razão pela qual, além de colmatar lacunas pelo fundamento do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, desempenham o papel de verdadeira fonte do direito; demais disso, exercem os princípios uma tarefa “interpretativa”, pela qual auxiliam o intérprete a compreender os institutos jurídicos; por fim, têm os princípios ainda uma “função normogênica ou informativa, [atuando] como elemento de inspiração para a elaboração de novas normas [...] inovadoras ou revisoras.”³¹⁰

³⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. (Coleção Teoria e Direito Público). p. 153.

³⁰⁸ VELASCO, Marina. Habermas, Alexy e a razão prática Kantiana. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. (Org.). **Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas**: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 17-21. (Essa crítica de Jürgen Habermas mereceu item próprio – 2.2.1.1 -, no qual se pode melhor compreendê-la.)

³⁰⁹ Ibid., p. 20-31.

³¹⁰ CHAVES, Luciano Athayde. Interpretação, aplicação e integração do direito processual do trabalho. In: _____. (Org). **Curso de processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p. 52-53.

De maneira explícita ou implícita, os princípios sempre estão na base do ordenamento jurídico, sendo eles o fundamento e a *ratio* das regras de direito, razão pela qual José Gomes Canotilho ressalta sua “função normogenética fundamentante”. Isso porque, irradiando seus efeitos, os princípios são aptos a inter-relacionar e estruturar todo o sistema constitucional.³¹¹ E se o fazem no que diz respeito à Carta Magna, também tal ocorre em nível infraconstitucional, razão pela qual é perfeitamente possível afirmar em tese que uma lei seja inconstitucional por ferir um dos princípios constitucionais, sejam eles implícitos ou explícitos.³¹² Uma visão sistêmica e autopoietica do ordenamento jurídico leva à certeza de que, estando os princípios em seu vórtice, irradiando suas determinações em todas as direções (ou ao menos em ramos jurídicos específicos) eles são a mais primordial forma de integração do direito, não obstante o Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (e também o Art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho) deixe transparecer uma ordem interpretativa que se inicia pela analogia. Tal não é correto, uma vez que a interpretação se faz “sem qualquer ordem necessária de prelação entre esses recursos sistêmicos”.³¹³ Caso contrário, os valores imanentes dos princípios restariam afastados, o que não poderia ser admitido, sob pena de o direito deixar de ser “um sistema aberto de regras e princípios”³¹⁴ [para tornar-se] um conjunto acrítico de normas positivas mais ou menos coerentes entre si”.³¹⁵

A “função normogenética referida” assemelha-se muito à “função sistematizadora” da qual falava Claus-Wilhelm Canaris, para quem os princípios

³¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1161.

³¹² FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, n. 916, jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7795>> . Acesso em: 23 ago. 2010

³¹³ Ibid.

³¹⁴ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A transformação do direito do trabalho**: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade. São Paulo: LTr, 2002. p. 51-59: Sobre o direito ser um “sistema aberto”, em um esforço de síntese, diz-se que, sendo um sistema social, é ele necessariamente permeável, pois está constantemente interagindo com o meio social no qual se encontra, refletindo seus valores e distorções, em uma complexa atividade de emissão e recepção. Ob. cit., p. 56: “Os princípios jurídicos, portanto, são informações recolhidas pelo Direito a partir da sociedade na qual se inserem, que acabam por se refletir no conjunto jurídico-normativo em questão. [...] Os princípios jurídicos, por encontrarem um grande grau de absorção ou reflexo no ordenamento jurídico, governam a sua dinâmica, mas, por este se tratar de um sistema aberto, isso será perceptível apenas naquele determinado momento (que pode ser mais ou menos duradouro, mas tende a ser mais duradouro pelos flns de previsibilidade e de segurança jurídicas almejadas pelo Direito) e, neste lapso de tempo, conferem-lhe *coerência* e *unidade* suficientes para sua condição mesma de sistema.”.

³¹⁵ FELICIANO, op. cit.

constituem o sistema jurídico, o qual é entendido justamente como “uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais do direito”.³¹⁶ Segundo o autor, a sistematização realizada pelos princípios se faz através de pelo menos quatro características suas: I) sua capacidade de admitir exceções e entrar em oposição e contradição com outros princípios. Com isso, tornam eles possível que o sistema permaneça apesar de sua complexidade, a qual, não raro faz com que normas entrem em conflito;³¹⁷ II) não há uma “pretensão de exclusividade” entre os princípios, de maneira que mais de um deles pode estar ligado a uma mesma consequência jurídica, o que fortalece o sistema jurídico; III) o sentido próprio de um princípio só se revela quando está combinado com outro(s), de maneira a se complementarem e restringirem. Só assim é possível se estabelecer limites dos princípios no interior do sistema, o que dá congruência ao mesmo; IV) os princípios reclamam subprincípios e valorações concretas – porque, segundo o autor, não seriam eles normas e, por isso, incapazes de aplicação imediata, o que conferiria maior força ao sistema.³¹⁸

2.3 A REGRA DE COLISÃO DE PRINCÍPIOS E SEUS DESDOBRAMENTOS

2.3.1 Os princípios como mandamentos de otimização

Seguindo-se os ensinamentos de Robert Alexy, a mais marcante característica dos princípios é o fato de serem “mandamentos de otimização”, sendo que, no mais das vezes, vários deles incidem sobre o mesmo caso concreto, quando pode o haver o que Robert Alexy chama “colisão” de princípios. É possível se falar

³¹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 78.

³¹⁷ Ibid., p. 88-90. (Porém, o autor esclarece que nem todos os princípios têm a “função constitutiva” referida. Alguns, são meros sub-princípios de exceção, inaptos a impregnar o sistema. Em sentido totalmente contrário, fala na p. 90 dos “princípios de tutela dos trabalhadores e da proteção da família, que estão por detrás do direito de proteção dos despedimentos e da legítima, respectivamente, têm, sem dúvida, uma função constitutiva para os nossos Direitos do Trabalho e das sucessões e, para além disso, também para todo o Direito Privado; há, pois, princípios opostos.”)

³¹⁸ Ibid., p. 90-99. (Sobre a quarta função apontada, vale realçar: “É imprescindível, portanto, a intermediação de novos valores autônomos, retirados do caso concreto. Por exemplo, o conceito de negligência, constante do conceito de culpa, precisa de valoração concreta para integrar a solução concreta de determinada lide judicial.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996. p. 18.)

nesse fenômeno em sentido amplo ou estrito; no primeiro caso, estarão envolvidos direitos fundamentais e outros valores ou princípios; já a “colisão” *stricto sensu* será apenas entre direitos fundamentais,³¹⁹ a qual poderá ocorrer de quatro maneiras³²⁰; dentre elas, entre “o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático”, como é o caso de “um debate que é comum ao direito de igualdade. Se o legislador prevê a concessão de auxílio aos hipossuficientes, indaga-se sobre a dimensão fática ou jurídica do princípio da igualdade.”³²¹ Nesse caso, situando-se todos os princípios no mesmo nível abstrato da lei, no caso concreto serão eles “ponderados” para que seja decidido qual deles prevalece naquele momento específico (em outra situação na qual os mesmos princípios colidam, a prevalência poderá ser de outro).

Para chegar à resposta para essa questão, partiu Robert Alexy da diferenciação lógica procedida por Ronald Dworkin,³²² no sentido de que as regras são aplicadas no modo “tudo ou nada” (*all-or-nothing*) enquanto os princípios têm uma “dimensão de peso” (*dimension of weight*). Dessa forma, acaso mais de um princípio esteja incidindo em um caso concreto, aquele com maior peso relativo prevalecerá sobre o outro - nessa situação específica. Em outra análise, o resultado pode ser diverso -. Diz-se que essa é uma diferença essencial entre o pensamento de Dworkin e Alexy, uma vez que, para o norte-americano, é usual haver sempre uma única resposta para esses “casos difíceis”, enquanto para Alexy, é impossível prever ou apontar o resultado da ponderação, a qual, em uma “relação de precedência” sempre depende do caso concreto³²³; por sua vez, as regras que eventualmente entrem em conflito ensejam o necessário exame de sua validade,

³¹⁹ ALEXY, Robert. “Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik”, palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 10-12-1998 apud MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 78.

³²⁰ A colisão *stricto sensu* pode ser: de um mesmo direito fundamental liberal de defesa que pretende ser exercido por mais de um titular; entre um direito liberal de defesa e outro de proteção (como é o caso da decisão de atirar no seqüestrador para proteger a vida do refém); pode se dar também entre o caráter negativo e positivo do mesmo direito, como no caso da liberdade religiosa, a qual se quer exercer e se é cerceado de usar seus símbolos; finalmente, a colisão pode ser entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático, como no caso do exemplo citado no texto.

³²¹ ALEXY, op. cit., p. 79.

³²² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008a. p. 37.

³²³ ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. **O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008. p. 43.

para que se diga, de acordo com o critério escolhido pela ordem jurídica, qual delas deve ser reputada inválida.³²⁴

2.3.2 A ponderação de princípios

A atividade de ponderação é uma técnica para resolução daqueles casos – supostamente - mais complexos para os quais a mera subsunção do fato à norma não se revela adequada ou suficiente. Nesses casos costumam existir vários enunciados normativos de mesma hierarquia igualmente aplicáveis aos fatos em discussão. São várias premissas maiores incidentes sobre menores, restando impossível se estabelecer o silogismo que tradicionalmente – e supostamente – poderia configurar a subsunção, pois diferentes premissas costumam ensejar decisões diversas, muitas vezes contraditórias e inconciliáveis. Não é possível nesses “hard cases” se extrair uma conclusão direta através da subsunção.³²⁵ Tal fenômeno acontece sempre que duas ou mais normas constitucionais são aplicáveis à mesma situação concreta; como todas essas disposições legais têm a mesma hierarquia, não é possível simplesmente apontar uma só delas como aplicável. O mesmo ocorre quando normas de menor hierarquia acabam por reproduzir conflitos constitucionais intrínsecos, pois tais disposições legais têm “suporte lógico e axiológico em algumas normas constitucionais mas parecem afrontar outras”. Nessas duas situações é impossível seguir o raciocínio da subsunção, restando o caminho da ponderação como solução para tais problemas decisórios.³²⁶

Conforme Robert Alexy, a solução para a colisão de princípios deve ocorrer através de uma “relação de precedência” entre eles, resolvida de acordo com as condições específicas analisadas e levando em conta o caráter *prima facie* dessas

³²⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978. p. 22-28.

³²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 55. (No entanto, como já fora apontado em “1.3.1.5”, considera-se já superada a idéia de que existam “easy cases”, para os quais seria suficiente uma mera subsunção silogística no momento da interpretação. Na verdade, o modelo silogístico costuma ser visto hoje como simplório e irreal por demais. Porém, ao menos em tese é possível falar nesses termos para uso em casos não reputados “difíceis”, o que sequer é possível no âmbito complexo dos “hard cases”.)

³²⁶ Ibid., p. 55.

normas e demais valores constitucionais.³²⁷ Para essa ponderação ser procedida, singelamente recomenda-se três estágios: em primeiro lugar, a identificação das normas pertinentes; depois, seleção dos fatos relevantes; por fim, a atribuição geral de “pesos” aos princípios no caso concreto, o que ocorre através da máxima da proporcionalidade.³²⁸ Nesse ponto emerge a “lei de ponderação” de extrema importância para a teoria de Robert Alexy, o qual, a respeito da proporcionalidade em sentido estrito, afirma: *quanto mais alto é o grau de insatisfação ou afetação de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento daquele outro.*³²⁹ Paralelamente, emerge também uma “lei da ponderação epistêmica. Ela diz: *quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção.*³³⁰ Por isso tudo, o autor alemão chama a proporcionalidade *stricto sensu* de “controle de sintonia fina” da ponderação, o que será melhor examinado ao se tratar da proporcionalidade em capítulo próprio. O resultado dessa equação fruto da “lei de ponderação” será uma “norma de direito fundamental atribuída” àquele caso concreto, a qual, sendo válida,³³¹ tem a estrutura de uma regra nele aplicável e resolve o problema da colisão na situação específica.³³² Haverá então uma regra específica para o caso concreto, a qual fora gerada pela ponderação de princípios. Nesse caso, aplicar-se-á, na medida do possível, o “princípio precedente [, o qual] limita [...] as possibilidades jurídicas do cumprimento do retrocedente”; não obstante, este princípio permanece fazendo parte do ordenamento jurídico, tanto quanto o “precedente”, até porque só princípios válidos podem colidir.³³³

Exemplo paradigmático de ponderação se deu quando da “proibição da farra do boi” pelo Supremo Tribunal Federal Pátrio, momento em que sopesou os artigos

³²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. (Coleção Teoria e Direito Público). p. 94-99.

³²⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a. p. 133.

³²⁹ *Ibid.*, p. 150.

³³⁰ *Id.* “Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik”, palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 10-12-1998 apud MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 94.

³³¹ *Ibid.*, p. 76: Uma norma atribuída válida “é uma norma de direito fundamental se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo seu texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais.*”

³³² ALEXY, op. cit., p. 99-103.

³³³ *Id.* **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b. p.166.

215, § 1º - proteção e incentivo às práticas culturais - e 225, VII - proteção da fauna e flora, vedadas as práticas que as ameacem - da Constituição Federal.³³⁴ Nesse caso, a regra gerada para o caso concreto afirma algo como: “embora as práticas culturais devam ser protegidas e incentivadas, não é possível que essa prática específica – a “farra do boi” – seja permitida, pois tal tradição lesa de maneira desproporcional o princípio também incidente no caso; assim, entre a proteção à fauna - a qual seria lesada com requintes de crueldade - e a manutenção de uma tradição por demais agressiva, prefere-se proteger os animais ameaçados pela tradição que ora se reputa inviolável.” Assim, permanecem existindo ambos os princípios, os quais merecem a mesma atenção. Porém, no que tange à situação em discussão, o princípio referido no art. 225, VII da Constituição afasta a incidência daquele de seu art. 215, § 1º.

Outro caso marcante julgado pela justiça brasileira foi aquele versando sobre a gravidez de Glória Trevi, a qual ocorreu na prisão, sob custódia da polícia federal. A cantora alegou estupro por parte de agentes públicos, os quais solicitaram ao Supremo Tribunal Federal exame de DNA a fim de excluírem sua possível paternidade. Contra isso se insurgiu a cantora, alegando lesão aos direitos fundamentais de seu filho. No entanto ao ponderar os princípios em jogo, o STF analisou o grau de invasão à integridade física da criança e a gravidade da acusação, acabando por decidir em sentido favorável aos policiais, deferindo a ordem para que fosse procedido o exame de DNA. Isso em razão de que a lesão aos direitos do menor não seria tão relevante, pois o material genético seria coletado da placenta, e não de seu corpo.³³⁵ Na ordem constitucional alemã houve o interessante debate que acabou por obrigar o escritor Klaus Mann a lançar ressalva em sua obra “Mephisto” alertando para o fato de que a história não correspondia à vida real do então já falecido diretor de teatro e ator Gustaf Gründgen. O filho

³³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 95-96.

³³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 54.

adotivo do artista moveu ação visando proibir a circulação do romance, a qual reputava nociva à memória de seu pai.³³⁶

Nota-se que, na ponderação, as diferentes dimensões abrangidas pelos princípios terão sido avaliadas em conjunto, de maneira que o resultado da equação no caso concreto poderá até ser a prevalência de um princípio que, historicamente, tenha peso menor do que o outro. Maurício Godinho Delgado exemplifica essa situação através do Enunciado n.º 363 do Tribunal Superior do Trabalho, cujo entendimento consolidado dá prevalência ao “princípio da democracia” sobre o “princípio da dignidade da pessoa humana”, minorando substancialmente os direitos advindos do trabalhador que presta serviços à administração sem concurso público.³³⁷ Cabe por fim afirmar que, em nossos dias, a ponderação avançou para além do âmbito da colisão entre princípios, sendo “possível encontrar decisões judiciais empregando um raciocínio equiparável [à ponderação] para, e. g., definir o sentido de conceitos jurídicos indeterminados e decidir o confronto entre regras”, bem como entre estas e princípios, estejam eles ou não no âmbito da Constituição.³³⁸ Demais disso, costuma-se também buscar na ponderação uma forma de manutenção do sistema jurídico, minorando-se a intensidade da aplicação de uma das normas para que não seja sua eficácia negada no caso concreto em discussão.³³⁹

2.3.2.1 A crítica de Jürgen Habermas quanto à ponderação

Não obstante toda a proximidade entre as ideias de um e de outro, a mais sólida e desafiadora crítica à teoria do direito de Robert Alexy partiu de Jürgen

³³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 84-86.

³³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Os princípios na estrutura do direito. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, Ed. Magister, v. 75, n. 3, p. 25, jul./set. 2009. Transcreve-se: **Enunciado nº 363 do TST - Contratação de Servidor Público sem Concurso - Efeitos e Direitos** - A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. Res. 97/2000, DJ 18.09.2000 - Republicação - DJ 13.10.2000 - Republicação DJ 10.11.2000 - Nova Redação - Res. 111/2002, DJ 11.04.2002 - **Nova redação** - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003.

³³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 56.

³³⁹ *Ibid.*, p. 57.

Habermas. E versa ela justamente a respeito de um dos aspectos fundamentais do pensamento de Alexy: a ponderação dos princípios e sua conceituação como “mandamentos de otimização” com estrutura teleológica. Como se afirmou rapidamente acima Habermas vai em direção totalmente contrária e afirma que os princípios têm caráter deontológico e, conforme a fundamentação do direito discursivo na razão prática kantiana, não podem ser ponderados.³⁴⁰ Ocorre que, conforme Habermas, em um conflito entre normas – o qual, em verdade só existe no sujeito - o agente kantiano deve antes de mais nada agir de acordo com máximas universalizáveis, buscando a resposta correta que resolve a questão. Trata-se de um entendimento semelhante àquele de Dworkin. Só é possível ponderar valores ou bens na atividade legislativa; criada a norma, ela diz o que “deve-ser”; se há mais de uma aparentemente incidindo no caso concreto, é tarefa do juiz apontar qual é a norma a ser aplicada.³⁴¹ Dessa maneira, para aqueles que compartilham da crítica de Habermas, o rompimento do binômio “licitude” ou “ilicitude” - o qual se dá quando da ponderação - pode muito ameaçar o sistema jurídico com os possíveis problemas “da discricionariedade, do decisionismo, do utilitarismo e do agir político no fundamento das decisões. [Demais disso, poderia a ponderação representar um retorno] à filosofia da consciência, [desconhecendo] o giro lingüístico-pragmático”.³⁴²

Assim, enquanto Robert Alexy e o Tribunal Constitucional Alemão defendem a ponderação de princípios, estão eles os tratando como valores, como “mandamentos de otimização”, de forma que a razão prática kantiana resta afastada, pois ao invés de procurar uma melhor decisão para o caso específico, se deveria buscar a única – a melhor – decisão para o caso; e isso não se consegue por ponderação, mas pela decisão a respeito da norma a ser aplicada. Em outras palavras, Alexy propõe que, com a ponderação dos princípios, se faça o melhor (em vista de sua concepção teleológica dos princípios); por outro lado, Habermas defende que, em caso de colisão, se faça o correto (em vista do caráter deontológico).

³⁴⁰ VELASCO, Marina. Habermas, Alexy e a Razão Prática Kantiana. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. (Org.). **Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas**: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 17-21.

³⁴¹ Ibid., p. 20-31.

³⁴² FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 27.

A crítica é forte, a ponto de o próprio Alexy ter afirmado que, se fosse ela procedente, restaria “ferida de morte” a sua teoria. Ainda assim, no entender de Marina Velasco, a resposta de Alexy à impugnação não é satisfatória, uma vez que se limita a justificar a ponderação pelo fato de que essa seria inerente ao princípio da proporcionalidade.³⁴³ Realmente, não parece ser suficiente tal resposta. A crítica de Jürgen Habermas permanece como uma “espada de Dâmocles” sobre as teorias de Robert Alexy e do Tribunal Constitucional Alemão. Não obstante, neste trabalho prefere-se entender esse afastamento da razão prática kantiana como inevitável e - tendo em vista que não será essa a única incongruência a ameaçar uma teoria do direito - possível de ser tolerada.

2.3.3 Direitos fundamentais e suas particularidades no âmbito da colisão

Enquanto cerne do sistema jurídico, os direitos fundamentais o são sob dois aspectos: um formal e outro substancial. Primeiro, são eles formalmente fundamentais porque, ocupando o topo da hierarquia jurídica, a partir da Constituição irradiam sua grandeza vinculando os três poderes; ao mesmo tempo são eles também substancialmente fundamentais em razão de que vinculam materialmente as decisões quanto aos fins e à estrutura normativa básica do Estado e da Sociedade.³⁴⁴ Essa “dupla face” dos direitos fundamentais caracteriza as constituições hodiernas, através das quais a força positiva desses direitos tem validade.³⁴⁵

Assim, em razão da posição em que se encontram no sistema jurídico, os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por normas constitucionais ou por normas infraconstitucionais às quais a própria Constituição conferiu tal força. É o

³⁴³ FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 33.

³⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. (Coleção Teoria e Direito Público). p. 520-523.

³⁴⁵ STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade**: no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 123-124: Cabe apontar ainda: “Os direitos fundamentais possuem a mesma natureza dos direitos humanos. Diferem, no entanto, pela força positiva que possuem os primeiros, carecendo de força impositiva os segundos. Enquanto os direitos humanos são padrões morais que, teoricamente, deveriam submeter as ordens jurídicas, os direitos fundamentais constituem preceitos constitucionais de um dado sistema jurídico e, portanto, possuem impositividade e condições de efetividade. Aqueles constituem postulados ético-políticos com validade universal. Estes possuem uma limitada validade que decorre do respectivo espaço físico e comunidade.”

que ocorre quando de sua ponderação, momento em que se restringe em certa medida o direito fundamental, mantendo-se sempre seu “núcleo essencial”. Este se caracteriza pelo seu aspecto “subjetivo” (de direito individual) e, no mais das vezes, “relativo” (ponderável pela proporcionalidade quando necessário – tanto que, conforme Alexy nem mesmo o princípio da dignidade humana tem valor absoluto). Diz-se que, em posição francamente oposta, a “teoria absoluta” não admite em caso algum a restrição ao núcleo de um direito.³⁴⁶ Neste trabalho segue-se a doutrina de Alexy, de forma que, seguindo-se a máxima da proporcionalidade (principalmente em seu aspecto de “justa medida”), o “núcleo essencial” do direito fundamental estará protegido, mesmo que parcialmente restringido.

³⁴⁶ STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade**: no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 137-141.

3 A IGUALDADE, A PROPORCIONALIDADE E A PROTEÇÃO AO HIPOSSUFICIENTE

No presente capítulo serão examinadas as três normas que fundamentam o debate jurídico que se fará na sessão seguinte do trabalho. Com isso, espera-se elucidar o quanto possível os conceitos de igualdade, proporcionalidade e proteção ao hipossuficiente. Como já se afirmou anteriormente, não obstante a ampla abrangência das duas primeiras normas - as quais atuam em todos os ramos do sistema jurídico -, aqui se considera adequado e suficiente chamá-las “princípios”. Nesses termos, inicia-se tratando da igualdade em sua evolução histórica, em seus diferentes aspectos, em sua proximidade com o conceito de justiça e - com especial relevância e interesse para as conclusões vindouras – em sua textura aberta. A seguir, é examinado o conceito de proporcionalidade, observando sua evolução histórica e suas raízes no conceito de equidade. Também a sua proximidade, diferença ou mesmo fungibilidade com o princípio da “razoabilidade” será analisada. Por fim, será estudado o princípio da proteção ao trabalhador, em origem, fundamentos e maneira como alicerça o direito individual do trabalho. Serão também expostas as pertinentes dúvidas, críticas e reparos que essa norma supostamente protetora enseja; acima de tudo, se estudará a relativização do princípio proposta por José Martins Catharino.

3.1 A IGUALDADE

3.1.1 Evolução histórico-filosófica da igualdade

O nascimento do conceito de igualdade se confunde com o a aurora da civilização ocidental. Porém, em linhas gerais, a isonomia pensada pelos gregos e outros demonstra grandes divergências com a igualdade material que hoje se pretende. De Sólon aos nossos dias, muita coisa mudou no que diz respeito à isonomia.³⁴⁷ Mesmo assim, independentemente das diferentes concepções ao seu respeito, o que sempre transparece é a grandeza da igualdade, tão próxima da justiça que chega a confundir-se com ela; tão inerente e necessária à segurança

³⁴⁷ GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação:** sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p 35-62. (A autora perfaz de forma admirável a trajetória da igualdade, a qual se passa a seguir neste trabalho.)

jurídica e social e, ao mesmo tempo, tão vilipendiada; tão difícil de ser obtida e ainda conciliada com a liberdade – embora uma não possa prescindir da outra para existir. Por tais ligações com outros direitos fundamentais, muitos são os que veem a igualdade como “um valor ético fundamental [, um “valor base”,] um valor-guia da ética política, jurídica e social”, não obstante a historicidade de sua caracterização e realização.³⁴⁸ Em sua circularidade e contradições, a ideia de que todos os homens, mulheres e crianças têm a mesma natureza “não é, definitivamente, um universal cultural, mas uma conquista tardia do mundo ocidental”; é fruto do imperativo kantiano,³⁴⁹ da ideia consolidada de que todo homem é um fim em si mesmo.³⁵⁰ Não obstante, a busca – e a manutenção - desse ideal difícil e fugidivo permanece uma luta incessante.

3.1.1.1 A isonomia do mundo antigo à Idade Média

O ideal de igualdade surge entre os gregos nos séculos VI e V A.C., nos anos de Sólon, ao mesmo tempo em que começavam a germinar as ideias de Estado de Direito – “cidade-estado” - e Democracia; tudo isso com liberdade regulada pela lei.³⁵¹ Conforme registros atribuídos ao próprio Sólon, suas leis foram escritas “para os nobres e para os comuns”,³⁵² sendo que sua intenção era a de mediar a sociedade de maneira a minorar conflitos entre classes, conferindo ônus e bônus de maneira razoavelmente igualitária, mesmo que tivesse ele consciência de que “nas grandes coisas é difícil agradar a todos”.³⁵³

Na Grécia Clássica, a “isonomia” correspondia à igualdade perante a lei de hoje e era ligada aos conceitos de “isegoría” e “isotimia” – os quais correspondiam, respectivamente, ao igual direito de expressar oralmente o pensamento e de

³⁴⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. (a cargo de Rafael González-Tablas Sastre). Madrid: Editorial Dykinson, 2007. p. 15-16.

³⁴⁹ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 13-14.

³⁵⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005b. p. 69.

³⁵¹ EHRENBERG, Victor. **From Solon to Socrates: Greek history and civilization between the 6th and 5th centuries BC**. New York, USA: Routledge. Second Edition, 1973. Reprinted In 2002. p. 62-76

³⁵² *Ibid.*, p. 70.

³⁵³ *Ibid.*, loc. cit.

ascender aos cargos públicos.³⁵⁴ Não obstante, a sociedade aristocrática grega manteve uma profunda estratificação social. Platão afirma em “A República” que “cada um deve ocupar-se de uma função na cidade, aquela para a qual sua natureza é mais adequada”,³⁵⁵ o que na prática significaria a manutenção da segmentação social em três grandes classes: os governantes filósofos; os guardiões, responsáveis pela defesa da cidade; e a classe econômica (formada por comerciantes, camponeses e artesãos), às quais correspondiam a diferentes graus de dignidade. Os membros da classe econômica até tinham a possibilidade de ascensão social, o que era negado aos escravos.³⁵⁶ Por sua vez, Aristóteles se esforça para justificar a escravidão em sua “Política” na qual, sob a epígrafe “A Escravidão é de direito natural”, sustenta que “mandar e obedecer são coisas necessárias além de convenientes, e já desde o nascimento alguns estão destinados a obedecer e outros a mandar”,³⁵⁷ mais adiante, afirma ainda que “também na relação entre macho e fêmea, por natureza, um é superior e outro inferior, um manda e outro obedece. E do mesmo modo ocorre necessariamente entre todos os homens.”³⁵⁸ Conclui então Aristóteles: “A natureza quer ainda fazer diferentes os corpos dos livres e dos escravos: uns fortes para os trabalhos necessários; outros [,] úteis para a vida política.”³⁵⁹ Ao se questionar sobre a possível existência de outras virtudes nos escravos (bem como nas mulheres e crianças), ensina Aristóteles que todos devem participar das virtudes morais, mas “cada um para sua função”³⁶⁰. Certamente, naquele momento ainda se estava bastante longe da ideia de igualdade que hoje se assume.

Porém, com a ascensão do Império Romano e sua política de assimilação de diferentes povos - os quais podiam se tornar cidadãos romanos -, tornou-se necessário justificar esse cosmopolitismo que marcou o mundo romano, para os

³⁵⁴ FASSÒ, G. La democracia In Grécia, Il Mullno, Bologna, 1959, apud PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. (a cargo de Rafael González-Tablas Sastre). Madrid: Editorial Dykinson, 2007. p. 17.

³⁵⁵ PLATÃO. **A República**. Introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 185.

³⁵⁶ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 17.

³⁵⁷ ARISTÓTELES. **Política**. Introducción, Traducción y Notas por Manuela García Valdés. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 116. Primera Edición, 1988. 3ª Reimpresión, 2004. p. 56.

³⁵⁸ Ibid., p. 58.

³⁵⁹ Ibid., p. 58.

³⁶⁰ Ibid., p. 82.

quais o conceito de “aequabilitas” correspondia à atual igualdade formal.³⁶¹ Para isso, a filosofia estoica sustentou a unidade do gênero humano como lei natural. Toda a comunidade humana é formada por homens livres e iguais, “já que neles se manifesta uma idêntica capacidade de pensar (*logikós*)”; A única diferença possível entre os homens era aquela de natureza moral, pois alguns podiam ser considerados sábios e virtuosos, enquanto outros viviam a mercê das paixões. Não obstante, o agir humano era da natureza de todos.³⁶²

Essas ideias estoicas tiveram decisiva importância quando do início da consolidação do cristianismo, o qual, segundo Antonio Enrique Pérez Luño, teve importância capital na consagração da igualdade, principalmente através da “Epístola aos Gálatas” - “São Paulo; 3, 26-29; *circa* 56 D.C.” -, a qual ensina:

Todos vós sois filhos de Deus pela fé em Cristo Jesus, pois todos vós, que fostes batizados em Cristo, vos revestistes de Cristo. Já não há judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo Jesus. Ora, se sois de Cristo, então sois descendência de Abraão, herdeiros segundo a promessa.

Nesses termos, se faz uma profunda afirmação da igualdade embasada na filiação divina. No que tange à igualdade econômica, o Novo Testamento contém sérias advertências de Cristo àqueles que fazem mau uso de suas riquezas, como a célebre passagem em “Lucas, 6, 24-25: “Eu vos garanto que um rico dificilmente entrará nos reino dos céus. E digo mais ainda: É mais fácil um camelo passar pelo buraco de uma agulha do que um rico entrar no reino de Deus”.³⁶³ Porém, ainda no que tange à propriedade privada, a Igreja também afirmava que essa seria um “direito natural primário, [...] atitude ambivalente que teve reflexo no pensamento de Tomás de Aquino, [o qual] fez eco a essas tendências divergentes da patrística”, reconhecendo a um só tempo a licitude da posse pessoal e a exigência de que as

³⁶¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. (a cargo de Rafael González-Tablas Sastre). Madrid: Editorial Dykinson, 2007. p. 19.

³⁶² RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 23-24.

³⁶³ Supostamente há um erro de tradução fruto da semelhança das palavras originárias: um “buraco de agulha” poderia significar um dos tantos portões estreitos de Jerusalém. Para que um camelo o atravessasse, devia-se primeiramente descarregá-lo e pô-lo de joelhos. Ainda assim, só passava por ali com notória dificuldade. Cf.: TONET, Jadiel. **O cristão e o dinheiro**: contexto de I Timóteo. Disponível em: <<http://igrejacristafiladelfia.com/estudo26.html>> Acesso em: 1º fev. 2011.

coisas externas sejam comuns.³⁶⁴ Algumas correntes cristãs, como os franciscanos, defenderam uma igualdade radical, ideias que tiveram impulso nas lutas sociais dos camponeses pela Reforma. Nota-se que, não obstante a Igreja viesse a ter posterior dificuldade em assimilar todos os homens em seu conceito de humanidade, teve ainda assim papel determinante na defesa do conceito de igualdade.³⁶⁵

3.1.1.2 A igualdade moderna

A contribuição do estoicismo a respeito da isonomia se estendeu às vertentes *jusnaturalistas* que começaram a florescer do séc. XVII, momento em que “os princípios do mundo moderno pressupuseram o fim da hegemonia eclesiástica. O Renascimento proclamou os foros da razão independente, isto é, não harmonizada com a fé católica.”³⁶⁶ Esse direito natural laico passou a fundamentar o conceito de igualdade; primeiro com o holandês Hugo Grócio, o qual, apontando unicamente a razão como fundamento do direito natural, fundou suas bases em seu aspecto subjetivo ao vê-lo como uma faculdade do homem suportada pela sociabilidade e racionalidade. Também Cristian Wolf trata o homem como “sujeito moral”, dono de suas escolhas. Hobbes, Pufendorf e Locke foram aprimorando essa definição de direito fundada na qualidade moral humana, principalmente através da

³⁶⁴ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica/Justiça**. Religião. Virtudes Sociais. V. 06. Seção 02. Parte 02. Questões 57-122. São Paulo, Brasil: Edições Loyola, 2005, p. 157-158: “Em relação aos bens exteriores, compete ao homem uma dupla atribuição. Uma é o poder de gerir e de dispor. Quanto a isso, é lícito que o homem possua bens como próprios. É até mesmo necessário à vida humana [...] Outra atribuição que o compete ao homem em relação aos bens exteriores é o uso deles. Sob esse aspecto, o homem não deve ter as coisas exteriores como próprias, mas como comuns, neste sentido que, de bom grado, cada um as partilhe com os necessitados. [...]” (Transcreve-se trecho da nota de rodapé “d”: “A legitimidade da propriedade se funda a partir da distinção entre o ‘poder’ (*potestas*) de gerir as coisas e delas dispor, e o dever moral de ‘utilizá-las’ (*usus*) em proveito de todos. Ao estabelecer que é permitido e mesmo necessário que o homem possua as próprias coisas, Sto. Tomás faz da propriedade um verdadeiro ‘poder’, um verdadeiro direito, de tal modo que o roubo será caracterizado como uma injustiça, pois atenta contra esse direito. [...] O ‘uso’ (*usus*) exprime a finalidade de perseguir e a maneira de realizar o exercício desse poder. É porque possui o verdadeiro poder e o verdadeiro direito de possuí-los que o homem deve utilizar os bens como ‘sendo comuns’, numa disposição virtuosa de ‘compartilhá-los com os necessitados.’” Vale também reproduzir a nota seguinte: “e. Resume-se aqui da maneira mais feliz a doutrina concernente à propriedade e ao direito natural. ‘A propriedade não é contrária ao direito natural’; ela não é ‘de direito natural’; ela é conforme ao direito natural, ela o prolonga, a ele se acrescenta como uma determinação proveniente do direito positivo e mesmo dada sua prática generalizada do ‘direito das gentes.’”)

³⁶⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. (a cargo de Rafael González-Tablas Sastre). Madrid: Editorial Dykinson, 2007. p. 47-48.

³⁶⁶ LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Tradução do Dr. Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 2002. p. 175.

ideia de liberdade negativa trazida ao debate por esse último, a qual surge como um “perímetro de não interferência intransponível” que protegia o homem de qualquer controle social. Todas essas ideias culminam na “intersubjetividade jurídica” de que falava Leibniz. Por fim, Immanuel Kant consolida a ideia do homem como um fim em si mesmo, sujeito autônomo, pleno de dignidade intrínseca, o qual jamais poderia ser usado como meio – visão essa que sepultava qualquer defesa da escravidão.³⁶⁷

Com tais fundamentos éticos e morais, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, a Revolução Francesa, Jean-Jacques Rousseau e demais iluministas levaram ao poder as ideias liberais, um novo constitucionalismo e, principalmente, a igualdade perante a lei, conceito formal que defendia o cidadão dos arbítrios estatais.³⁶⁸ Porém, desde logo a isonomia conquistada naquele momento se revelou pouco produtiva, uma vez que restrita a normas discriminatórias de caráter repressivo/punitivo. Dessa maneira, sob uma aparência formal de igualdade, não se conferia aos desiguais a necessária igualdade; na verdade, chegava-se mesmo ao indesejado resultado de se transferir para a lei a desigualdade real, a qual era mascarada por uma equiparação injusta entre pessoas em muito diferentes condições.

Karl Marx não concluiu uma teoria do direito, mas deixou bem clara sua visão economicista ao apontá-lo como uma superestrutura que reflete o dever-ser das classes donas dos meios de produção. “É a infraestrutura econômica – e tão somente ela – que condiciona as instituições jurídicas”.³⁶⁹ Essa posição radical de Marx - o “materialismo histórico” – enseja posições bastante contrárias à ideia de igualdade proposta pela Revolução Francesa, a qual é vista como pressuposto do capitalismo. Nesse sentido, Marx chega a afirmar que o escambo seria a atividade

³⁶⁷ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 23-34. (John Locke trata até mesma da (im)possibilidade de “auto-escravidão”, considerando que não seria possível ao homem vender-se a outro, pois a “liberdade face ao poder absoluto e arbitrário é tão necessária e encontra-se tão intimamente ligada à própria preservação que ninguém pode renunciar a ela, sem com isso perder a segurança e a vida. O homem não detém poder sobre o seu próprio ser. Por esta razão, nem por contrato, nem por consentimento se pode converter em escravo de outrem, ou colocar-se de baixo do poder absoluto e arbitrário de quem quer que seja, que lhe possa tirar a vida quando entender.” Cf. LOCKE, John. **Segundo tratado do governo**: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 52.)

³⁶⁸ GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p. 36-41.

³⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b. p. 65-66.

econômica da isonomia burguesa por excelência, uma vez que, em tal situação, as relações entre uns e outros são mediadas diretamente por mercadorias, em trocas equivalentes, restando desnecessário “qualquer tipo de dependência política que possa se interpor à exigência de concentração e monopólio das relações políticas inerentes ao funcionamento do Estado moderno”.³⁷⁰

A visão totalmente diferenciada de Marx foi reputada por Friedrich Engels “como a superação das influências e dos esforços igualitários anteriores e muito especialmente daqueles realizados pelos socialistas utópicos”, uma vez que a igualdade passa a ser vista em sua historicidade, determinada pelo sistema econômico.³⁷¹ Efetivamente, em sua “Crítica do Programa de Gotha”, Marx aponta as deficiências da igualdade em suas ideias formal, “lassallista” e, evidentemente, burguesa, apontando semelhanças entre elas. Não obstante, admite Marx que é inevitável que, no início da sociedade comunista visada, os produtores ainda perceberão uma proporção ao trabalho que fornecem. Dessa forma, “o *direito igual* é aqui, portanto, sempre ainda – segundo os princípios – o *direito burguês*, se bem que o princípio e prática já não se andem a puxar os cabelos”.³⁷² No entanto, a *posteriori* o cenário deve ser outro:

Numa fase superior da sociedade comunista, depois de ter desaparecido a servil subordinação dos indivíduos à divisão do trabalho e, com ela, também a oposição entre trabalho espiritual e corporal; depois de o trabalho se ter tornado, não só meio de vida, mas, ele próprio, a primeira necessidade vital; depois de, com o desenvolvimento dos indivíduos em uma só direção, as suas forças produtivas terem também crescido e todas as fontes imanentes da riqueza cooperativa jorrarem em abundância – só então o horizonte estreito do direito burguês poderá ser totalmente ultrapassado e a sociedade poderá inscrever na sua bandeira: De cada um segundo as suas capacidades, a cada um segundo as suas necessidades!³⁷³

Nesses termos, a ideia de igualdade por Karl Marx implica uma crítica severa à igualdade formal, a qual só poderá ser superada “pelas necessidades

³⁷⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. (a cargo de Rafael González-Tablas Sastre). Madrid: Editorial Dykinson, 2007. p. 20-21.

³⁷¹ Ibid., p. 58.

³⁷² MARX, Karl. Glosas Marginais ao programa do partido operário Alemão. In: _____. **Crítica do programa de Gotha**. Disponível em:

<<http://www.marxists.org/portugues/marx/1875/gotha/Index.htm>> Acesso em: 24 jan. 2011. p. 2-8.

³⁷³ Ibid., p. 8.

concretas dos indivíduos plenamente emancipados”; não pelo trabalho ou pelo mérito. Assim, “para Marx, a igualdade material, a qual corresponde às exigências da justiça, seria aquela que assegurasse um tratamento igual das necessidades iguais”.³⁷⁴ Com esse deslocamento da “produção” ou do “mérito” para a “necessidade” se configura a diferenciada ideia de distribuição igualitária de Karl Marx.

Por fim, em 1957, Martin Heidegger apresenta “o princípio da identidade” em uma conferência na Universidade de Freiburg, momento em que demonstrou o que considerava ser o problema fundamental da alteridade. Ocorre que, ao se dizer que “A = A”, cada letra é a mesma; trata-se de uma forma tautológica que, em verdade, se refere ao “A” consigo mesmo: o idêntico – ou o outro - é o mesmo. Só é necessário um elemento para que se estabeleça a relação de identidade. Dessa maneira, pode-se afirmar: o outro idêntico é o mesmo.³⁷⁵ Heidegger prossegue em sua intrigante análise: “Em toda parte, onde quer que mantenhamos qualquer tipo de relação com qualquer tipo de ente, somos interpelados pela identidade [, o que a ele permite] manifestar-se em seu ser como fenômeno”.³⁷⁶ Percebe-se o então a atitude de identidade como um movimento do ser.³⁷⁷

³⁷⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. (a cargo de Rafael González-Tablas Sastre). Madrid: Editorial Dykinson, 2007. p. 60. (Como já se afirmou, esse passo adiante só poderá ser dado após um período de transição em direção à sociedade comunista. Nessa primeira fase, conforme interpretou Lênin: “Quem não trabalha, não come”; e “para igual quantidade de trabalho, igual quantidade de produtos”. Ibid., loc. cit.)..

³⁷⁵ HEIDEGGER, Martin. **Que é isto – A filosofia?:** identidade e diferença. Tradução de Ernildo Stein. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. p. 37-39: “Para que essa relação imperante na identidade – relação do mesmo consigo mesmo – que já ecoa desde a Antiguidade chegue a se manifestar [...] o pensamento ocidental necessita de mais de dois mil anos. Pois somente a filosofia do idealismo especulativo, preparado por Leibniz e Kant, funda, através de Fichte, Schelling e Hegel, um lugar para a essência em si mesmo sintética da identidade.”

³⁷⁶ Ibid., p. 40: “Como princípio do pensamento, o princípio somente vale na medida em que é um princípio do ser, cujo teor é: de cada ente enquanto tal faz parte a identidade, a unidade consigo mesmo.”

³⁷⁷ Heidegger aceita a idéia kantiana de que este é o tempo do sujeito autônomo, do Eu emancipado. O pensamento moderno gira desde Descartes em torno da subjetividade. No entanto, em razão de que observou enorme confusão entre os termos “ser” e “ente”, Heidegger pretendeu reanimar a discussão quanto ao “sentido do ser”, ultrapassando o conceito de “ente”. PASQUA, Hervé. **Introdução à leitura de ser e tempo de Martin Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 15. (*Grosso modo*, se transcreve a lição fundamental dessa obra: o Ser, é uma qualidade dinâmica do ente. É o seu ato de ser. Como isso só é possível no tempo, esses dois conceitos - “Ser e Tempo” - devem estar juntos. Assim chega Heidegger ao conceito de “Dasein”, de “Ser-no-mundo”, a capacidade do ente de se projetar no exterior, sair de si próprio e ser. O ente é abstrato e estático; o ser é a sua existência real. Em sua proposta não-metafísica, Heidegger propõe pensar o “Ser-no-mundo” da humanidade histórica e concreta aqui presente.)

A seguir, ao lembrar trecho de Parmênides em que o grego afirma que “pensar” e “ser” são o mesmo, Heidegger conclui que coisas – que seriam - diferentes podem ser as mesmas quando relacionadas reciprocamente. Isso porque “interpretamos a mesmidade como comum-pertencer”; a relação de identidade, ao estabelecer que uma coisa confunde-se com a outra, pertencendo-se reciprocamente, acaba por determinar o que é idêntico.³⁷⁸ Lembrando ser o homem um ente e parte do ser em geral – “uma relação de correspondência” com o ser -, afirma Heidegger que, ao saltar em direção ao ser, o homem passa a ele pertencer, e vice-versa, estando os dois reciprocamente entregues.³⁷⁹ De maneira enigmática, Heidegger resume sua profunda lição quanto ao “princípio da identidade”:³⁸⁰

O princípio se apresenta primeiro na forma de um primeiro princípio que pressupõe a identidade como um traço no ser, quer dizer, no fundamento do ente. Este princípio de um enunciado transformou-se a caminho num princípio que é uma espécie de salto que, distanciando-se do ser como fundamento do ente, salta no abismo (sem-fundamento). Mas este abismo não é nem o nada vazio nem o negro caos, mas: o acontecimento-apropriação. No acontecimento-apropriação vibra a essência daquilo que a linguagem fala, a linguagem que certa vez designamos como a casa do ser. Princípio da identidade diz agora: um salto, exigido pela essência da identidade porque dele necessita, se, entretanto, o comum-*pertencer* de homem e ser for destinado a alcançar a luz essencial do acontecimento apropriação.

Seguindo-se os passos de Heidegger é possível afirmar a identidade como um “comum-pertencer” a algo. Trata-se ela de uma relação tautológica onde coisas podem ser idênticas pelo processo de reciprocidade em que se encontram. Revela-se então a essência da “igualdade entre diferentes”: um processo, um salto em direção à isonomia pela reciprocidade. “Em outras palavras, é o outro que confirma a minha identidade”.³⁸¹ Essas lições serão primordiais para que, na sessão quatro, venha a ficar claro o que se quer dizer com “pessoas iguais em suas diferenças”; ou “diferentes iguais”.

³⁷⁸ HEIDEGGER, Martin. **Que é isto – A filosofia?**: identidade e diferença. Tradução de Ernildo Stein. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. p. 41-43. (Optou-se por transcrever literalmente as transmutações e gemações de palavras características do filósofo.)

³⁷⁹ Ibid., p. 44-45.

³⁸⁰ Ibid., p. 51.

³⁸¹ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 47.

3.1.2 A igualdade enquanto princípio de direito

Não é tarefa fácil definir a natureza jurídica da igualdade. Pode ela se apresentar em diferentes dimensões normativas. Conforme Humberto Ávila, atua a norma: como regra, ao proibir o uso de determinadas medidas de comparação; como princípio, ao estabelecer um estado ideal a ser alcançado; e como postulado, ao orientar a interpretação de outras normas.³⁸² Por outro lado, Antonio Enrique Pérez Luño afirma “a relevância que a igualdade assume em sua tríplice faceta de valor, princípio e norma”³⁸³. Tais exposições – e certamente outras - não são imunes a críticas. Para citar exemplos, como já fora apontado, é discutível a categorização da igualdade como “postulado” na forma pretendida por Humberto Ávila; por outro lado, o professor espanhol trata a igualdade como “princípio e norma”, enquanto a maior parte da doutrina certamente se referiria a ela como “princípio e regra”.

Não obstante esses e tantos outros desencontros a respeito da natureza jurídica da igualdade, embora não se negue as diferentes dimensões normativas da norma, se deve aqui delimitar sua natureza de princípio, o qual pode ser ponderado conforme será sugerido no capítulo quarto, sendo desnecessária para as pretensões

³⁸² ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008b. p. 133-139. o autor enumera exemplos: A “igualdade-regra” se mostrou quando o Pleno do Supremo Tribunal Federal vedou a distinção entre advogados inscritos e não-inscritos na OAB (porque vinculados a entes estatais e submetidos a regime estatutário próprio), considerando que tal diferenciação proibida pela regra da igualdade e determinando que quaisquer dos dois podem ser multados por obstrução da justiça; A “igualdade-princípio” pode ser observado no julgamento em que o mesmo Pleno considerou legal “um incentivo fiscal concedido a empresas que contratava empregados com mais de quarenta anos”, o que fez através da ponderação entre o princípio da igualdade e o princípio da proteção ao trabalho e da solidariedade social, acabando por entender que, nesse caso, seria justa a restrição à igualdade em nome de um estado ideal; Por fim, a “igualdade-postulado” ocorreu quando o STF entendeu que uma norma versando quanto ao ISSQN não poderia ser aplicada por analogia, usando a igualdade como parâmetro interpretativo para outra norma.

³⁸³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. (a cargo de Rafael González-Tablas Sastre). Madrid: Editorial Dykinson, 2007. p. 11. O autor aponta que, na ordem constitucional espanhola, em art. 1.1, consta a igualdade entre os “valores superiores” do ordenamento jurídico (Ibid., p. 84); enquanto princípio, a norma figura na Constituição Espanhola em seu aspecto formal (“art. 14”), ao estipular que “os espanhóis são iguais ante à lei” e em seu aspecto material, no “art. 9.2”, aonde se atribui aos poderes públicos a tarefa de tornar reais e efetivas as “condições para liberdade e igualdade do indivíduo e dos grupos”, removendo obstáculos a esse fim visado (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. Madrid: Editorial Dykinson, 2007. p. 87); Ressalvando a controvérsia a respeito, o autor defende ainda o caráter de “direito fundamental” da igualdade previsto no já citado “art. 14” da Constituição da Espanha, pois, além de estipular um dever-ser ideal, a norma determina “política ativa dos poderes públicos” para consubstanciação da igualdade, sendo que “as sentenças mais recentes do Tribunal Constitucional em relação à igualdade têm entendido por não descartar seu significado de autêntico direito fundamental” (Ibid., p. 89-97).

deste trabalho a análise da norma em todas suas possíveis dimensões; assim, ao se tratar de igualdade nesta dissertação, estaremos vendo-a sempre como princípio de direito em seu conceito moderno, conforme explicitado no capítulo anterior.

3.1.2.1 Igualdade e justiça distributiva

O conceito clássico de igualdade dispõe que **o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente**, pois a desigualdade é justa quando promovida entre desiguais entre si: “parece que a justiça é igualdade, e o é, mas não para todos, senão para os iguais. E a desigualdade parece ser justa, e de fato o é, mas não para todos, senão para os desiguais.”³⁸⁴. Após mais de dois milênios, essa fórmula permanece viva, tanto que “ - em múltiplas variações e com inúmeras complementações – constitui a coluna vertebral da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre o art. 3º, § 1º, da Constituição [Alemã]”.³⁸⁵ Também Peter Westen entende por igualdade a proposição legal e moral de que os iguais devem ser tratados igualmente - e seu oposto correlativo -,³⁸⁶ esclarecendo ainda que “é um erro acreditar que vários tipos de igualdade podem ser enumerados [, pois] há tantas versões substantivas de igualdade quanto há noções de direito [ou critérios para igualar ou desigualar; porém, a fórmula da igualdade permanece]”.³⁸⁷ Assim, o critério formal de “tratar igual aqueles que são iguais” é assumido neste trabalho como a proposição isonômica por excelência.

Por outro lado, o princípio da igualdade espelha a justiça.³⁸⁸ Muitas vezes é difícil – ou desnecessário – separar uma da outra. Tanto que, nesta dissertação se está a usar a concepção aristotélica de “justiça particular distributiva”, a qual se

³⁸⁴ ARISTÓTELES. **Política**. Introducción, Traducción y Notas por Manuela García Valdés. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 116. Primera Edición, 1988. 3ª Reimpresión, 2004. p. 174; (Id. **Ética Nicomáquea**: ética eudemia. Introducción por Emilio Lledó Íñigo. Traducción y Notas por Julio Pallí Bonet. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 89. Primeira Edición, 1985. 6ª Reimpresión., 2003, p. 238-268; Já Platão havia conceituado a igualdade dessa forma em “As Leis, VI, 757”).

³⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. (Coleção Teoria e Direito Público). p. 397.

³⁸⁶ WESTEN, Peter. The empty idea of equality. **Harvard Law Review**, v. 95, n. 3. p. 539-540, jan. 1982.

³⁸⁷ Ibid., p. 539-540.

³⁸⁸ ARISTÓTELES, op. cit., p. 74.: “parece que a justiça é igualdade, e o é [...]”; No mesmo sentido AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica/Justiça**. Religião. Virtudes Sociais. V. 06. Seção 02. Parte 02. Questões 57-122. Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 2005. p. 58: “o nome da justiça implica igualdade”.

equipara à igualdade e tem o mérito como critério para distribuição de bens e ônus. Para contextualizá-la, deve-se lembrar de que há uma “justiça universal” - a qual abrange as virtudes em geral – e também uma “justiça particular”. Esta se refere às constituições políticas e decisões judiciais e é dividida em “distributiva” – a qual se refere ao mérito e proporção – e “corretiva” – também chamada “comutativa”-, a qual diz respeito às punições.³⁸⁹

3.1.3 Dicotomias da igualdade

3.1.3.1 Igualdade formal e igualdade material

O art. 5º, I da Constituição da República revela dois aspectos diversos da igualdade: em primeiro lugar, ao referir que “todos são iguais perante a lei”, a norma exige a aplicação da lei de maneira uniforme, efetivamente atingindo tudo aquilo - ou todos aqueles - que estiver(em) sob o espectro da norma em exame, pois “a lei é para todos”. Trata-se aqui da *igualdade em seu aspecto formal* - “igualdade perante a lei” - a qual tem pelo menos quatro aspectos a serem considerados: I.) *exigência de generalidade*, a qual tem a ver com o caráter universal e abstrato da norma jurídica, impedindo diferenciar ou favorecer uns ou outros; II.) *exigência de equiparação*, a qual permite o igual tratamento de situações que apresentam diferenças não relevantes para o fim proposto à lei; se elege para isso um critério que determina o que é - ou não - importante para que cidadãos ou situações sejam tratados de maneira igual desigual; III.) *exigência de diferenciação*, a qual se refere ao caráter dinâmico da igualdade ao permitir certas distinções na lei, desde que fundamentadas em critérios arbitrários ou discriminatórios. É o que ocorre, por exemplo, nas normas tributárias que determinam encargos proporcionais à capacidade econômica dos – diferentes – cidadãos. Em sociedades pluralistas, cada vez mais é necessário reconhecer especificidades; IV.) *exigência de regularidade de*

³⁸⁹ ARISTÓTELES. **Ética Nicomáquea**: ética eudemia. Introducción por Emilio Liedó Íñigo. Traducción y Notas por Julio Pallí Bonet. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 89. Primera Edición, 1985. 6ª Reimpresión, 2003. p. 245-247, sobre a justiça particular distributiva. São Tomás de Aquino manteve tal visão com poucas alterações, principalmente no que tange à justiça corretiva, a qual chamou de comutativa, existindo de “de parte a parte” e referindo-se a todo “o intercâmbio mútuo entre duas pessoas”; já a distributiva, a qual “reparte o que é comum de maneira proporcional”, é em relação entre o todo e as partes. AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica/Justiça**. Religião. Virtudes Sociais. V. 06. Seção 02. Parte 02. Questões 57-122. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p.97-98.

procedimento, aspecto funcional da igualdade formal que se manifesta na coerência e regularidade exigidas na aplicação da lei e atitudes estatais, o que inclusive envolve a necessidade de os juízes fundamentarem racionalmente mudanças de entendimento ou critérios que porventura venham a ter a respeito de casos idênticos, o que Antonio Enrique Pérez Luño chama “princípio da interdição da arbitrariedade dos poderes públicos”.³⁹⁰

A respeito da *igualdade material*, cabe invocar novamente o art. 5º, I da Constituição de 1988, questionando o que poderia acontecer se uma hipotética lei fosse *ela mesma* discriminatória. Se houvesse uma norma determinando pior tratamento de saúde a certa classe de pessoas, deveria essa lei ser “uniformemente aplicada”? Em verdade essa arbitrariedade não poderia sequer existir, uma vez que, além de instituir a igualdade formal, a CR/88 também veda à lei fazer “distinção de qualquer natureza”. Com isso, aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil é garantida a “inviolabilidade do direito à igualdade”, a qual está aqui defendida em sua dimensão material,³⁹¹ pois, “se o enunciado geral de igualdade se limitasse ao postulado de uma práxis decisória universalizante, o legislador poderia, sem violá-lo, realizar qualquer discriminação, desde que sob a forma de uma norma universal”.³⁹² Assim, tanto é ilegal discriminar uns ou outros pela não aplicação de uma norma específica (igualdade formal, ou “perante a lei”), como também é ilegal a criação de uma norma que contenha em si uma discriminação arbitrária (igualdade material, ou “na lei”). Nesses termos, uma norma “materialmente desigual” é aquela que estabelece discriminação em seu próprio texto. Como exemplo de tal situação pode ser lembrado o caso do “estatuto pessoal” de uma empresa aérea estrangeira que reservava certas vantagens e benefícios apenas aos empregados de nacionalidade francesa. Em paradigmático julgamento, o Supremo Tribunal afastou a vigência da norma por “ofensa ao princípio da igualdade”. Transcreve-se a ementa da decisão:

Constitucional. Trabalho. Princípio da igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira: estatutos de pessoal desta: aplicabilidade ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. C.F., 1967. art. 153, § 1º, C.F., 1998, art. 5º, *caput*.

³⁹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. (a cargo de Rafael González-Tablas Sastre). Madrid: Editorial Dykinson, 2007. p. 22-36.

³⁹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008b. p. 73-74.

³⁹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. (Coleção Teoria e Direito Público). p. 398.

I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita aos empregados de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade (C.F., 1967. art. 153, § 1º, C.F., 1988, art. 5º, caput).

II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (Ag. Rg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465.

III – Fatores que autorizariam a desigualação não ocorrentes no caso.

IV – R.E. conhecido e provido.³⁹³

Ao tratar da igualdade formal e material – preferindo denominá-las “jurídica” e “fática” -, Robert Alexy sublinha que a fórmula clássica da igualdade não se refere à forma lógica das normas; na verdade, deve ser dirigida ao seu conteúdo, na direção “de um dever material de igualdade”³⁹⁴. A ordem constitucional brasileira vigente a partir de 1988 abraçou esse sentido real de igualdade, sendo possível perceber na Carta Magna Pátria “seu profundo compromisso com a igualdade (formal e material)”, tendo em vista a considerável influência de movimentos populares, a qual se percebe, por exemplo, do repúdio ao racismo.³⁹⁵ A leitura do art. 5º, inciso I da Constituição deve ser sempre nesse sentido material. Caso contrário, uma visão - *data vênia* - simplista da igualdade é capaz de levar, por exemplo, ao entendimento equivocado de que a chamada “Lei Maria da Penha” - Lei 11.340/06 - configuraria lesão ao citado direito fundamental. Porém essa crítica apressada não observa que a lei visa mesmo estabelecer vantagem a um grupo notoriamente desfavorecido, o que não significa, em absoluto, o fim do princípio da igualdade. Na verdade, trata-se do contrário, pois a norma coloca em igualdade de condições pessoas diferentes sob certo aspecto – no caso, a compleição física de homens e mulheres; além disso, há correlação lógica entre proteger a integridade física de

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 161.243-6, Rel. Carlos Velloso, DJ 19.12.1997.

³⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. (Coleção Teoria e Direito Público). p. 399.

³⁹⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Constituição e direitos humanos fundamentais: exigibilidade e proteção**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/08_846.pdf>. Acesso em: 28 set. 2010. p. 3669. (É válido transcrever o Art. 3º, IV da Carta Magna, o qual determina “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, enfatizando o aspecto material da igualdade).

quem é mais fraco perante o mais forte, bem como é indiscutível a relevância constitucional da proteção à vida, à saúde, à integridade física e à dignidade humana da mulher, restando plenamente justificada e legal a diferenciação estabelecida. Oportuno dizer que leis como essa estipulam *igualdade como diferenciação*, a qual é técnica para que se chegue à isonomia material através da concessão de elementos para que os menos favorecidos alcancem a mesma condição de outros – trata-se de um passo além à ideia de *igualdade como equiparação*, a qual tem mais a ver com igualdade formal.³⁹⁶

Neste momento é oportuno esclarecer que, não obstante as dimensões “formais” e “materiais” da igualdade, ambas são contínuas, apresentam uma conexão necessária que se percebe, principalmente, entre a igualdade de procedimento e a igualdade material. As modernas sociedades se encaminham cada vez mais para uma “concepção material-formal de igualdade”, ampliando o conceito de isonomia o quanto possível como caminho para abarcar a dialética igualdade-diferença, a qual cada vez mais exige reconhecimento.³⁹⁷ Alexy também sustenta essa necessária composição entre os aspectos “jurídicos” e “fáticos” da igualdade, não obstante os paradoxos que emergem dessa relação, acabando por concluir pela insuficiência do caráter meramente negativo/formal da igualdade, à qual “deve ser atribuído um feixe de direitos subjetivos com as estruturas mais variadas. Somente esse feixe é que define o direito fundamental do art. 3º, § 1º [da Lei Fundamental Alemão], como um direito completo”.³⁹⁸

3.1.3.2 Igualdade de oportunidades e de resultados

Questão polêmica é aquela que versa quanto à *igualdade de oportunidades e de resultados*, a qual envolve o acirrado debate a respeito da legalidade ou não das chamadas “cotas” para ingresso em cargos públicos, universidades, etc. A esse respeito, Antonio Enrique Pérez Luño é da opinião de que a igualdade material deve

³⁹⁶ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba (Com la colaboración de: Rafael de Asís Roig y Maria del Carmen Barranco Avilés). **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Dykinson, 2004. p. 122.

³⁹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. (a cargo de Rafael González-Tablas Sastre). Madrid: Editorial Dykinson, 2007. p. 36-38.

³⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. (Coleção Teoria e Direito Público). p. 432.

envolver apenas a concessão de oportunidades iguais a todos; não resultados idênticos pois, “uma vez estabelecida como ponto de partida essa igualdade de condições e oportunidades básicas, as situações de todos os cidadãos na sociedade devem ser definidas por suas capacidades e méritos”.³⁹⁹ Assim, as cotas sociais “não resultam legítimas”, pois embora reputadas “positivas”, seriam elas discriminações. O que Perez Luño entende admissível – e necessário – são “ações positivas” - ou “de solidariedade” - que signifiquem *igualdade de oportunidades* a todos para lutar por seus lugares.⁴⁰⁰ Porém, grupos historicamente desfavorecidos argumentam que seria impossível tão logo se chegar à equiparação, sendo que gerações continuariam a esperar por resultados iguais; além disso, defendem eles também a imediata quitação de “dívidas históricas” através das cotas. Não obstante a relevância do debate e o interesse que desperta, tendo em vista a delimitação do tema, este trabalho se limita a apontar a questão e a polêmica, sem tecer outras digressões e aprofundamentos a respeito.

3.1.3.3 Outras dimensões da igualdade

Mesmo que algumas diferenças podem ser reputadas por demais sutis ou meramente terminológicas, impende apontar um caráter “geral” e outro “particular” na igualdade. O primeiro referindo-se à padronização inerente às leis, as quais estabelecem ficções, presunções e padronizações que, frente ao caráter abstrato das normas, restam inevitáveis; por sua vez, a igualdade “particular” tem a ver com a justiça no caso concreto, levando em consideração todos os aspectos particulares entre os elementos a serem relacionados.

Pode-se também falar em igualdade “inicial” ou “superveniente”, o que, além de estabelecer uma visada igualdade, pode por outro lado envolver o problema dos efeitos de novas leis e da coisa julgada em estados anteriores de igualdade que, eventualmente, podem ser desfeitos pelo poder estatal. Nesse caso, é imperativo que exista coerência do poder público no exercício de suas atribuições, o que

³⁹⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. (a cargo de Rafael González-Tablas Sastre). Madrid: Editorial Dykinson, 2007. p. 116.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 117.

também deve estar presente em vista do caráter “sistemático” da igualdade, sendo vedado ao Estado estabelecer normas contraditórias com seus próprios atos.⁴⁰¹

3.1.4 A fórmula da igualdade é um conceito vazio a ser preenchido?

Está claro que a igualdade material significa a real isonomia, uma vez que permite igualar os diferentes, tratando-os de maneira diversa. Porém, esse aspecto real do conceito torna necessário apontar quem é igual e quem não o é, tornando imperativo estabelecer “qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos”.⁴⁰² Chega-se então “à questão da valoração correta e, com isso, à questão sobre o que seja uma legislação correta, racional ou justa”⁴⁰³.

Ao tratar da justiça distributiva - aquela que corresponde a dar “a cada qual segundo seus méritos”-, Chaïm Perelman também revela o problema de seu conceito aberto ao questionar: “Como definir esse mérito? Qual medida comum encontrar entre os méritos e deméritos de diferentes seres? [...] Quais serão os critérios a levar em conta para determinação desse mérito?” etc.⁴⁰⁴ Responder a essas questões é primordial, porque “ser justo é tratar da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista, que possuem uma mesma característica, *a única que se deva levar em conta na administração da justiça*”.⁴⁰⁵

Em cada relação de igualdade, será necessário esclarecer de qual “mérito” e de qual “proporção” se está falando. Por isso muitos autores afirmam que, isolada, a fórmula clássica da igualdade resta tautológica ou vazia. Hans Kelsen, por exemplo, vê a “igualdade” como decorrência lógica da adequação à lei.⁴⁰⁶ Essa discussão é acirrada na doutrina, a qual “procura descobrir se a igualdade tem ou não um

⁴⁰¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008b. p. 77-133.

⁴⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 11.

⁴⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. (Coleção Teoria e Direito Público). p. 400.

⁴⁰⁴ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 9.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 18.

⁴⁰⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387.

conteúdo próprio.⁴⁰⁷ Dentre tantos outros, debatem o assunto Peter Westen, defendendo o vazio do conceito e, no outro polo, Maria da Glória Ferreira Pinto, sustentando a independência da igualdade.⁴⁰⁸ Porém, mesmo sendo supostamente formal, a igualdade permanece com relevância inegável; está ela sempre assegurando a uniformidade de aplicação de todas as demais normas e sempre buscando nas demais disposições a fundamentação para as comparações e fins que permitem seu funcionamento. Por tudo isso, “dizer que a igualdade é formal, por ser estrutural, não é o mesmo que afirmar que ela é menos valiosa.”⁴⁰⁹

Nesses termos, não obstante seja inegável que a igualdade é um elemento primordial na ideia de justiça, entende-se aqui que sua forma é mesmo incompleta. É sempre necessário suplementá-la. Isso porque todos são iguais e desiguais em alguns aspectos, de maneira que, antes de se estabelecer quais semelhanças e diferenças são relevantes, elegendo aquelas que serão utilizadas para configurar ou não a igualdade, “‘tratar da mesma maneira os casos semelhantes’ permanecerá uma fórmula vazia”⁴¹⁰. A esse respeito, vale lembrar a admirável exposição da problemática da igualdade estabelecida por Peter Westen:

Deve-se saber precisamente o que significa dizer para propósitos de igualdade que duas pessoas são iguais.

Primeiro, “pessoas que são iguais” pode significar pessoas que são iguais sob todo aspecto. O problema é que não há duas pessoas iguais sob todo aspecto. As únicas coisas que são completamente iguais sob todo aspecto são símbolos e formas imateriais, como números ideais e figuras geométricas, as quais não são sujeitos morais.

Em segundo lugar, “pessoas que são iguais” pode significar pessoas que, apesar de não serem iguais sob todo aspecto, são iguais sob alguns aspectos. Infelizmente, se a definição prévia exclui todas as pessoas do mundo, a presente definição inclui todas as pessoas e coisas porque todas as pessoas e coisas são iguais em algum aspecto; e resta então a proposição moralmente absurda de que “todas as pessoas e coisas devem ser tratadas igualmente”.

Em terceiro, “pessoas que são iguais” pode se referir a pessoas que são *moralmente* semelhantes em certo aspecto. [...] Entretanto,

⁴⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008b. p.139.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 143: “Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula carregada de sentido?”

⁴⁰⁹ Ibid., p. 144: Com “formal” se quer dizer: “estrutural, rígida, dependente de outras normas”.

⁴¹⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 173-174.

categorias de objetos moralmente iguais não existem na natureza; igualdade moral é estabelecida apenas quando se define categorias. Dizer que pessoas são moralmente iguais é então articular um *standard* de tratamento – um *standard* ou regra especificando certo tratamento para certas pessoas – em referência ao qual elas são, e por isso devem ser tratadas, iguais.⁴¹¹

Nesses termos, cabe ao legislador preencher a fórmula aberta da igualdade estabelecendo uma diferença relevante que possa justificar o desprezo pelas outras diversidades. Conforme Herbert Hart, essa será uma das funções das regras de direito, uma vez que os critérios que especificam “quando os casos são iguais serão justamente os elementos gerais especificados nas regras”.⁴¹² Isso é assim até mesmo porque a igualdade costuma ser vista em duas dimensões: uma descritiva, outra prescritiva. Trata-se da primeira delas “quando as coisas ditas iguais assim mesmo o são. Porém, a igualdade assume dimensão prescritiva quando estabelece isonomia oferecendo razões para tratamento igual das pessoas”,⁴¹³ neste caso, a lei cria igualdades.

Ao tratar da igualdade distributiva, Javier Hervada propõe critérios para exame da proporcionalidade da equação aristotélica “o que A é para o B, C será para o D”.⁴¹⁴ Após esclarecer que a distribuição tem como critério o resultado de uma relação entre os destinatários e os fins da distribuição, o mestre espanhol sugere que se examine “a condição, a função, a capacidade, o aporte na sociedade e a necessidade” dos envolvidos na relação e que, naturalmente, tais aspectos sejam os critérios para distribuição de bens entre eles.⁴¹⁵ Toma-se como exemplo o critério da

⁴¹¹ WESTEN, Peter. The empty idea of equality. **Harvard Law Review**, v. 95, n. 3. p. 544-545, Jan. 1982. (Na tradução se preferiu manter as repetições de termos e locuções quase tautológicas do original em Inglês, com as quais o autor parece realçar - e de certa forma ironizar - o problema que expõe.)

⁴¹² HART, Herbert L. A. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 623, Feb. 1958. “Se nós considerarmos necessário a um sistema legal o sentido mínimo de que esse deve consistir de regras gerais – gerais no duplo sentido de referir-se a sentidos de ações, não apenas ações, e a multiplicidades de pessoas, não indivíduos únicos - esse sentido enseja o princípio de tratar igualmente os casos iguais, embora o critério que especifique quando os casos serão iguais seja, - até então -, apenas os elementos gerais especificados nas regras.”

⁴¹³ SCHAUER, Frederick. **Profiles, probabilities and stereotypes**. Cambridge: Belknap, 2003. p. 218.

⁴¹⁴ ARISTÓTELES. **Ética Nicomáquea**: ética eudemia. Introducción por Emilio Lledó Íñigo. Traducción y Notas por Julio Pallí Bonet. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 89. Primera Edición, 1985. 6ª Reimpresión, 2003. p. 246.

⁴¹⁵ HERVADA, Javier. **Lecciones de filosofía del derecho**. 3. ed. Pamplona: Ediciones, Universidade de Navarra, 1991. p. 234. Volumen I : Teoría de la justicia e Del derecho.

necessidade: se “B” necessita exatamente do dobro de alimentos do que “D” para saciar sua fome, a equação correta será fornecer a quantidade “A” de alimentos, a qual corresponde exatamente à metade (“C”) do *quantum* oferecido a “D”; dessa maneira, pelo critério da necessidade: “o que A é para o B, C será para o D”, pois “B” está recebendo “x” alimentos, enquanto “D” - que tem metade da fome de “A” -, percebe “x/2”. O mesmo vale para os demais critérios,⁴¹⁶ os quais podem muito bem serem vistos como algumas das “diferenças relevantes” às quais se refere Herbert Hart a respeito da configuração da igualdade.

Por outro lado, Celso Bandeira de Mello aponta como a lei pode causar ofensa à igualdade, apontando que tal ocorre quando a norma: a) singulariza um determinado destinatário, ao invés de abranger uma categoria de pessoas e/ou pessoas indeterminadas ou futuras; b) usa como critério discriminador um elemento ausente dos fatos, situações ou pessoas por tal modo diferenciadas; c) atribui uma desigualdade que não tem correlação lógica com a diferença que pretende referir; d.) estabelece uma diferenciação que não tem motivo constitucionalmente relevante; e.) é pouco clara quanto a suas razões e diferenciações. *A contrario sensu*, em não configurado nenhum desses vícios legais apontados, a lei estará de acordo com a igualdade material.⁴¹⁷ É possível que a união dos critérios sugeridos por Javier Hervada com a lição de Celso A. Bandeira de Mello, leve próximo à igualdade material.

3.1.4.1 A relação isonômica e seus critérios

⁴¹⁶ HERVADA, Javier. **Lecciones de filosofia del derecho**. 3. ed. Pamplona: Ediciones, Universidade de Navarra, 1991. p. 234-236: Em apertada síntese da lição, passa-se a esclarecer os demais critérios: *condição* “é o modo estável de permanecer em uma sociedade ou comunidade e de nela estar, particularmente a comunidade política ou sociedade civil.” As diferentes classes e situações perfazem diversas condições; *função* se refere à participação na distribuição de bens de acordo com papéis sociais desempenhados por um ou outro; *capacidade* é critério quando é melhor entregar a alguém um ou outro bem de acordo com o proveito que vai dele tirar, como pode ocorrer na educação, por exemplo, que deve ser posta à disposição de todos, mas que permanecerá a ser oferecida àquele que progredir no estudo; o *aporte na sociedade* significa a distribuição de lucros de acordo com o investimento de cada um.

⁴¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47-48. (A respeito de uma indesejada “*desigualdade que não tem correlação lógica com a diferença que pretende referir*”, vale lembrar o sagaz e irônico exemplo de Frederick Schauer: “Diferentemente da aposentadoria compulsória para capricornianos, mas não para escorpianos, a aposentadoria compulsória para pilotos com sessenta anos não é irracional. Pode ser errada (ou não) e pode ser ineficiente (ou não). Ainda assim, a aposentadoria compulsória para pilotos comerciais repousa em uma genuína e demonstrada correlação entre idade e muitas faculdades materiais para decisões imediatas.” SCHAUER, Frederick. **Profiles, probabilities and stereotypes**. Cambridge: Belknap, 2003. p. 131.)

Humberto Ávila sustenta que a igualdade pode funcionar como regra - proibindo discriminações -, como princípio e como postulado normativo aplicativo.⁴¹⁸ Este segundo sentido se entende aqui incluso no conceito de princípio, de forma que, seja estabelecendo um fim a ser promovido – um “dever-ser” igualitário -, seja “estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade de distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)”,⁴¹⁹ entende-se que a igualdade estará a atuar como princípio. Para este trabalho será irrelevante o aspecto de regra, de forma que sempre se estará aqui a referir **igualdade como princípio** que se configura pela relação entre dois ou mais sujeitos ou objetos, a qual se estabelece de acordo com um determinado critério e com um fim específico⁴²⁰. Seguindo-se a lição de Aristóteles, assume-se que “relação” é uma conexão dinâmica entre polos interligados.⁴²¹ Assim, é possível afirmar, p. ex., que “‘x’ é menor do que ‘y’”, sendo que não faria sentido apenas se afirmar que “‘x’ é menor”; para haver “relação” é imprescindível o referencial com o qual “x” está relacionado porque esse estado (“menor”) se revela “mediante a referência a alguma coisa”⁴²². A relação é uma ligação entre dois ou mais polos que signifique a possibilidade de dizer algo de um(ns) no que diz respeito ao(s) outro(s). Configurada a igualdade como “relação”, com critério e fim específicos, cabe perguntar como determiná-los. Isso porque, nem

⁴¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl.e atual. São Paulo: Malheiros, 2008a. p.121-122: “A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de *postulados*. [Cf. Rudolf Esiler, Kant-Lexikon, p. 427] Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados à compreensão em geral do direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta. Os *postulados normativos aplicativos* são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como *metanormas*. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação.” (negrito nosso) Não obstante a admirável obra do autor pátrio, apontando essa terceira espécie de norma, assume-se neste trabalho ser possível aplicar seus ensinamentos ao conceito de igualdade como princípio, cf. entende R. Alexy.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 150.

⁴²⁰ *Id.* **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008b. p. 40.

⁴²¹ ARISTÓTELES. **Órganon**: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofisticas / tradução, textos adicionais e notas Edson Blini / Bauru, SP : EDIPRO, 2005. p. 54: “chamamos uma coisa de relativa quando desta se diz que é o que é por dependência de alguma outra coisa ou, se não, por estar relacionada a alguma coisa de outra forma”.

⁴²² *Ibid.*, p. 54.

um nem outro estão insertos na norma. Como já se afirmou, enquanto isolada, a equação da igualdade está ainda incompleta, sendo necessário integralizá-la.

Por fim, diz-se que a igualdade é direito fundamental, garantido a todos. Dessa maneira, independentemente de qualquer condição ou característica do cidadão, tem ele direito a tratamento isonômico. Como exemplo, pode-se afirmar que goza de tal garantia o mais humilde empregado, da mesma forma que o mais abastado empregador.

3.2 A PROPORCIONALIDADE

3.2.1 Origens, importância e conceito da norma

A ideia de proporção acompanha os conceitos de Justiça e de Direito ao menos desde a antiguidade clássica. Principalmente a partir da ética aristotélica, o conceito de justo esteve ligado ao equilíbrio proporcional. Também o direito romano fazia referência a relações e reações que, para estarem de acordo com a justiça, deviam ser “proporcionais”. A adequação entre meios e fins também se amolda a uma visão utilitarista do direito, sendo que as doutrinas de Jeremy Bentham e John Stuart Mill argumentavam que o visado bem-estar do povo dependia em grande parte de uma proporção entre meios e fins inerente às leis. Mesmo as ideias liberais de John Locke ligavam-se ao conceito de proporção, então entendido como justo limite às eventuais intervenções estatais e seus procedimentos.⁴²³ Após a revolução francesa, tendo em vista uma crença exacerbada na lei, eventuais discussões jurídicas a respeito da atuação estatal francesa se faziam através de contencioso administrativo - “Conseil d’État” -, seara na qual a proporcionalidade era o argumento contra eventuais erros manifestos, desvios e excessos de poder discricionário estatal. Não obstante sua presença no direito francês, não houve na França uma construção teórica a respeito do que viria a se chamar “princípio da proporcionalidade”.⁴²⁴

⁴²³ FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 74-77.

⁴²⁴ Ibid., p. 78-82.

3.2.1.1 O princípio da proporcionalidade na doutrina e nas terras alemãs

Na Alemanha a doutrina da proporcionalidade alcançou dimensões grandiosas, ultrapassando suas origens administrativas para, principalmente a partir do constitucionalismo do pós-guerra, alcançar a condição de principal salvaguarda das liberdades públicas. Ainda enquanto era a proporcionalidade invocada como resguardo ao poder administrativo de polícia em território prussiano, Carl Glottlieb Svarez esboçou seus conceitos internos de “necessidade” e “proporcionalidade em sentido estrito”. No alvorecer do século XX, Georg Jellinek fortaleceu o conceito ao contrapô-lo à discricionariedade administrativa. Nesses primeiros tempos a noção alemã de proporcionalidade identificava-se com “proibição de excesso” estatal e, após as duas grandes guerras, o princípio irrompeu na Alemanha com força tamanha jamais imaginada pelos seus primeiros idealizadores. Em uma decisão de 1958 – BVerfGE 7, 377 -, o Tribunal Constitucional Alemão ponderou o princípio da liberdade de escolha profissional – cf. art. 12 da Lei Fundamental Alemã - com uma lei local que impedia um farmacêutico de instalar-se com seu estabelecimento. A Corte entendeu pela desnecessidade da restrição estatal, a qual impedia o exercício de um direito fundamental baseado apenas em argumentos econômico-comerciais.⁴²⁵

A partir daquele julgamento, o princípio da proporcionalidade veio progressivamente assumindo a condição de protagonista nos julgamentos daquele Tribunal. Nos termos em que foi o princípio consagrado pela doutrina alemã durante o séc. XX, ele tem a mais estreita relação com a própria natureza dos princípios, a ponto de o Tribunal Constitucional Federal Alemão ter afirmado sua emersão “da própria essência dos direitos fundamentais”.⁴²⁶ No mais das vezes, sua aplicação “decorre de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo”.⁴²⁷ Principalmente a partir da doutrina e da jurisprudência alemãs, seu conceito relacionado à “justa medida” vem assumindo tamanha importância a ponto de não

⁴²⁵ FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 82-84.

⁴²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. (Coleção Teoria e Direito Público). p.117.

⁴²⁷ SCHLINK, Bernhard. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 448-449, apud MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 357.

raramente ser a proporcionalidade ligada à própria ideia de Justiça, a qual “não significa outra coisa senão precisamente a justa medida na relação dos homens entre si e com as coisas submetidas à sua disposição”.⁴²⁸

No direito português está ela consagrada no texto constitucional - arts. 18.º/2, 19.º/4, 265.º e 266.º/2 -, restringindo as limitações de direitos, liberdades e garantias ao mínimo necessário, salvaguardando outros direitos ou interesses garantidos ao cidadão,⁴²⁹ pois “as medidas restritivas dos direitos fundamentais devem ser proporcionais ao fim visado e jamais atingirem a substância do direito”.⁴³⁰ Também em nosso país o princípio vem assumindo cada vez maior espaço nos debates doutrinários, com grande parte da jurisprudência consagrando a proporcionalidade como princípio geral do direito implícito na ordem constitucional.⁴³¹ Nesse caso, tendo em vista a previsão do art. 5º, § 2º da Constituição da República, o princípio estaria recepcionado entre os “outros direitos e garantias” advindos “do regime ou dos princípios” presentes na própria Constituição. Por sua vez, Paulo Bonavides sustenta que a proporcionalidade se infere de outros princípios constitucionais, como a igualdade.⁴³² O que parece pacífico é a presença da máxima em nosso sistema jurídico.

Assim, ao conceituar a proporcionalidade, Gilmar Ferreira Mendes enumera seus três elementos: *adequação* dos meios para os fins pretendidos; *necessidade* de sua utilização; ponderação entre a atitude interventora e os objetivos da norma (*justa medida*, ou *proporcionalidade em sentido estrito*). Uma lei ou medida *inadequada* é inútil para a finalidade pretendida; se é dispensável o procedimento ou norma adotado, ele é *desnecessário*; por fim, pode não haver *justa medida* entre o

⁴²⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 603. (Ibid., p. 684: “[O princípio da proporcionalidade] não se trata aqui de outra coisa senão da ideia da justa medida, do ‘equilíbrio’, que está indissociavelmente ligada à ideia de justiça.”)

⁴²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 3ª reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 269.

⁴³⁰ Ibid., p. 266-273.

⁴³¹ MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 363.

⁴³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 434: “No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito.”

objetivo da atitude administrativa e o ônus que esta envolve.⁴³³ Luís Virgílio Afonso da Silva também leciona que, conforme a proporcionalidade se desenvolveu no Tribunal Constitucional Alemão, “tem ela uma estrutura racionalmente definida, com [os três citados] sub-elementos independentes”.⁴³⁴ No mesmo sentido, Humberto Ávila fala de adequação; necessidade; proporcionalidade em sentido estrito, três “exames inerentes à proporcionalidade”, a qual trata como “metanorma”, ou postulado normativo aplicativo.⁴³⁵

3.2.2 Proporção, equidade, razoabilidade e princípio da proporcionalidade

Dentre tantas tarefas difíceis a cumprir quanto ao princípio da proporcionalidade, uma delas é diferenciá-lo da “ideia de proporção”, da equidade e do princípio da razoabilidade. Muitas vezes podem restar difusas as fronteiras entre os três institutos. Não obstante, pretende-se expor algumas nuances que permitem separar a proporcionalidade de “proporção” e da equidade. No que diz respeito ao princípio da razoabilidade, a solução para o problema será outra, seguindo-se doutrina específica.

3.2.2.1 Proporção e princípio da proporcionalidade

Como é possível denotar das origens do princípio em tela, nem toda ideia de proporção corresponde ao princípio do qual aqui se trata. Há pelo menos sete usos distintos do termo, o qual pode significar: I. - a fração de um todo; II. – uma relação ou comparação entre coisas; III. – a dimensão ou extensão de algo; IV. – uma disposição regular ou harmônica, ou ainda a própria simetria ou harmonia; V. – conformidade e/ou identidade; e, VI. - em aritmética, “igualdade entre duas razões”.⁴³⁶ A passagem a seguir é representativa desse uso amplo do termo “proporção”; nela, José Luiz Ferreira Prunes discorre sobre a necessária “simetria”,

⁴³³ MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 46-51.

⁴³⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 30. (Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. (Coleção Teoria e Direito Público). p.116).

⁴³⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl.e atual. São Paulo: Malheiros, 2008a. p. 165-173.

⁴³⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1643.

“harmonia” – ou “proporção” – que deve existir nas penalidades possíveis no âmbito da relação de emprego. *Verbis*:

Sem maiores divagações sobre o conceito de “proporção” que com constância se mostra presente no campo do direito, é de se ressaltar a necessária relação harmônica entre causa e efeito, quando se tratar de falta e punição. [...] Deve, pois, haver uma simetria entre os dois fatos: falta leve com punição branda, destinando-se os castigos ásperos para infrações mais graves. [...] ⁴³⁷

Nota-se que, no mais das vezes, as referências que se faz à “proporção” – ou mesmo “proporcionalidade” - de certo ato ou fato jurídico não tem maior relação com a norma da qual se está a tratar, pois é comum o uso da palavra em um significado próximo dos quarto ou quinto sentidos apontados, bem como da equidade.

3.2.2.2 Princípio da proporcionalidade ou equidade?

É fato que as raízes da razoabilidade e da proporcionalidade estão mesmo no ideal clássico de equidade, pois a hodierna “proibição ao excesso” é muito assemelhada à “correção da justiça legal” da qual falava Aristóteles. *Verbis*: “toda lei é universal e há casos em que não é possível tratar das coisas diretamente de modo universal. [Da mesma forma que a regra de chumbo utilizada nas construções se curva à realidade], também os decretos se adaptam aos casos” particulares.⁴³⁸ É por afirmações como essa que Plauto Faraco de Azevedo afirma ser “impossível apreender o significado da igualdade” sem se examinar o pensamento de Aristóteles, o qual sugeriu a equidade como solução para o eterno problema da impossibilidade da norma jurídica prever as infinitas possibilidades da realidade,

⁴³⁷ PRUNES, José Luiz Ferreira. **Justa causa e despedida Indireta**. Curitiba: Juruá, 1994. p. 23-24.

⁴³⁸ ARISTÓTELES. **Ética Nicomáquea**: ética eudemia. Introducción por Emilio Lledó Íñigo. Traducción y Notas por Julio Pallí Bonet. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 89. Primera Edición, 1985. 6ª Reimpresión, 2003. p. 265: “Assim, o justo e equitativo são o mesmo e, ainda que ambos sejam bons, é melhor o equitativo. O que ocasiona a dificuldade é que o equitativo, embora seja justo, não o é de acordo com a lei, senão com uma correção da justiça legal. [...] Quando a lei apresenta um caso universal e sobrevêm circunstâncias que ficam fora da fórmula universal, então é correto que se corrija essa omissão, pois o legislador mesmo teria feito a correção se estivesse presenciado a situação [...]. E tal é a natureza do equitativo: uma correção da lei na medida em que sua universalidade a deixa Incompleta.”

questão essa que “surge no momento dinâmico da aplicação da lei”.⁴³⁹ Platão já havia apontado esse problema sem sugerir-lhe uma solução, a qual Aristóteles encontra no método equitativo,⁴⁴⁰ afirmando que as leis não deviam ser imutáveis, sendo necessário manter-se a possibilidade de alterar sua aplicação naquelas situações concretas em que a norma se revele injusta – e Aristóteles ressalva ainda: “quando a melhora [pelo uso da equidade] for pequena e, por outro lado, sendo mau o acostumar-se o descumprir com facilidade as leis, [...] se deve permitir alguns erros dos legisladores e governantes”,⁴⁴¹ deixando antever sua preocupação com algo assemelhado ao que hoje se chama “segurança jurídica”.

Na busca de uma diferenciação entre equidade e princípio da proporcionalidade deve-se ter em mente que a primeira “trata-se de ideia, mais ou menos elaborada, por vezes por outro nome designada, e por outros caminhos atingida”.⁴⁴² É possível dizer o mesmo da proporcionalidade, o que torna ainda mais difícil separar os dois conceitos observados, pois a diferença entre uma decisão “equitativa” ou “adequada ao princípio da proporcionalidade” seria então uma mera questão terminológica; ou, no máximo, de paradigma, sendo que aqueles mais inclinados a doutrinas *jusnaturalistas* poderão preferir usar o primeiro termo; outros, ao seguirem ideias constitucionalistas, preferirão falar no princípio referido.

Não obstante, é possível afirmar com segurança que a maior diferença entre a equidade e o princípio da proporcionalidade se faz pelo “método trifásico” deste - o qual será descrito logo a seguir -, restando clara uma notória e profunda diferença na forma de aplicação entre os dois institutos. Demais disso, a equidade pode se tornar necessária em qualquer caso concreto, em qualquer lide na qual a Justiça esteja ameaçada pela lei. Enquanto isso, a proporcionalidade diz mais respeito à proteção contra atos de poder, atuando principalmente como contrapeso à força

⁴³⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 89.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 89-90. (Cf. PLATO, **The Statesman**. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/768/Plato_0131-04_EBk_v5.pdf> Acesso em: 20 fev. 2011: “[...] o legislador tem que presidir seu rebanho; e para alcançar justiça em seus tratos entre uns e outros, enunciando o bem em geral, não será ele capaz de prover exatamente o que seria bom para cada caso. [...] Ele baixará leis para a maioria, grosseiramente alcançando os casos individuais; e algumas delas serão escritas, outras não-escritas; estas últimas serão os costumes tradicionais do país.”)

⁴⁴¹ ARISTÓTELES. **Política**. Introducción, Traducción y Notas por Manuela García Valdés. Biblioteca Clásica Gredos, 116. Primeira Edición, 1988. 3ª Reimpresión. Madrid, 2004, p. 122.

⁴⁴² AZEVEDO, op. cit., p. 92.

estatal – mas também contra o poder particular. Em sua feição contemporânea o princípio tem sentido mais político, apresentando-se como restrição ao abuso do poder e à ilegalidade.⁴⁴³

3.2.2.3 Razoabilidade ou proporcionalidade?

Por outro lado, costuma também ocorrer na mais qualificada doutrina e jurisprudência certo desacordo sobre o que são os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade,⁴⁴⁴ a qual demandaria um “dever de equivalência”, “uma relação de correspondência entre duas *grandezas*”.⁴⁴⁵ Certamente tal decorre em razão da amplitude conceitual e de incidência de ambas, bem como de seus contornos fluídos, o que transparece inclusive da obra de Luís Roberto Barroso, o qual trata dos “princípios da razoabilidade e da proporcionalidade” em conjunto, argumentando que, tanto no Brasil como na Europa continental, as duas normas “mantém uma relação de fungibilidade”,⁴⁴⁶ a ponto de doutrinadores referirem-se a ambos os princípios como sinônimos.⁴⁴⁷ O conceito de proporcionalidade tem origem no direito alemão; a razoabilidade, nos Estados Unidos da América. Não obstante suas diferentes origens e o fato de a proporcionalidade apresentar o esquema trifásico - adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* -, ambas reclamam o método de ponderação, sendo que eventual diferenciação entre ambas “tem mais

⁴⁴³ COUTINHO FILHO, Gabriel Lopes. Limites aos limites dos direitos fundamentais. In: ALMEIDA, Renato Rua de (Coord.) **Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. p. 52: “A noção clássica de proporcionalidade liga-se à noção de equidade como concepção filosófica de justiça e de correção da aplicação da lei no caso concreto.”

⁴⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 21 ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 107: “Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade.” Também de acordo: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 28, 2002: “A tendência a confundir proporcionalidade e razoabilidade pode ser notada não só na jurisprudência do STF [,] mas também em inúmeros trabalhos acadêmicos e até mesmo em relatórios de comissões do Poder Legislativo. Luís Roberto Barroso, por exemplo, afirma que ‘é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira.’”

⁴⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl.e atual. São Paulo: Malheiros, 2008a. p. 160.

⁴⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 224.

⁴⁴⁷ CHAVES, Luciano Athayde. Interpretação, aplicação e integração do direito processual do trabalho. In: _____. (Org.). **Curso de processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p. 54: “Outros princípios estão impregnados, de forma implícita, na ordem jurídica, como o da *razoabilidade ou proporcionalidade*, vetores que perpassam todos os ramos do Direito.”

caráter teórico que prático”.⁴⁴⁸ Assim, parte em razão do impasse doutrinário a respeito, parte porque fugiria à pretensão do presente trabalho, aqui não se faz uma separação categórica entre um e outro princípio. Assume-se a eventual falta de fronteiras entre eles, inclusive no que se refere à sua análise em casos concretos, momento em que ainda mais seria difícil diferenciar “razoabilidade” de “proporcionalidade”.

3.2.3 O princípio da proporcionalidade na ordem jurídica

Efetivamente, o princípio da proporcionalidade já vem sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal como instrumento para solucionar colisão entre direitos fundamentais. Em um paradigmático caso em que pairava uma discussão sobre quem deveria realizar um “exame de DNA”, a proporcionalidade foi usada como “regra de ponderação” para solucionar a colisão de direitos em conflito, a qual levou à conclusão de que outros meios de prova menos restritivos de direito poderiam ser usados naquele caso concreto.⁴⁴⁹ Também há muitas situações em que a proporcionalidade foi usada para ponderar direitos de propriedade;⁴⁵⁰ da mesma forma, já são numerosos os julgamentos em que os chamados “crimes de bagatela” foram examinados sob a ótica da proporcionalidade.⁴⁵¹ Decisão bastante interessante é aquela em que o Superior Tribunal de Justiça autorizou o saque do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço pela mãe de um portador do vírus da AIDS, visando permitir-lhe usar esse dinheiro em favor de seu filho. Embora ausente essa hipótese legal para saque desses valores, o Tribunal achou por bem superar a estrita legalidade em favor dos direitos sociais esculpidos na Constituição Federal.⁴⁵² É um fato inegável que a máxima da proporcionalidade ingressa em nossa ordem

⁴⁴⁸ COUTINHO FILHO, Gabriel Lopes. Limites aos limites dos direitos fundamentais. In: ALMEIDA, Renato Rua de. (Coord.). **Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. p. 57.

⁴⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 369-370.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 370.

⁴⁵¹ Ibid., p. 373.

⁴⁵² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: CUNHA, Sérgio Sérulo da ; GRAU, Eros Roberto.(Orgs). **Estudos de direito constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 53.

jurídica também com essa função de ponderação, em razão de sua abrangência por sobre todo o direito

3.2.3.1 A proporcionalidade na doutrina *jus* laboral

Amauri Mascaro Nascimento refere o ingresso do princípio no direito privado e do trabalho francês, “por força do antigo art. L.120-2 do *Code Du Travail*”, norma que justificava restrições impostas a certas liberdades desde que essas fossem “proporcionais aos fins procurados”.⁴⁵³ No que tange à doutrina de direito alemã, o autor expõe que essa já vinha ressaltando “a importância da aplicação dos princípios constitucionais de direito público nas relações de direito privado”; acaba então por concluir que, da mesma forma que o Estado deve observar a proporcionalidade em suas relações com os particulares, estes devem observá-la em suas relações privadas, como aquelas de emprego.⁴⁵⁴ Também Maurício Godinho Delgado sustenta que aqueles princípios gerais do direito insertos na ordem constitucional se aplicam ao Direito Individual do Trabalho. Dentre esses, o *princípio da dignidade humana* e outros a eles relacionados; “em outro plano, há também os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*. [...] A este bloco de princípios constitucionais – e gerais – atuantes no Direito do Trabalho, somam-se outros” advindos do plano jurídico geral, como é o caso da boa fé, vedação de abuso de direito, etc.⁴⁵⁵

De fato, como afirma Carlos Henrique Bezerra Leite em prefácio à obra de Ana Paula Tauceda Branco, “no caso do direito brasileiro, começam a surgir obras que se ocupam da [...] colisão de princípios fundamentais sob o enfoque do chamado Direito Constitucional do Trabalho”.⁴⁵⁶ A própria professora espírito-santense trata os direitos constitucionais “sociotrabalhistas” como direitos humanos fundamentais; a seguir, aponta quatro possibilidades teóricas para o problema da colisão desses princípios, seguindo com precisão as doutrinas de: Ronald Dworkin - que ela chama “corrente *jus* política liberal e não utilitarista”; Robert Alexy -

⁴⁵³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 466.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 467.

⁴⁵⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Os princípios na estrutura do direito. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre: Magister, v. 75, n. 3, p. 28, jul./set. 2009.

⁴⁵⁶ BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2007. p. 15.

“dogmática pós-positivista alemã”; Joaquim José Gomes Canotilho - “corrente jurídica socialdemocrata portuguesa”; e Ingo Wolfgang Sarlet – “corrente fenomenológico-existencialista brasileira”.⁴⁵⁷ Renato Rua de Almeida, ao prefaciar a obra “Direitos Fundamentais Aplicados ao Direito do Trabalho”, lembra que o Código Civil de 2002 espelha os valores da “boa-fé objetiva” e seus deveres anexos (função social do contrato e equilíbrio econômico dos contratantes), expondo que tais marcas do Direito Civil constitucionalizado brasileiro “por força da irradiação dos direitos fundamentais, são também aplicados ao direito do trabalho”.⁴⁵⁸

Fica claro o ingresso da *proporcionalidade* no Direito Laboral Brasileiro, visto que, frente ao novo constitucionalismo, também esse ramo do direito “não pode ser interpretado em desacordo com as normas constitucionais – princípios e regras [, pois] deve ser ‘lido’ à luz deste novo modo de interpretação constitucional”, usando-se dos princípios hermenêuticos.⁴⁵⁹ Assim, o princípio da proporcionalidade em seus três aspectos se revela parte da decisão judicial. Os “mandados de otimização” são ponderados entre si, “de acordo com um procedimento racional, no qual não é possível buscar recursos de argumentação existentes fora do sistema jurídico, que, portanto, não é visto como algo totalmente acabado e fechado”.⁴⁶⁰ Isso deve ser assim até em razão de que, em sua amplitude, princípios como o da igualdade conflituam com frequência; “se eles não pudessem ser restringidos, em razão da necessidade de realização de todos até um ponto máximo, a solução dos conflitos seria, no mínimo complexa, para não dizer impossível”.⁴⁶¹

3.2.3.2 A proporcionalidade na jurisprudência dos tribunais do trabalho

Ao final de sua obra acima referida, Ana Paula Taucedá Branco demonstra a forma como o Tribunal Superior do Trabalho vem sumulando matérias controversas através da ponderação de princípios. Nesse capítulo, cujo título é “Identificação e Solução de Alguns Casos de Colisão de Princípios da Livre Iniciativa e da Dignidade

⁴⁵⁷ BRANCO, Ana Paula Taucedá. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2007. p. 81-100.

⁴⁵⁸ ALMEIDA, Renato Rua de (Coord.) **Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. p. 8.

⁴⁵⁹ ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. **O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008. p. 48.

⁴⁶⁰ Ibid., p. 80.

⁴⁶¹ Ibid., p. 41.

Humana”, a autora examina: a flexibilização trabalhista - Súmula 331 do TST -; os descontos salariais não autorizados pelo empregado - Súmula 342 -; a taximetria do adicional de periculosidade por norma coletiva - Súmula 364 -; e a compensação da jornada de trabalho através de autorização no contrato individual de trabalho - Súmula 85 -. Da análise de todas essas decisões, fica evidenciada a ponderação de princípios realizada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho; evidentemente, através do princípio da proporcionalidade.⁴⁶²

Quanto aos tribunais regionais, apenas para apontarmos exemplos próximos, observa-se que no E. Tribunal Regional da 4ª Região já aplicou a proporcionalidade na ponderação de princípios para vir a declarar a justiça da penhora de bem de família⁴⁶³ e de salários,⁴⁶⁴ bem como garantia de emprego à

⁴⁶² BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2007. p. 106-137.

⁴⁶³ **BRASIL**. RIO GRANDE DO SUL. TRT4ª REGIÃO. Proc. n.º 0041900-68.2006.5.04.0372; Agravante NELCI GOES DE AZEVEDO e agravado AVELINO ALLIATI - TRANSPORTADORA – EMENTA - AGRAVO DE PETIÇÃO DO EXEQUENTE. PENHORA DE IMÓVEL RESIDENCIAL. Hipótese em que restou demonstrado que o executado se desfez intencionalmente de todos os bens que integravam o seu patrimônio, exceto a casa que utiliza como residência. Deslealdade processual do executado aliada ao valor elevado do imóvel residencial que autorizam a relativização da regra do art. 1º da Lei 8.009/90 segundo **critérios de proporcionalidade em sentido estrito e razoabilidade**. [...] Agravo de Petição parcialmente provido. [...] Em primeiro lugar, cumpre destacar que, embora **o crédito executado na presente ação** não configure crédito trabalhista em sentido estrito, **caracteriza-se como direito fundamental**. A indenização por dano moral decorre diretamente de violação, imputável à reclamada, de direitos de personalidade do reclamante, intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana. A indenização por dano material, por sua vez, decorre da redução da capacidade laboral do autor, que evidentemente limitou o seu direito constitucionalmente assegurado ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII). [...] Entretanto, entende-se que essa garantia não é absoluta, podendo ser afastada em determinados casos, o que **exige a ponderação dos direitos fundamentais envolvidos**. Reitera-se: o fato de os créditos executados não serem créditos trabalhistas em sentido estrito não lhes retira o caráter de direitos fundamentais, o que deve ser considerado para se realizar corretamente a ponderação com o direito fundamental a eles contraposto – o direito à moradia do executado e sua família. [...] Postos esses parâmetros, considera-se que **a melhor ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos**, pautada na **aplicação dos postulados da proporcionalidade em sentido estrito e da razoabilidade**, é no sentido de que a garantia legal à impenhorabilidade do bem de família, nos termos do art. 1º da Lei 8.009/90, deve ser relativizada no presente caso. Assim, considera-se válida a penhora documentada no auto da fl. 863, ainda que seja utilizado como residência do executado e de sua família e seja o único imóvel em seu nome. (grifou-se)

⁴⁶⁴ **BRASIL**. RIO GRANDE DO SUL. TRT4ª REGIÃO. Proc. 00877-2003-020-04-00-4 AP (Agravante MARIA HELENA WIATEK e agravado E.S. REPRESENTAÇÕES LTDA. EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. PENHORA DE CRÉDITO ALIMENTAR. Para que haja ampla efetividade ao princípio da irredutibilidade salarial, que garante ao empregado a impenhorabilidade do seu salário, e do princípio que dispõe acerca da natureza alimentar do crédito trabalhista, **cabe ao Juízo aplicar a técnica da ponderação entre os dois valores**, assegurando grande parte do salário ao devedor, para sua sobrevivência e de sua família, e, ao mesmo tempo, determinando a constrição de uma parte do montante para assegurar o direito do credor trabalhista. Tendência doutrinária que se adota. Recurso provido. [...] Para que haja ampla efetividade aos princípios citados, cabe ao Juízo aplicar a **técnica da ponderação entre os dois valores**, assegurando grande parte do salário ao

gestante.⁴⁶⁵ Por essas razões, pode-se afirmar que, no âmbito do direito do trabalho, o exame de proporcionalidade na relação entre igualdade e princípio da proteção é, não só cabível, como verdadeiro poder-dever público a ser exercido em favor da coletividade - seja conferido ao legislador, seja ao julgador -. Porém, se levantada objeção a esse respeito, argumentando-se ser incabível invocar a proporcionalidade nessa situação específica, para defender seu uso como aqui defendido, poder-se-ia recorrer à analogia.⁴⁶⁶ Isso porque, como bem afirma Karl Engish, toda norma jurídica “é susceptível de aplicação analógica, [sendo que as] conclusões por analogia não têm apenas cabimento dentro de cada Código, mas verificam-se também de um para outro Código e de um ramo de Direito para outro”.⁴⁶⁷ Portanto, do fato de a máxima da proporcionalidade estar presente em todo o sistema jurídico; da realidade jurisprudencial a respeito; e, quando menos, pela aplicação analógica de sua função de ponderação, conclui-se que os critérios de proporcionalidade podem e devem ser usados para ponderar a igualdade no direito do trabalho.

devedor, para sua sobrevivência e de sua família, e, ao mesmo tempo, determinando a constrição de uma pequena parte do montante para assegurar o direito do credor trabalhista, que nada mais é do que aquele salário impago pelo devedor na época oportuna. Porto Alegre, 02 de outubro de 2008. JUÍZA CONVOCADA REJANE SOUZA PEDRA Relatora

⁴⁶⁵ **BRASIL**. RIO GRANDE DO SUL. TRT4ª REGIÃO. Proc. 0136900-86.2007.5.04.0008 RO; recorrente PAULA LISIANE KAISER PAIM e recorrido MILÊNIO RIO GRANDE DO SIL ALIMENTOS LTDA.. EMENTA: Gravidez. Estabilidade provisória. Momento da configuração. A circunstância de a confirmação da gravidez ter ocorrido após a demissão não altera o direito da obreira. A estabilidade da empregada decorre do fato de estar grávida, e decorre da proteção à maternidade, relacionada com o direito à vida assegurado constitucionalmente. Em virtude dessa **ponderação de direitos e liberdades** é que se restringe o direito do empregador que, ao dispensar sua empregada, sem saber que ela está grávida, tem mesmo assim o dever de reintegração/indenização e de respeito à estabilidade, face à preponderância inquestionável do direito à maternidade e do feto a um nascimento digno. Mais do que uma garantia da trabalhadora, a estabilidade da gestante também é um **direito fundamental** da criança que, pelo menos neste período poderá contar com recursos para sua subsistência. Ademais, trata-se uma cláusula intangível de proteção da família e da saúde pública, direitos de inquestionável indisponibilidade absoluta [...] Porto Alegre, 14 de abril de 2010 (quarta-feira). JUIZ CONVOCADO FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO Relator.

⁴⁶⁶ LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Tradução do Dr. Manuel de Alarcão. 5ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002. p. 112: “A primazia absoluta da lei e as deficiências dessas fontes subsidiárias fazem com que o intérprete, se não encontra lei *exatamente* aplicável ao ponto controvertido, procure remediar a sua falta construindo uma norma a partir de elementos dados pela própria lei. É o famoso método da *analogia*, que desempenha um papel importante na aplicação do direito. A analogia fundamenta-se no entendimento de que dum norma legal ou do conjunto delas podem extrair-se princípios que são aplicáveis a casos que não estão previstos na lei, nem sequer implicitamente, mas que, por apresentarem uma semelhança substancial com os contemplados nos textos legais, devem ter as mesmas soluções.”

⁴⁶⁷ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 293.

3.2.4 Análise da aplicação da proporcionalidade em casos concretos

A aplicação do princípio da proporcionalidade deve seguir os três aspectos do princípio, passo a passo, com muito cuidado. Isso porque, como adverte Humberto Ávila, o caráter trifásico da proporcionalidade apresenta aspectos pouco claros, os quais devem ser elucidados; caso contrário, um conceito que foi criado “para combater a prática de atos arbitrários, [poderá] funcionar, paradoxalmente, como subterfúgio para a prática de atos arbitrários”⁴⁶⁸. Assim, em nome da *adequação*, o meio deve contribuir para o fim visado; quanto à *necessidade* da medida a ser adotada pelo estado, deve ela ser a menos gravosa ao particular dentre todas aquelas disponíveis; por fim, ser *proporcional em sentido estrito* significa “proporcionar vantagens superiores às desvantagens”.⁴⁶⁹ Os dois primeiros subprincípios – adequação e necessidade – se referem às “possibilidades fáticas” de realização do(s) princípio(s) em tela; a *proporcionalidade stricto sensu* diz respeito à “possibilidades jurídicas” dessa efetivação, implicando uma lei de ponderação.⁴⁷⁰ Dessa maneira, passa-se a examinar essa averiguação trinar, conforme lições do autor pátrio.

3.2.4.1 Exame da necessidade

Para análise dessa faceta da proporcionalidade, o que deve ser observado é a possível existência de outros meios menos gravosos que levem ao mesmo fim proposto. Para tal, se contrapõem as formas de agir analisando, em primeiro lugar, se ambas - ou todas - são igualmente adequadas; depois, em caso positivo, examina-se qual delas seria a menos restritiva.⁴⁷¹ Deve-se apontar que, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes, o exame da necessidade é mais relevante do que o de adequação. Isso porque, se for confirmado que o meio é *necessário*, não poderá ter exame de adequação, pois não será mesmo possível evitar a manutenção da norma;

⁴⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl.e atual. São Paulo: Malheiros, 2008a. p. 162.

⁴⁶⁹ Id. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 373, abr./jun. 2004b.

⁴⁷⁰ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b. p. 171.

⁴⁷¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008a. p. 170.

por outro lado, se for desnecessário, o resultado da adequação será irrelevante, pois se deverá buscar o meio menos gravoso. Em suma: “o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*”.⁴⁷² De qualquer forma, o ato só será declarado inválido se for manifesto que outro meio levaria ao mesmo fim de maneira muito menos gravosa; “caso contrário deve prevalecer a opção encontrada pela autoridade competente”.⁴⁷³

3.2.4.2 Exame da adequação

Esse aspecto da proporcionalidade se refere a uma relação entre “meio” e “fim”; deve-se examinar se a norma - ou sua aplicação - é ou não útil para o fim proposto. Com efeito, para que se alcance certo desiderato, deve-se trilhar um caminho apto a levar a ele. Porém, ainda restam obscuros os limites e medidas desse “meio” a ser utilizado, pois não emerge da relação qual, dentre tantos, é “o adequado” no caso concreto, pois, dentre tantas outros, vários deles podem promover o fim visado em maior, menor ou igual medida.

Em verdade, não há “o meio” a ser utilizado, pois tem a administração pública discricionariedade e liberdade bastantes para escolher “um meio que simplesmente promova o fim”, sendo impossível exigir da mesma o melhor deles, até pela impossibilidade de se antecipar tal resultado.⁴⁷⁴ Assim, da mesma forma que no exame da necessidade, só haverá declaração de invalidade se houver evidente incompatibilidade entre meio e fim será declarado nulo o ato administrativo.

3.2.4.3 Exame da proporcionalidade *stricto sensu*, ou “justa medida”

Humberto Ávila têm concepção bastante restrita a respeito desse aspecto da proporcionalidade, sustentando que sua análise “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.”⁴⁷⁵ Pegando-se emprestado o clichê, seria apenas conferir “se os fins

⁴⁷² MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 366.

⁴⁷³ ÁVILA, op. cit., p. 170-171.

⁴⁷⁴ Ibid., p. 166-170.

⁴⁷⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008a. p. 173.

justificam os meios”. No entanto, o próprio autor ressalva que “é plausível enquadrar a proibição de excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito”. Sobre tal opção, cita as lições de Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso e Celso Antônio Bandeira de Mello, concluindo que “não é possível afirmar que esse ou aquele modo de explicar a proporcionalidade seja correto, e outros equivocados”.⁴⁷⁶ Assim, seguindo a doutrina de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, Gilmar Mendes confere à *justa medida* um papel muito relevante e posterior ao exame da *necessidade* e da *adequação*, cabendo ao subprincípio equacionar esses dois outros entre si em vista do caso concreto. “A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão”.⁴⁷⁷ Esse é o juízo definitivo da máxima da proporcionalidade. Neste trabalho entende-se por correto inserir a análise da proibição de excesso e razoabilidade na justa medida – *proporcionalidade stricto sensu* - .

Ainda a respeito da inclusão da razoabilidade na análise da justa medida, vale lembrar a lição de Chaïm Perelman a respeito do que é ou não razoável em direito. Inicia o mestre por afastar esse conceito daquele de “racionalidade”, o qual sempre esteve ligado à “revelação” do direito natural, à “reta razão” de que falava Cícero, etc. O “razoável” é, na verdade, algo bem mais mundano. Ele estará presente quando ficar claro que, dentre várias soluções possíveis, foi escolhida uma delas que resolve suficientemente o problema. Ou seja: há várias formas de ser razoável, embora exista “um limite para essa tolerância, e é o desarrazoado que não é aceitável”.⁴⁷⁸ Portanto, não se exige que a decisão seja a melhor daquelas dentre tantas; para que seja ela “razoável”, basta que seja aceitável, não configurando abuso de qualquer espécie. Cita-se o exemplo de Guilherme Guimarães Feliciano: “não é razoável supor que os ex-empregados de uma dada empresa tenham espontaneamente se demitido e constituído uma cooperativa entre si para, a partir do mês seguinte, prestar serviços à mesma empresa”, o que geraria flagrante

⁴⁷⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008a. p. 160.

⁴⁷⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*, p. 68, apud MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 367.

⁴⁷⁸ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 432.

prejuízo para eles próprios; nesse caso, é razoável se presumir fraude.⁴⁷⁹ Da mesma forma, não há verossimilhança na alegação de que um empregado recebesse percentual de comissões idêntico àquele que representantes comerciais autônomos percebem na mesma empresa, pois não seria razoável supor que um empregado registrado - com salário, FGTS, férias, 13º, etc. - auferisse o mesmo percentual de comissão de um autônomo - o qual só recebe esta única verba.

Não obstante, retornando à doutrina de Humberto Ávila, recorda-se sua advertência de que a análise da “justa medida” é difícil porque eivada de grande subjetividade.⁴⁸⁰ De fato, muitos poderão defender - com convicção igualmente sincera e intensa -, que “é” ou “não é” viável sofrer certa restrição de direitos em nome de determinado benefício. Por outro lado, é fato que as decisões embasadas em princípio têm “forte coloração política”, visto que costuma se embasar em “valores ou referência amplas que transcendem a legislação em sentido estrito, [sendo que, como diria Dworkin, o juiz está] legislando nesses casos”⁴⁸¹. Assim, embasado nessa inevitável índole subjetiva e/ou política, permite-se este trabalho propor como critérios possíveis para exame da proporcionalidade em sentido estrito aqueles de Javier Hervada acima transcritos. Assim, se a “justa medida” é um “controle de sintonia fina” que indica ou não a exatidão da solução encontrada através de uma “rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador”,⁴⁸² para que “o meio proporcione vantagens superiores às desvantagens”.⁴⁸³

3.2.4.4 Análise da proporcionalidade do princípio da igualdade

⁴⁷⁹ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, n. 916, jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7795>> . Acesso em: 23 ago. 2010.

⁴⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁸¹ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Ronald Dworkin e a dissolução da oposição jus naturalismo e positivismo jurídico**. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo6.htm>> Acesso em: 08 set. 2010. p. 2.

⁴⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 50-51.

⁴⁸³ ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 236 , p. 373, abr./jun. 2004.

Lothar Michael sustenta que são diferentes os passos para análise do princípio da proporcionalidade, conforme se trate de caso de proibição de excesso, de insuficiência ou de ameaça ao princípio da igualdade. No que tange à primeira situação, o autor coloca que se analisará sempre a “adequação” - ou “idoneidade”, pela qual se observa se o meio pode levar ao fim proposto -; a “necessidade” da medida - o que responderá se existe meio mais atenuado a ser utilizado -; e, por fim, a “proporcionalidade em sentido estrito”, quando serão ponderadas as vantagens e desvantagens da medida.⁴⁸⁴

No que diz respeito à “proporcionalidade como proibição de insuficiência em deveres de proteção jurídico-fundamentais”, o autor aponta como critérios para análise da proibição de insuficiência: “consideração do meio e da finalidade limitada”; “adequação”; “efetividade” - ao invés de necessidade; “conveniência de proteção”. Não obstante, impende apontar que Michael inicia por advertir que, mesmo que o Tribunal Constitucional Federal Alemão incline-se para uma resposta positiva a esse respeito, ainda “duvidoso é se de direitos fundamentais se deduz deveres de proteção e se também estes devem ser cumpridos proporcionalmente”.⁴⁸⁵

Por fim, quanto à “proporcionalidade como barreira dos princípios da igualdade” – referindo-se ao artigo 3 da Lei Fundamental da República Federal Alemã -, Michael diz que tal exame também não é indiscutível; não obstante, muito acontece, sendo que há vários critérios propostos pela doutrina para fazê-lo. O autor sugere passos para isso e, no que tange à prática jurisprudencial a esse respeito, expõe:

Na jurisprudência não se pode, para a proporcionalidade, no quadro do artigo 3 I da Lei Fundamental, descobrir um esquema de argumentação claro. Que ela não distingue entre os três passos, idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito, poderia indicar a isto, que aqui se trata de outra estrutura de argumentação.⁴⁸⁶

Nesses termos, tendo em vista a ausência de concórdia entre doutrinadores e julgadores, partindo eles de diferentes critérios e métodos para exame da

⁴⁸⁴ MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. In: HECK, Luiz Afonso. (Org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a. p. 189-196.

⁴⁸⁵ Ibid., p. 196.

⁴⁸⁶ Ibid., p. 200.

proporcionalidade da igualdade, neste trabalho será defendido que, no âmbito do direito do trabalho, para análise da relação entre isonomia e proteção ao hipossuficiente, deve-se proceder a análise da “necessidade” e da “proporcionalidade *stricto sensu*”.

3.3 A PROTEÇÃO AO HIPOSSUFICIENTE NO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

3.3.1 O fundamento e o fim do ramo jurídico laboral

Conforme Jean-Emmanuel Ray, “o direito laboral repousa sobre uma visão moral da vida em sociedade [, pois] o trabalho humano não pode ser considerado uma mera mercadoria.”⁴⁸⁷ Assim, nasceu o ramo jurídico para auxiliar o homem na defesa contra abusos contratuais e leis de mercado, pois trabalhar significa emprestar tempo de vida e a própria energia em favor de outrem, o que não pode culminar em submissão indigna. Não obstante a eventual pobreza material do trabalhador, nele deve permanecer “a consciência do caráter sublime da sua disposição moral (consciência que está já contida no conceito de virtude); e esta autoestima é um dever do homem para consigo próprio”.⁴⁸⁸ Por isso, nasce o direito do trabalho, dando meios aos obreiros para cumprir seu dever imanente, protegendo e respeitando sua invendável e insubstituível dignidade humana.⁴⁸⁹ Para esses vale a lição de Lacordaire: “Entre o forte e o fraco, é a liberdade que oprime e a lei que liberta.”⁴⁹⁰

Em nossos dias, no âmbito do direito individual do trabalho, onde são nítidas as diferenças de condições entre empregado e empregador, as leis laborais visam

⁴⁸⁷ RAY, Jean-Emmanuel. **Aborder le droit du travail**. Paris: Seuil, 1998. (Collection Mémo 107). p. 4. (O fundamento de tal afirmação tem origem no fato de que a pessoa humana está acima de qualquer preço, sendo o homem um fim em si, portador de dignidade intrínseca absoluta e em condição de igualar-se a qualquer um de sua espécie. Cf.: KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, apresentação e notas de José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian. Porto, 2005a, p. 367.)

⁴⁸⁸ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, apresentação e notas de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005a. p. 367-368.

⁴⁸⁹ Id. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005b. p. 77: “No reino dos fins, tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.”

⁴⁹⁰ RAY, Jean-Emmanuel. **Aborder le droit du travail**. Paris: Seuil, 1998. (Collection Mémo 107). p. 4.

construir “uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia - o obreiro -, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”.⁴⁹¹ Por essas razões o direito laboral individual se diferencia sensivelmente do direito civil: Visando ele a “(re)composição social e econômica” através do equilíbrio entre os fatores capital e trabalho, bem como revelando seu caráter *essencialmente* tuitivo - enquanto o ramo civil apenas *eventualmente* assim o é -, o direito individual do trabalho emite uma gama de princípios próprios, frutos de sua natureza singular,⁴⁹² não obstante ocorra no interior do sistema jurídico a eventual circulação de princípios por outros ramos alheios à sua origem.

Portanto, ao menos para a maior parte da doutrina, o essencial do direito individual do trabalho, é o “princípio da proteção”, o qual permite ao trabalhador a manutenção de um contrato de trabalho com garantias legais em seu favor. Se acaso necessário, permite-lhe também litigar com seu (ex-)empregador em razoável igualdade de condições. De acordo com Américo Plá Rodriguez, essa proteção se consubstancia de três maneiras distintas. São elas: a.) *in dubio, pro operario*, o que significa escolher o sentido mais favorável ao trabalhador dentre as possíveis interpretações de uma norma; b.) *aplicação da norma mais favorável* ao empregado, acaso existam outras aplicáveis ao caso; c.) “condição mais benéfica”, regra essa que determina a não aplicação de uma nova norma que eventualmente venha a piorar a situação do empregado.⁴⁹³ Esta última abrangência do princípio se situa no contexto do “princípio do não retrocesso social”, o qual tem abrangência maior, referida aos direitos fundamentais.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 198.

⁴⁹² FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, n. 916, jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7795>> . Acesso em: 23 ago. 2010.

⁴⁹³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, Edição da Universidade de São Paulo, 1978. p. 42-43. “Entendemos que este princípio se expressa sob três formas distintas: a) a regra *In dubio, pro operario*. Critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador; b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas; e c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador”.

⁴⁹⁴ DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira ; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais**: fundamentos,

Representativo da proteção ao trabalhador é o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho - Dec. Lei Nº. 5.452/43 -, no qual se vislumbra como fontes formais do direito do trabalho: a jurisprudência; a analogia; a equidade; “outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho”; os usos e costumes; o direito comparado - sempre privilegiando o que a norma denomina (de maneira difusa) interesse público.⁴⁹⁵ Dessas fontes pode o intérprete se socorrer em caso de lacuna no direito laboral; principalmente dos “princípios do direito do trabalho”, os quais têm papel preponderante (“principal”) na integração de lacunas legais, estando em posição imediatamente anterior àquela dos princípios gerais do direito. Também o parágrafo único da norma referida ressalva que o direito comum só será fonte subsidiária do direito laboral acaso esse não seja incompatível com os “princípios fundamentais” do direito do trabalho.

Interessante ainda observar que, no entender da maior parte da doutrina, o “princípio da proteção” acaba por deitar por terra uma suposta ordem hierárquica que a norma parece deixar aparentar, pois, ao preencher lacunas legais do direito laboral, o intérprete não seguirá ordem alguma; em verdade, ele buscará a “norma mais favorável” ao trabalhador, seja ela a lei, o princípio geral ou mesmo os “usos e costumes”. No ramo jurídico, “a pirâmide kelseniana não é aplicável, pois sempre ocupará o vértice a norma mais favorável”.⁴⁹⁶ A diferença entre o direito do trabalho e o civil decorre do aspecto finalístico/protetor daquele, pelo qual sempre “aplicar-se-á

judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 367: “O princípio da proibição de retrocesso social veda ao legislador subtrair da norma constitucional definidora de direitos sociais o grau de concretização já alcançado, prejudicando sua exigibilidade. [...] haverá retrocesso social quando o legislador, comissiva e arbitrariamente, retornar a um estado correlato a uma primitiva omissão inconstitucional ou reduzir o grau de concretização de uma norma definidora de direito social.”

⁴⁹⁵ SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho**: comentada, 40. ed. atual. e rev. e ampl. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2007. p. 73: 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. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. (“Na pesquisa e conceituação das fontes formais, procura-se o fenômeno de exteriorização final das normas jurídicas, os mecanismos e modalidades mediante os quais o Direito transparece e se manifesta. Portanto, são fontes formais os meios de revelação e transparência da norma jurídica – os *mecanismos exteriores e estilizados pelos quais as normas ingressam, instauram-se e cristalizam-se na ordem jurídica.*” DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 141.)

⁴⁹⁶ ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996. p. 112.

ao caso concreto [...] a norma mais favorável ao empregado”.⁴⁹⁷ Essa característica implica alguns problemas bastante relevantes, a começar por saber qual seria “a norma mais favorável”, pois o que é melhor agora, pode deixar de ser em futuro próximo; ou o que é preferível para um só empregado, pode ser nefasto para a coletividade dos trabalhadores. Só o caso concreto pode mostrar o melhor caminho. Porém, é certo que, em qualquer situação, sempre haverá prevalência do interesse público acima do privado.⁴⁹⁸

3.3.2 Ausências, relativizações e críticas ao aspecto tutelar do direito laboral

3.3.2.1 O direito coletivo do trabalho: um campo de negociação entre iguais

Em havendo igualdade de condições entre as partes de uma relação jurídica, torna-se desnecessária uma tutela como aquela oferecida pelo princípio da proteção. Essa ausência se observa no âmbito do direito coletivo do trabalho, no qual não vigora o princípio da proteção, visto que nele se estabelecem relações entre entidades coletivas de patrões e trabalhadores. Isso porque, “através de entidades associativas, grupais, os empregados ganharam caráter de ser coletivo, podendo se opor com maior força e eficiência políticos-profissionais ao ser coletivo empresarial”⁴⁹⁹. Por essa razão “inexiste proteção, no sentido em que a doutrina quase unânime emprega o vocábulo, quanto à regulação das relações coletivas de trabalho.”⁵⁰⁰

Ou seja: no embate entre sindicatos, não há um hipossuficiente, não havendo a quem proteger; não obstante, o ramo jurídico também tem como fim último a “melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem

⁴⁹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 178. (Embora sem fazer referência direta ao Princípio da Proteção, Eduardo Gabriel Saad também sustenta que “A ordem observada no artigo [8º] não revela, de forma alguma, a maior ou menor importância daqueles recursos. Não significa, outrossim, que o intérprete e o aplicador da lei devam socorrer-se, em primeiro lugar, da jurisprudência, porque figura na cabeça da lista e, depois da analogia e assim por diante. Em face de cada situação concreta, este ou aquele instituto ou processo será considerado o mais adequado.” (cf. SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho: comentada*. 40. ed. atual. e rev. e ampl. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2007. p. 76.)

⁴⁹⁸ ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996. p. 112p. 112-113.

⁴⁹⁹ DELGADO, op. cit., p. 1285.

⁵⁰⁰ ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003. p. 24.

socioeconômico”, o que se obtém *in casu* “através de efetiva transação coletiva, em que se concedem, reciprocamente, vantagens às partes coletivamente representadas”.⁵⁰¹ Em outros termos, a negociação coletiva se faz entre iguais, configurando uma relação de “justiça comutativa”, como se pode inferir v.g. do art. 7º, VI da Constituição da República, o qual determina a “irreducibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”; no âmbito do contrato individual do trabalho, território onde impera a “justiça distributiva” jamais poderia ser estabelecido uma redução salarial, como se denota da própria norma constitucional e do art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual veda a alteração contratual lesiva ao empregado “nos contratos individuais de trabalho”.⁵⁰² Ainda como exemplo dessa distinção entre os ramos *jus laborais* pode-se citar a Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho,⁵⁰³ a qual afasta a integração definitiva de direitos advindos de sentença normativa, diferentemente do que ocorre no plano da eficácia do contrato individual de trabalho, cf. art. 457, § 1º da CLT⁵⁰⁴. Nota-se que, nas relações de igualdade entre dois sindicatos, estão ambos sob a égide da “justiça comutativa”; por outro lado, os contratos individuais de trabalho - os quais são marcados pela subordinação jurídica de uma parte à outra - devem ser vistos sob a ótica da “justiça distributiva”. Em razão dessa diferença principiológica, esta dissertação se atém ao direito individual do trabalho.

⁵⁰¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1289.

⁵⁰² SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho: comentada*. 40. ed. atual. e rev. e ampl. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2007. p. 507: “CLT - Art. 468 – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”

⁵⁰³ **BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. “Sentença normativa. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho.** - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos. – (1988) “TST Súmula nº 277 - Res. 10/1988, DJ 01.03.1988 - Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003”

⁵⁰⁴ SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho: comentada*. 40. ed. atual. e rev. e ampl. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2007. p. 487: “CLT – Art. 457, § 1º - Integram o salário, não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador.”

3.3.2.2 Normas e súmulas relativizando a proteção

Existem várias normas laborais que relativizam a proteção ao empregado, sendo a mais notável – e mais relacionada ao entendimento de José Martins Catharino –, o art. 62, II da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual exclui do regime horário previsto os gerentes – “os exercentes de cargos de gestão [, bem como] diretores e chefes de departamento ou filial”; com isso, esses profissionais estão mais próximos do empregador, exercendo funções que envolvem fidúcia, razão pela qual se justifica a relativização estabelecida pela própria CLT, cujo art. 224, § 2º trata da mesma maneira os gerentes bancários. Também a jurisprudência reforça essas diferenciações, notoriamente as súmulas 269 e 287 do Tribunal Superior do Trabalho.⁵⁰⁵ Em razão de sua condição ainda mais diferenciada, o diretor da sociedade anônima eleito pela assembleia de acionistas pode manter relação alheia a de emprego, visto tratar-se de órgão estatutário da empresa.⁵⁰⁶ Observa-se que essas normas e entendimentos existem e aplicam-se embora exista o art. 7º, XXXII da Constituição da República, o qual proíbe “distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”. Tal acontece em razão de que a *generalidade* da norma – seu caráter universal e abstrato - e a *equiparação* que ela estabelece - tratando igualmente situações com diferenças que se presumem irrelevantes - convivem com a possibilidade de outras normas estipularem *diferenciação* entre os trabalhos e trabalhadores, desde que fundamentadas em critérios relevantes e não arbitrários ou discriminatórios. Dessa maneira, normas como essas demonstram a correção da ressalva de José Martins Catharino, pois minoram a proteção conferida àqueles que menos dela precisam.

Ainda sobre a minoração da proteção àqueles que prestam serviços em melhores condições, faz-se necessário examinar o notável conceito de *parasubordinação*, o qual se refere ao “trabalho autônomo economicamente dependente”. É esse um meio-termo entre o empregado subordinado e aquele que presta serviços com total independência e assunção de riscos a ele inerentes. Trata-

⁵⁰⁵ SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das Leis do Trabalho: comentada . 40. ed. atual. e rev. e ampl. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2007. p. 1245-1246.

⁵⁰⁶ CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**: legislação complementar: jurisprudência. 29. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 37.

se de uma realidade presente que, a rigor, não se insere nem no primeiro conceito, nem no segundo, restando certa espécie de labor em uma zona *gris*, na qual não poderia ser o trabalhador defendido pelo direito laboral ao mesmo tempo em que não goza ele das benesses da independência econômico-laboral.⁵⁰⁷ A “representação comercial”, quando prestada sob certas condições, pode configurar tal situação. Hoje, quando um representante comercial ingressa com uma reclamatória trabalhista buscando a declaração de vínculo empregatício com base na realidade dos fatos, o resultado da demanda é sempre excelente para uma das partes e trágico para a outra: ou a ação movida é improcedente, e o autor nada perceberá em razão do trabalho que exerceu, ou é procedente, garantindo ao prestador de serviços um considerável *quantum* financeiro ao perceber os “consectários da relação de emprego declarada” – como férias indenizadas com 1/3 e em dobro, fundo de garantia, multa de 40% e outras verbas resilitórias, etc. Nesse contexto, merece toda a atenção o exemplo da Espanha, a qual aprovou o “Estatuto do Trabalho Autônomo” - Lei 20/2007-, o qual conceitua o trabalho *parasubordinado* levando em conta a prestação de serviços “predominante para uma pessoa física ou jurídica, denominada cliente, desde que dela dependa economicamente por receber ao menos 75% de seus rendimentos de trabalho”. A lei estipula outras condições e requisitos para que se configure a *parasubordinação*. Aquela prestação de serviços que estiver inserida no conceito será exercida com maior liberdade e independência e com a exclusão de alguns direitos do empregado propriamente dito.⁵⁰⁸ O Brasil ainda não discute uma legislação nesse sentido, o que se espera logo venha a acontecer.

3.3.2.3 Críticas ao princípio da proteção

Arion Sayon Romita rejeita o caráter protecionista do direito do trabalho, argumentando que nenhum ramo do direito protege de antemão um ou outro sujeito das relações sociais, embora seja possível o direito atuar visando alcançar o equilíbrio entre as partes. Assim: “Não é função do direito do trabalho proteger o

⁵⁰⁷ DA SILVA, Sayonara Grillo C. Leonardo. Duas notas sobre novas tutelas laborais no multifacetado desenho do mundo do trabalho contemporâneo. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 74, n. 3, p. 123-124, jul./set. 2008.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, 2008.

empregado. Função [sua] é regular as relações entre empregado e empregador, *tout court*. Afirmar *a priori* função protecionista [...] desconhece a bilateralidade da relação de emprego” e o caráter sinalagmático do contrato de trabalho.⁵⁰⁹ Aponta então o autor quatro possíveis visões do “princípio da proteção”: sob um ângulo *marxista*, é ele direcionado em prol do empregador, visto que todo o direito do trabalho é mera concessão da burguesia industrial ao proletário, tornando mais possível e perpetuando sua exploração; sob um enfoque *fascista*, o trabalhador é um mero fator de produção em atuando em nome do Estado, o qual é verdadeiro beneficiário da proteção que aparentemente resguardo o trabalhador; do âmbito *pragmático*, pode-se dizer que os que usufruem da proteção são justamente aqueles que a oferecem, uma vez que mantém o poder sobre seus favorecidos; por fim, o autor afirma que o modo *realista, democrático* de vislumbrar a proteção deve ser no sentido de eliminar desigualdades, alcançando-se a igualdade material através do entendimento recíproco entre a classe patronal e a trabalhadora.⁵¹⁰

3.3.3 Os novos princípios do direito individual do trabalho e sua estrutura em nossa ordem jurídica

A obra de Américo Plá Rodriguez instrumentalizou toda a doutrina do direito laboral na América Latina, da mesma forma que o espanhol Miguel Hernaiz Marques consolidou os princípios do direito do trabalho na Europa Ocidental.⁵¹¹ Suas obras têm relevância e influência indiscutíveis. Porém, há algumas observações a serem feitas a respeito. Em primeiro lugar, é fato que a lapidar obra de Américo Plá Rodriguez, a qual consolidou os princípios do direito do trabalho na América do Sul, foi escrita “no segundo lustro da década de setenta [, o que] provoca a reflexão sobre a atualidade de tais princípios, em tempos de liberalismo econômico e progressiva globalização dos direitos humanos”. Além disso, em vista de sua autopoiese, o sistema jurídico gerou outros princípios do direito laboral, os quais não

⁵⁰⁹ ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003. p. 23.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 29-31.

⁵¹¹ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, n. 916, jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7795>> . Acesso em: 23 ago. 2010.

poderiam ser examinados àquela época pelo autor uruguaio.⁵¹² Tudo isso vale também para a obra de Hernainz Marques, a qual foi escrita ainda antes.

3.3.3.1 A relação de trabalho como compromisso bilateral

A moderna doutrina portuguesa tem debatido a notória crise que o Direito Laboral vive no alvorecer deste século. Para sua solução, Maria do Rosário Palma Ramalho elege pontos de uma necessária “reforma trabalhista”: melhor adequação do ramo jurídico aos novos modelos de gestão empresarial e novos perfis de trabalhadores – por exemplo: teletrabalhadores e parasubordinados -; maior dinamicidade à negociação coletiva; manutenção dos direitos e garantias laborais em seu núcleo essencial e criando-se novas e modernas tutelas. Embasada no fato de que os princípios são subjacentes a outras normas de seu tempo, essa busca de modernização tem revelado novos princípios de direito laboral e ainda fazendo com que aqueles antigos se alterem substancialmente, tudo para que a essência do direito laboral permaneça real e palpável em nossa realidade. Dessa maneira, a autora portuguesa aponta novas normas estruturantes, como o princípio “do coletivo” e o “da autotutela laboral”. Além disso, a autora confere uma novíssima feição à norma de tutela laboral, inclusive colocando-a ao lado do “princípio da salvaguarda dos interesses de gestão” para que ambos sejam dupla face do “princípio da compensação da posição debitória complexa das partes no contrato de trabalho”.⁵¹³ Sem dúvida, trata-se de uma mudança radical na estrutura da norma, uma vez que afirma a professora portuguesa:

No estágio atual de evolução dogmática do Direito do Trabalho nacional e tendo como base o respectivo sistema normativo, podem reconhecer-se três grandes valorações materiais orientadoras desta área jurídica:

- o *princípio da compensação debitória complexa das partes no contrato de trabalho*, que tem duas vertentes: o *princípio da proteção do trabalhador* e o *princípio da salvaguarda dos interesses de gestão*;
- o *princípio do coletivo*, que evidencia a onipresença do elemento coletivo na área jurídica;

⁵¹² FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, n. 916, jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7795>> . Acesso em: 23 ago. 2010.

⁵¹³ Ibid.

- o *princípio da autotutela laboral*, que evidencia a capacidade de sustentação do sistema laboral em prossecução dos seus interesses e sem dependência da jurisdição exterior.⁵¹⁴

Não obstante, cabe apontar que, mesmo com a economia globalizada após três revoluções industriais; mesmo com as novas tecnologias; mesmo com a duvidosa argumentação de que o direito e a justiça do trabalho seriam “entraves ao progresso”; mesmo com tantas novidades e ataques, o princípio protetor continua com a mesma força d’antanho. Talvez até maior, considerando este momento em que o princípio da dignidade da pessoa humana cada vez mais se consagra como norma *matter* das mais celebradas ordens constitucionais;⁵¹⁵ certamente, vem esse princípio impregnar também o direito laboral, instrumentalizando a tutela ao trabalhador com renovada grandeza. Não obstante, como já se demonstrou no tópico anterior, o direito do trabalho tem revelado novos princípios e ainda novas feições para aqueles já diagnosticados anteriormente. Dentre estes, é possível dizer que a norma que mais se modificou, vindo a adquirir grande complexidade, é justamente o princípio da proteção ao trabalho.

Assim, parte da doutrina europeia do direito laboral vem enfatizando o caráter compromissório, e não tutelar, do ramo jurídico.⁵¹⁶ Trata-se de uma alteração substancial. Como se pode aferir da transcrição acima, Maria do Rosário Palma Ramalho sustenta que, em nossos dias, o “princípio da compensação devida complexa das partes no contrato de trabalho” consubstancia a realidade compromissória-bilateral da relação laboral, uma vez que pode a norma se manifestar tanto como “proteção ao empregado” como “salvaguarda dos interesses de gestão”. Ou seja: ambos os polos da relação de empregado são dignos de proteção/salvaguarda; há uma via de mão-dupla: o trabalhador mantém intacta toda sua teia protetiva; porém, a essa é contraposta a garantia dos interesses do

⁵¹⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho**: Parte I – Dogmática Geral. 2 ed. Atualizada ao Código do Trabalho de 2009. Coimbra. Edições Almedina, 2009. p. 509.

⁵¹⁵ GÊNOVA, Leonardo de. **O princípio da proteção no século XXI**: os novos desafios do trabalhador brasileiro. São Paulo: LTr, 2009. p. 81-84.

⁵¹⁶ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, n. 916, jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7795>>. Acesso em: 23 ago. 2010. p. 6: Bernd RÜTHERS e Gérard LYON-CAEN são apontados como principais defensores do suposto caráter compromissório do Direito Laboral; também é citado Jean-Claude JAVILLIER, embora seu posicionamento a respeito seja menos entusiasta.

empregador, inclusive através do “subprincípio da colaboração entre as partes no contrato de trabalho”, o qual firma um caráter de reciprocidade, de compromisso entre as partes.⁵¹⁷

Tais lições a respeito do “caráter compromissório” do contrato de trabalho têm profunda relação com dois pressupostos da teoria das obrigações. Um deles é o conceito de “boa-fé objetiva”,⁵¹⁸ princípio geral do direito que envolve a “obrigação recíproca de cumprir com lealdade e confiança o conteúdo do contrato”;⁵¹⁹ outro pressuposto é o “caráter dinâmico” das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, o qual se protraí no tempo em diferentes fases interdependentes, as quais vão surgindo no decorrer da prestação de serviços.⁵²⁰ Nesses termos, enquanto “compromisso” entre as partes da relação laboral, a boa-fé objetiva incide em todas as fases do contrato de trabalho, o qual, por ser de trato sucessivo, apresenta amplo caráter dinâmico,⁵²¹ envolvendo a constante renovação da boa-fé a ser observada entre empregado e empregador. Muitas dessas relações contratuais se estendem

⁵¹⁷ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, n. 916, jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7795>>. Acesso em: 23 ago. 2010. (A esse respeito, vale transcrever a norma do novo “Código do Trabalho Português”, Lei n.º 7/2009 de 12 de fevereiro, Artigo 126: “Deveres gerais das partes 1 — O empregador e o trabalhador devem proceder de boa fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento das respectivas obrigações. 2 — Na execução do contrato de trabalho, as partes devem colaborar na obtenção da maior produtividade, bem como na promoção humana, profissional e social do trabalhador.” Disponível em: <<http://www.sabiasque.pt/files/0092601029.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2011.)

⁵¹⁸ ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996. p. 18-19. A “boa-fé objetiva” já existia em nossa ordem jurídica como princípio geral do direito e em normas esparsas, como o art. 131 do Código Comercial e arts. 14, 17 e 620 do Código de Processo Civil. (Demais disso, com o advento do Código Civil de 2002, o princípio foi positivado no art. 422. *Verbis*: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” BRASIL, **Código civil**. Lei n.º 10.406, de 10-01-2002 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 96.)

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 237. Apesar de alguns artigos da Consolidação das Leis do Trabalho trazerem implícita a idéia de “boa-fé” contratual - como no caso das “justas causas” do empregado ou do empregador -, não há no diploma legal norma que disponha especificamente sobre a boa-fé. De qualquer forma, é impossível interpretar o contrato laboral sem ter em conta os “compromissos” assumidos entre as partes, como aqueles de trabalhar e pagar pelo trabalho. Tais deveres – e outros, nos limites do contrato – envolvem em si as obrigações de lealdade, confiança, respeito, etc.

⁵²⁰ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 20: “Com a expressão ‘obrigação como processo’, tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência.”

⁵²¹ ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996. p. 236.

por anos ou mesmo décadas, razão pela o contrato laboral configura o que Clóvis do Couto e Silva chama “obrigação duradoura em sentido próprio”.⁵²²

Revela-se inegável o notável “caráter compromissório” do contrato laboral, o qual ainda aguarda maior realce por parte dos doutrinadores pátrios, sendo que a sua maioria permanece atrelada às ideias setentistas de Américo Plá Rodriguez, talvez por receio de que tais alterações possam significar a “perda de direitos do trabalhador”. Também pode ser que, mesmo não havendo tal efeito, o complexo debate a esse respeito viesse a ensejar acusações de “retrocesso” em nossa legislação social, possibilidade que sempre pode frear alterações de paradigma - mesmo que essas sejam necessárias -. Porém, é possível que essa postura rígida mantida em nosso país acabe por prejudicar ambos os polos da relação de emprego, uma vez que impede uma maior mobilidade das partes e – pior – sustenta certo maniqueísmo divorciado da realidade, pelo qual qualquer novidade seria nociva ao empregado.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração é que tal postura pode acabar por realimentar uma índole de desconfiança e conflito entre empregado e empregador. Certamente não se está aqui defendendo a passividade em qualquer situação; em havendo qualquer ilegalidade (ou mesmo imoralidade), está justificada a revolta. Porém, em seu convívio normal e saudável, empregado e empregador teriam mais a ganhar se seu vínculo obrigacional ensejasse o caráter compromissório que vem caracterizando o direito laboral europeu, o qual anula certa belicosidade que provém de uma argumentação por proteção a qualquer custo.

Ao se falar de conflitos desnecessários recorda-se a chamada “explosão de litigiosidade” que toma de assalto a sociedade, na forma de aumento exponencial de

⁵²² COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 165-166: “Entre as obrigações duradouras em sentido próprio admite-se, em geral, possam ser incluídas as que nascem da locação, do arrendamento, do comodato, do depósito, do contrato de trabalho e de sociedade. Uma das características desse tipo de vínculo é a maior consideração à pessoa, partícipe do vínculo, como maior intensidade de deveres, resultantes da concreção do princípio da boa-fé. O desenvolvimento do processo [...] findará com o transcurso do prazo ou com a denúncia [, esta vista como] o direito formativo extintivo que pode ser exercido no curso do prazo, desde que motivadamente, conforme o que estabelecido contratualmente; ou mesmo, ao líbito das partes, se o negócio jurídico não tiver prazo determinado e não houver lei que impeça a utilização imotivada do direito de denúncia. Este direito é específico das obrigações duradouras e não se confunde com o de resolução ou de impugnação. Opera-se, com seu exercício, a resilição e extingue-se *ex nunc* a dívida.”

demandas judiciais - fenômeno esse que não pode ser confundido com a saudável e necessária busca de progressos éticos e sociais em sociedades plurais como as que vivemos -. Trata-se aqui não de debates visando solucionar problemas de forma harmoniosa, mas sim do contrário: da busca por litígios que meramente alimentam rugas ao se eleger “um vencedor” mesmo quando o melhor caminho seria a busca da contemporização. Contra esse sensível aumento das demandas, reagem os tribunais com medidas visando a racionalização e a celeridade processual, as quais, ao que tudo indica, não significaram a moderação da litigiosidade, pois esse problema não é “do judiciário” e nem nele poderá ser resolvido, uma vez que suas raízes são políticas, sociológicas e históricas, alheias aos tribunais.

Cabe à sociedade por inteiro a busca da solução para essa escalada de litigiosidade, o que pode se dar por meio da mediação ou do consenso; já o judiciário, deve reforçar suas possibilidades de composição de lides, assumindo seu papel de pacificação social entre iguais/diferentes.⁵²³ A Justiça do Trabalho participa dessa realidade e também pode eleger como seu papel a melhoria das relações interpessoais entre os polos de um contrato de trabalho; além dos direitos do trabalhador, pode-se também defender a melhor convivência entre ele e seu empregador. Outra possibilidade de melhoria da relação entre os pólos da relação de emprego no próprio ambiente de trabalho pode ser o esperado fortalecimento progressivo da novel ISO 26000. Esse admirável documento que estabelece diretrizes que apontam para a responsabilidade social empresarial no que tange às relações laborais e interpessoais. Entre tantas orientações, sobressaem-se no âmbito do trabalho: o fortalecimento da negociação coletiva; a abolição total do trabalho forçado, compulsório, infantil e da discriminação no emprego.⁵²⁴ A recepção e a aplicação dos novos princípios acima citados - com essência bilateral-compromissória -, aliados ao reconhecimento e adoção da responsabilidade social

⁵²³ OLIVEIRA JÚNIOR. José Alcebíades de; BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, RS, v. 3, n. 5, p. 109-134, dez., 2008. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/Index.php/direitosculturais/article/viewFile/66/49>> Acesso em: 30 jan. 2011. .

⁵²⁴ **ABNT NBR ISO 26000** (Norma Internacional ISO 26000 – Diretrizes sobre Responsabilidade Social, cujo lançamento foi em Genebra, Suíça. No Brasil, no dia 8 de dezembro de 2010, a versão em português da norma, a ABNT NBR ISO 26000, foi lançada em evento na Fiesp, em São Paulo) Disponível em: <<http://www.slideshare.net/fdecicco/iso-fdis-26000-traduo>> Acesso em: 10 set. 2011.

em seu aspecto humano-relacional podem ser um bom caminho para as melhorias visadas.

3.3.4 A proteção na pragmática, na dogmática e na doutrina jurídica

3.3.4.1 Uma visão do aspecto tutelar do direito individual do trabalho

Como se afirmou, é quase pacífico que o direito laboral individual visa à proteção do trabalhador, por ser esse o nítido polo hipossuficiente da relação de emprego e porque sua força do trabalho é posta à disposição de outrem. Esses são motivos mais do que suficientes para justificar a aceitação do “princípio protetivo” como um “quase dogma” do direito do trabalho. Efetivamente, no que tange às normas de direito laboral, a ordem jurídica é claramente protetora. As conquistas dos trabalhadores tão arduamente conquistadas devem ser mantidas, ampliadas e jamais perdidas. Tanto que, no direito brasileiro, impera, “como corolário do princípio tutelar, a irretroatividade das nulidades contratuais, desde que lícito o objeto da prestação de serviços”.⁵²⁵ Quanto às normas de direito processual do trabalho, é admirável que sua exegese sofra “forte influência da natureza da norma de direito material”⁵²⁶ - ou de seu princípio cardeal, poder-se-ia dizer -.

O direito é um instrumento para a obtenção da justiça, sendo que “todo [ele] está animado pela ideia de ser necessário tornar a igualdade menos imperfeita e mais efetiva. [...]”.⁵²⁷ Por isso é correto que se busque no ordenamento jurídico a concretização da isonomia e da justiça, usando-se dos instrumentos legais para que se alcance esse desiderato. Como o direito do trabalho leva em sua essência uma índole protetora do empregado – ressalvados entendimentos em sentido contrário -, caracteriza-se o ramo jurídico pelo “princípio da proteção”; por outro lado, “o problema da igualdade está na ordem do dia, cabendo ao Direito do Trabalho vê-lo em cores vivas ao tempo em que abre caminho para ser encontrada uma fórmula

⁵²⁵ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1994. p. 30.

⁵²⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. **O decálogo do processo trabalhista**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 30.

⁵²⁷ CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1951. p. 347.

objetiva para sua solução”.⁵²⁸ No entanto, como se passa a demonstrar, muitas vezes no âmbito jurídico-laboral se estabelece um conflito entre isonomia e princípio da proteção.

A maior parte dos doutrinadores brasileiros do direito do trabalho demonstra extremas reservas em tecer críticas ao princípio da proteção. Certamente esse receio ocorre porque o ramo jurídico está todo estruturado sobre a tutela do trabalhador. Assim, o que normalmente acontece é, no máximo, o jurista se limitar a recomendar prudência na observância do princípio. Ou ainda, quanto ao princípio protetor, diz-se que “não se confronta inconciliavelmente com princípios jurídicos gerais mais fortes externos ao ramo jurídico especializado”⁵²⁹.

Não obstante, alguns juristas enfrentam diretamente a questão, como é o caso de José Martins Catharino, o qual, ao tratar de um dos três aspectos do princípio (*in dubio pro laboratore*), sustenta que há graus para sua aplicação, lição essa que merece ser transcrita *ipsis litteris*:

É regra de aplicação, assim formulada e *comportando graus*. Explicamos. No máximo, em se tratando de *misero*, na acepção legal do termo [...]. Em progressão decrescente, em função da maior remuneração percebida pelo trabalhador. Seria absurdo, p. ex., a aplicação da regra, com igual peso ou intensidade, a casos, mesmo iguais, estando envolvidos empregados ganhando salário mínimo e altos empregados, quase empregadores. Sem dosagem condizente e objetiva a regra seria imprestável e até odiosa.⁵³⁰

Entende-se por “altos empregados” aqueles que ocupam altos cargos, encontrando-se não raramente em situação análoga aos seus empregadores. Gravitam eles em uma zona *gris* da prestação laboral, não raro entre a condição de subordinado e subordinante, como é o caso daqueles que ocupam cargos de direção. Sobre eles, diz Catharino: “a subordinação cresce na proporção inversa do grau hierárquico e o adelgaçamento, diluição ou rarefação do elemento

⁵²⁸ CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1951p. 347.

⁵²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 43.

⁵³⁰ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 94. v.1

caracterizante aumenta na medida em que empregado” ascende na escala empresarial.⁵³¹ Tais empregados costumam estar em situação confortável, na condição de gerentes, diretores, etc., ocupando cargos de confiança. Nessa condição, a subordinação ao empregador se ameniza na mesma medida em que a liberdade, o poder decisório, as boas condições de trabalho e, principalmente, a remuneração aumentam. Pela grande relevância para este trabalho, torna-se necessário uma longa transcrição dessa lição de Catharino inclusa em “O contrato de emprego” - grifos nossos -:

O empregador é, por excelência, o organizador e quem dirige o trabalho alheio dentro da empresa. [Porém,] além da dissociação entre o dirigir e o executar, que exige *subordinação*, mesmo o dirigir, principalmente nas empresas de médio ou grande porte, está sujeito a uma divisão de trabalho. Esta é que determina a existência dos colaboradores do empregador, empregados ou não. Quando a intensidade de colaboração suplanta inteiramente a subordinação, no plano jurídico, desaparece a relação de emprego. Quando, porém, a subordinação apenas é afetada pela colaboração jurídica, que a reduz com o conseqüente acréscimo de autonomia do trabalho, dá-se uma atenuação da primeira, embora não ao ponto extremo de desqualificar a relação de emprego. Esta é a situação em que se acham os **altos-empregados, co-participantes das tarefas empresárias a cargo do empregador, quase empregadores-colaterais**, os quais, por força de suas funções, são menos empregados, e dos simples-empregados, se distinguem até psicologicamente. Irresistivelmente, por naturais inspirações, adquirem certa mentalidade patronal e, **pelos salários elevados que percebem, merecem menor proteção**, sendo que sociologicamente, vão incorporar-se à classe média. Em outro sentido, aburguesam-se, tornam-se conservadores e, muitas vezes, se mostram “antiproletários”. Acomodam-se porque estão satisfeitos com o de que já desfrutam. **A ordem jurídica não pode desconhecer tal situação, sob pena de acolher a injustiça e fomentar a desigualdade. Justo e lógico, portanto, que não se dê aos altos-empregados o mesmo tratamento dado aos empregados comuns, obedecendo-se, aliás, ao princípio da igualdade perante a lei.**⁵³²

Ao falar do Direito Laboral, o autor baiano faz mais uma ressalva, a qual também vem ao encontro da argumentação deste trabalho. Transcreve-se:

⁵³¹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 210.

⁵³² Id. **Contrato de emprego**: com comentários aos arts. 442/510 da CLT. 2. ed. rev. atual. e aum. Guanabara: Edições Trabalhistas S.A., 1965. p. 457.

Nascido e desenvolvido para compensar desigualdade econômica, mediante desigual e proporcional tratamento jurídico, o Direito do Trabalho protege os economicamente débeis, os “hipossuficientes”, na expressão feliz de A. F. Cesarino Júnior, e não os *suficientes*, nem os *hipersuficientes*. Proteção essa que deve ser maior ou menor em função do grau de suficiência dos resultados obtidos com o trabalho; [...]⁵³³

Na verdade, toda essa lição reproduz uma realidade bastante aparente, a qual pode se depreender da própria essência do princípio protetor e Direito Laboral; não obstante, é difícil encontrar tais lições na doutrina. Não se costuma encontrar remissões a esse respeito nos mais celebrados e consultados “manuais” de direito do trabalho disponíveis. A grande maioria das obras se limita a falar no princípio da proteção sem qualquer ressalva.⁵³⁴ Dos mais consagrados doutrinadores pátrios, Orlando Gomes e Élon Gottschalk são dos poucos que ao menos abrem a possibilidade para uma interpretação da norma assemelhada àquela de Martins Catharino. Isso porque afirmam que, não obstante as regras do direito do trabalho se direcionem a todo trabalho humano dependente,⁵³⁵ seu caráter geral é “protecionista de certos indivíduos, [...] em benefício de pessoas economicamente fracas e juridicamente dependentes”;⁵³⁶ *a contrario sensu*, seria então possível argumentar que esse “caráter protecionista” não se dirige àqueles que não estão em tal condição. Porém, isso não é diretamente afirmado. Ao tratar das peculiaridades da boa-fé no contrato de trabalho, Francisco Rossal de Araújo também faz reservas ao princípio da proteção ao empregado. Parte o autor da presunção de hipossuficiência do empregado. No entanto, afirma:

Isso não quer dizer que, em alguns casos, o empregado não esteja em situação de igualdade com o empregador. Na maioria das vezes, o empregado está em posição débil perante seu empregador. Algumas vezes, porém, o empregado possui uma posição

⁵³³ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 152. v. 1

⁵³⁴ A esse respeito, foram consultadas as seguintes obras: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2010; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: [...]. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010; DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007; MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

⁵³⁵ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élon. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 25.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 22.

privilegiada dentro da empresa, tanto no sentido material quanto no sentido jurídico. Não se pode incidir o Princípio da Proteção, com a mesma intensidade, sobre o contrato do operário e sobre o contrato do gerente. **Quanto mais elevada a posição dentro da hierarquia funcional da empresa menor será a incidência do princípio tutelar.** Isso se explica pelo fato de o empregado mais graduado possuir, em princípio, melhores condições de trabalho e de remuneração, além de estar em patamar jurídico mais elevado sob o ponto de vista da negociação das cláusulas contratuais. No fundo, a questão é pertinente ao conflito entre a pessoalidade e a subordinação conforme apreciado, e envolve a noção de justiça distributiva. (negrito nosso)⁵³⁷

Existem também as novas lições de Guilherme Guimarães Feliciano, cujas conclusões a respeito do princípio da proteção em nossos dias devem ser transcritas:

Seguindo a natureza cambiante de tudo quanto existe no Universo (mundo das coisas, dos valores e das ideias), o Direito do Trabalho evolui ao longo das décadas. Admitir essa evolução é se render às evidências dos tempos; negá-la, tencionando a reproduzir “*ad eternum*” um determinado modelo histórico, é render-se à cegueira ideológica. [...] Numa leitura atualizada, o princípio da proteção deixa de ser um borralho paternalista, afirmando-se como “*ratio*” ideológica que deixa raízes na primazia da dignidade humana e se rivaliza com o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão (conquanto esse se subordine àquele nos quadros mais agudos de colisão). [...] Saber assimilar as novas texturas dos princípios gerais do Direito do Trabalho – e, para além disso, testemunhar com serenidade a gestação dos novos princípios – é a pedra de toque para a interpretação e a aplicação competente e humanizadora do arcabouço legislativo em vigor. O Direito é, sim, para o Homem; mas, tal como ele, é também, a um tempo, autor e seguidor dos caminhos do Mundo.⁵³⁸

No que tange ao direito alienígena, diz-se que, em Portugal, o princípio da proteção não aparenta a força que tem no Brasil. É o que se depreende das pequenas remissões à norma nas obras daquele país. Na verdade, essas referências não demonstram grande entusiasmo com o lá chamado *favor laboratoris*, até porque os doutrinadores portugueses nunca admitiram a incidência do princípio

⁵³⁷ ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996. p. 235-236.

⁵³⁸ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, n. 916, jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7795>> . Acesso em: 23 ago. 2010. p. 12.

no que tange à valoração da prova, além de que a moderna doutrina interpreta o conceito de maneira mais restrita, limitando sua aplicação prática.⁵³⁹

Não poderia estar ocorrendo uma (con) fusão entre caridade e justiça no âmbito do direito do trabalho brasileiro? Espera-se que não, pois ambas as virtudes são bem diversas. Para diferenciar ambas, expõe Chaïm Perelman que “a caridade considera os seres como indivíduos e leva em conta suas características próprias,” enquanto a justiça distribui bens considerando os seres como elementos gerais de um conjunto. Enquanto a caridade visa a ajuda a um indivíduo específico, em sua particular grandeza humana, a justiça vê todos aqueles que estão em condição análoga de “necessitado”, não importando neste caso a condição única de cada um.⁵⁴⁰ Ou seja: a justiça confere bens a um grupo uniforme de indivíduos que, pelos critérios escolhidos, são reputados na condição de “necessitados”; já a caridade, é feita em favor de um ou outro, conforme a escolha pessoal daquele que a concede.

3.3.4.2 O princípio da proteção se dirige a todos os “hipossuficientes” da relação laboral?

Outra circunstância a respeito do princípio protetor que deve ser examinada é a seguinte: se é fato incontestável que o princípio tutelar se dirige àqueles “hipossuficientes” - pois a debate aqui é quanto sua incidência em favor dos “suficientes” e “hipersuficientes” -, deve ele ser observado apenas em apoio ao empregado ou também se aplica ao “economicamente débil” empregador? A dúvida procede porque muitas vezes o “empresário” é um pequeno empreiteiro que investe no negócio suas parcas economias, nele usando seu automóvel em péssimas condições. Esses pequenos empregadores oferecem trabalho a dois ou três obreiros e, junto com eles, executam os serviços, aferindo um lucro bastante modesto pela sua condição de “empregador”. Muitas vezes também o dono de um pequeno estabelecimento comercial é vizinho de seu empregado, vivendo em condições equivalentes e frequentando os mesmos ambientes com amigos em comum. Não obstante, quando eventualmente se encontram frente ao juiz do trabalho, são vistos como absolutamente diferentes. Estaria isso correto?

⁵³⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito do trabalho**. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

⁵⁴⁰ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 26.

Respeitosamente, essa forma de ver as coisas parece simples demais; frente aos princípios da justiça distributiva, não é possível equiparar o pequeno empreiteiro ao dono de uma multinacional, ambos em relação a um empregado a quem pagam dois salários mínimos por mês. O empreiteiro está eventualmente aferindo um lucro poucas vezes superior àquela remuneração de seu empregado, com o qual trabalhou junto em condições muitas vezes de companheirismo e coleguismo. Por outro lado, o “auxiliar de serviços gerais” de uma grande empresa, que faça o mesmo trabalho obreiro referido tem como seu “patrão” alguém que, não raro, jamais viu; além disso, o sócio dessa grande empresa afere lucros imensamente maiores do que a remuneração de seu empregado. Pode-se afirmar sem sombra de dúvidas que tratar ambas as situações como “iguais” é produzir injustiça. Não se está aqui advogando em desfavor do princípio da proteção. É inconteste que, por hora, o caminho da justiça laboral passa pelo binômio igualdade/tutela. Porém, tal deve ocorrer em medidas variáveis, com cuidadosa análise do caso concreto.

3.3.4.3 O princípio da proteção na pragmática jurídica

É inegável que, a cada dia, mais se modificam as relações de trabalho. Por isso, cada vez mais a máxima da proporcionalidade deve ser observada ao se aplicar a proteção. Tal deve se dar com cuidado e moderação. Deve-se levar em consideração a atual conjuntura, forçando a mão quando necessário – mormente naqueles contextos de trabalho pesado e mal remunerado -, bem como minorando a proteção ou mesmo afastando-a, se ficar claro que, naquela situação específica, empregador e trabalhador estão equiparados. Essa proteção não pode tampouco fazer desaparecer os demais princípios a serem observados. Após esse indispensável exame, terá ele maior segurança para fazer justiça. Caso contrário, é possível que a virtude se degenere em seu contrário.

Por outro lado, é notório o crescimento e a modernização da Justiça do Trabalho, seja *de per se*, seja acompanhando as mudanças aplicáveis a todo o Poder Judiciário Brasileiro. Com isso, o acesso do empregado à Justiça vem ficando cada vez mais facilitado e ampliado. Também a formação da Magistratura Trabalhista se faz agora também por concurso público no qual deve obrigatoriamente conter

questões versando sobre “noções gerais do direito e formação humanística”,⁵⁴¹ o que representa notório progresso. Por sua vez, o Ministério Público do Trabalho tem hoje maior e mais preponderante papel na proteção ao trabalhador. Na verdade, seu papel curador vai além, pois alcança inclusive aqueles que não estão preparados para trabalhar, enfrentando o trabalho infantil, por exemplo. Há também uma interiorização das Promotorias do Trabalho, o que também vem ao encontro do trabalhador, inclusive promovendo-se grandes operações visando extinguir absurdas situações como aquelas de empregados em condições análogas a escravos. Por tudo isso, é preciso quebrar o – quase - silêncio quanto a eventuais exageros na aplicação do princípio da proteção. Se os doutrinadores do direito do trabalho pouco falam a respeito, é sabido que o cotidiano das varas trabalhistas oferece desses exemplos.

Inicia-se por apontar a seguinte situação: desde 1º/08/2010, a valor teto do depósito necessário para impetrar recurso ordinário é de R\$ 5.889,50 - cinco mil,

⁵⁴¹ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução n.º 75, de 12 de Maio de 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/Index.php?option=com_content&view=article&id=7506:resolucao-no-75-de-12-de-maio-de-2009&catid=57:resolucoes&Itemid=1085> Acessado em: 16/10/2010. A norma “dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional” e, cf. seu Art. 6º, as provas das fases “discursiva” e “oral” obrigatoriamente deverão versar - inclusive - sobre o que dispõe seu ANEXO VI: “NOÇÕES GERAIS DE DIREITO E FORMAÇÃO HUMANÍSTICA: A) SOCIOLOGIA DO DIREITO 1 - Introdução à sociologia da administração judiciária. Aspectos gerenciais da atividade judiciária (administração e economia). Gestão. Gestão de pessoas. 2 - Relações sociais e relações jurídicas. Controle social e o Direito. Transformações sociais e Direito. 3 - Direito, Comunicação Social e opinião pública. 4 - Conflitos sociais e mecanismos de resolução. Sistemas não-judiciais de composição de litígios. B) PSICOLOGIA JUDICIÁRIA 1 - Psicologia e Comunicação: relacionamento interpessoal, relacionamento do magistrado com a sociedade e a mídia. 2 - Problemas atuais da psicologia com reflexos no direito: assédio moral e assédio sexual. 3 - Teoria do conflito e os mecanismos autocompositivos. Técnicas de negociação e mediação. Procedimentos, posturas, condutas e mecanismos aptos a obter a solução conciliada dos conflitos. 4 - O processo psicológico e a obtenção da verdade judicial. O comportamento de partes e testemunhas. C) ÉTICA E ESTATUTO JURÍDICO DA MAGISTRATURA NACIONAL 1 - Regime jurídico da magistratura nacional: carreiras, ingresso, promoções, remoções. 2 - Direitos e deveres funcionais da magistratura. 3 - Código de Ética da Magistratura Nacional. 4 - Sistemas de controle interno do Poder Judiciário: Corregedorias, Ouvidorias, Conselhos Superiores e Conselho Nacional de Justiça 5 - Responsabilidade administrativa, civil e criminal dos magistrados. 6 - Administração judicial. Planejamento estratégico. Modernização da gestão. D) FILOSOFIA DO DIREITO 1- O conceito de Justiça. Sentido lato de Justiça, como valor universal. Sentido estrito de Justiça, como valor jurídico-político. Divergências sobre o conteúdo do conceito. 2 - O conceito de Direito. Equidade. Direito e Moral. 3 - A interpretação do Direito. A superação dos métodos de interpretação mediante puro raciocínio lógico-dedutivo. O método de interpretação pela lógica do razoável. E) TEORIA GERAL DO DIREITO E DA POLÍTICA 1 - Direito objetivo e direito subjetivo. 2 - Fontes do Direito objetivo. Princípios gerais de Direito. Jurisprudência. Súmula vinculante. 3 - Eficácia da lei no tempo. Conflito de normas jurídicas no tempo e o Direito brasileiro: Direito Penal, Direito Civil, Direito Constitucional e Direito do Trabalho. 4 - O conceito de Política. Política e Direito. 5 - Ideologias. 6 - A Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU).”

oitocentos e oitenta e nove reais e cinquenta centavos -.⁵⁴² Isso significa que, se uma grande empresa - com milhares de empregados - for condenada em um processo cujo valor arbitrado à condenação seja de R\$ 300.000,00 ou mais, só precisará recolher esse teto estipulado anualmente para impetrar recurso para a segunda instância - além de custas de 2%, em R\$ 6.000,00 -.

Por outro lado, se uma pequena e muito modesta empreiteira – com um ou dois empregados e patrimônio muito limitado - for condenada em primeira instância a pagar certas verbas, alcançando um valor de condenação para fins recursais de, digamos, R\$ 10.000,00, precisará também recolher teto idêntico àquele da grande empresa - não obstante recolha custas proporcionais, de R\$ 200,00 -. Esse mesmo tipo de distorção ocorre para impetrar os demais recursos, sendo que, para o ajuizamento de recurso extraordinário, de revista ou em ação rescisória – bem como em embargos - , pode ser necessário a qualquer réu recolher R\$ 11.779,02 - onze mil, setecentos e setenta e nove reais e dois centavos -, independentemente de sua condição financeira. Resta evidente que essa sistemática do depósito recursal penaliza enormemente o pequeno empresário e – de certa forma – não chega a causar qualquer aborrecimento a uma grande multinacional ou instituição financeira. Seria bem mais justo e equânime se estipular um escalonamento para o valor recursal de acordo com o patrimônio e real condição do reclamado. Tal poderia ser, para dizer o mínimo, assemelhado àquele que naturalmente ocorre nas custas processuais. Estas, apesar de ter valor percentual invariável, não geram distorções tão grandes como aquelas ocasionadas pelos depósitos recursais.

Por outro lado, o cotidiano dos tribunais também dá mostras de admiráveis progressos ao vislumbrar no contrato de trabalho uma função social de caráter compromissório-bilateral. O trecho de sentença que segue – da lavra do prezado MM Juiz Wilson Carvalho Dias, do TRT4ª Reg. - é autoexplicativo nesse sentido. Transcreve-se parte da decisão:

Proc. 00797-2008-241-04-00-0. [...] “Quanto ao fornecimento de café, suco ou pão, ocorrido no próprio local do trabalho [...] não caracteriza

⁵⁴² Disponível em: <http://www.tst.jus.br/DGCJ/DepRecursais/334_deposito_recursal.pdf>. Acesso em 08 set. 2010.

salário *in natura*, pois se trata de vantagem que **não tem caráter de contraprestação, não tendo a finalidade de proporcionar uma vantagem econômica ao trabalhador**, mas sim, tem finalidade muito mais instrumental, visando preservar a higidez física e até mental do empregado, aumentando a sua produtividade e até seu grau de atenção, prevenindo possíveis acidentes de trabalho. **O fornecimento gratuito de lanche no trabalho constitui, assim, uma prática que deve ser incentivada como forma de preservação de saúde do trabalhador [...] entendimento contrário, além de ser um desestímulo ao empregador, vai em sentido contrário à própria sistemática prevista no art. 458 da CLT, já que este não considera salário os fornecimentos que se dão para o trabalho. [...]**” (grifou-se)

A equidade dessa decisão *a quo* foi mantida em segundo grau de jurisdição pela E. 5ª Turma do Tribunal Regional de Trabalho da 4ª Região.⁵⁴³ Para além do fato de ambas as decisões refletiram a melhor interpretação do art. 458 da CLT, restou privilegiada uma ótica de parceria e pacificação na relação de trabalho. Entendimento em sentido contrário estaria certamente fundamentado na convicção do magistrado de que o benefício seria concedido “pelo trabalho”, o que poderia corresponder à realidade e, nesse caso, deveria mesmo ensejar o pagamento de diferenças e integrações pelo empregador.

Porém, é fato que, no caso em exame, a correta fundamentação legal e transparente equidade das decisões nomeadas alcançaram um resultado melhor e mais equânime para todos. Uma “macroproteção” dessa espécie, a qual - em intensidades diversas - se estenderia ao trabalhador, ao empregador e até mesmo a

⁵⁴³ **BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. TRT4ª REGIÃO. VISTOS** e relatados estes autos de RECURSO ORDINÁRIO Interposto de sentença proferida pelo MM. Juízo da Vara do Trabalho de Alvorada, sendo recorrentes INDÚSTRIA NACIONAL DO AÇO PRONTO LTDA E SÉRGIO ARTUR COLVERO ETCHEVERRIA e recorridos OS MESMOS. [...] 3. FORNECIMENTO DE CAFÉ OU SUCO E PÃES. Não concorda o reclamante com o entendimento esposado pelo MM. Juízo de origem no sentido de que o fornecimento de café ou suco e pães não configuram salário “In natura”, não representando contraprestação, mas concessão destinada a proporcionar melhor rendimento no trabalho. Pretende a reforma da sentença para que seja reconhecida a natureza salarial do fornecimento diário de café ou suco e pães, com integrações. Sem razão. Comunga-se do entendimento esposado pelo MM. Juízo de origem, no sentido de que o café ou suco e os pães ofertados pela empresa visavam assegurar a higidez física do empregado, possibilitando a melhor prestação dos serviços através do aumento da capacidade produtiva gerada pela boa alimentação. Neste sentido, não se verificando o caráter retributivo do benefício concedido, uma vez que o fornecimento de café ou suco e pães apresenta natureza indenizatória, descabe a pretensão de integrações de tal benefício. Nega-se provimento. [...] Porto Alegre, 9 de julho de 2009 (quinta-feira). DES.ª BERENICE MESSIAS CORRÊA Relatora.

pessoas alheias à relação processual estabelecida, pode uma dia vir a ser consagrada como uma evolução do princípio tutelar.

4 A PROPORCIONALIDADE NA RELAÇÃO DE IGUALDADE E PROTEÇÃO

Neste capítulo, será examinada a busca da justiça pelo direito do trabalho na sociedade multicultural de hoje, seguindo-se o conceito de “pretensão de correção” de Robert Alexy. A fórmula da igualdade será revisitada, levando-se sempre em conta o fato de que só fica ela completa no âmbito do direito do trabalho através de sua união com o princípio da proteção. Não se perderá de vista as dificuldades que o pluralismo social enseja a respeito do conceito de isonomia, o qual deve ser unido ao respeito às diferenças individuais e de grupos. Sustenta-se que, quando da reunião das duas normas – igualdade e proteção -, é necessária a observância da máxima da proporcionalidade, fazendo valer a proposta de José Marthins Catharino através dos recursos do pós-positivismo e neoconstitucionalismo. Após serão propostos procedimentos e atitudes pelas quais o julgador pode efetuar tal tarefa. Por fim, serão rebatidas eventuais críticas ao procedimento sugerido neste trabalho.

4.1 DIREITO DO TRABALHO, MULTICULTURALISMO E ADEQUAÇÃO À REALIDADE

4.1.1 O direito do trabalho nas sociedades pluralistas

Ao deixar clara sua rejeição a quaisquer fundamentalismos religiosos ou científicos, Pedro Demo fala do convívio de “éticas” distintas: “no plural, porque, [mesmo existindo pressupostos comuns indispensáveis à convivência humana,] no quadro da multiculturalidade, não se poderia fundamentar uma ética única”.⁵⁴⁴ Sobre o ambiente no qual transitam essas diferentes posturas valorativas, acaba o sociólogo por concluir que também “a sociedade mais desejável, pelo menos suportável, será plural”.⁵⁴⁵

Nesses termos, é admirável que as sociedades em nossos dias sejam – ao menos em sua maior parte - pluralistas e multiculturais. Elas comportam diferentes

⁵⁴⁴ DEMO, Pedro. **Éticas multiculturais**: sobre convivência humana possível. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. p. 17 (“Ao desejar evitar toda forma de fundamentalismo, podemos facilmente adotar outra, como é, por exemplo, o relativismo por vezes atirado contra posturas pós-modernas. [...] A ciência moderna destronou a este Deus, ao fixar-se em explicações imanentes, mas, por falta de autocrítica, se fez deus em suas pretensões universalistas. Ao relativizar fundamentalismos religiosos, inventou o próprio, à proporção que se tornou medida única do conhecimento, sem perceber que preconizava um tipo local de conhecimento.” Ibid., p. 9-10)

⁵⁴⁵ Ibid., p. 60.

valores e visões de mundo, apresentando um amplo espectro de tendências culturais que abrange desde ortodoxias religiosas até concepções de vida recém criadas.⁵⁴⁶ Diferentes e marcantes nuances são observadas em cada microcosmo social que se examina.⁵⁴⁷ Não por acaso, “a partir dos anos 70, principalmente no Canadá, se fortaleceram os debates sobre as diferenças de identidade no interior dos estados-nação”,⁵⁴⁸ restando evidenciado que “as sociedades são plurais [sendo notável que,] embora [apresentem] aspectos em comum, os sujeitos podem divergir sobre o sentido correto das muitas ações possíveis”.⁵⁴⁹

As facilidades nos transportes para pequenas e longas distâncias; a interação entre diferentes povos e culturas por fluxos migratórios; o trânsito cada vez maior de informações advindos dos meios de comunicação; o triunfo da *internet* como meio informativo, de interação e manifestação cultural, bem como tantas outras características de nossa vida hodierna tem feito com que a maior parte do mundo esteja vivenciando mudanças cada vez mais expressivas. Evidentemente, tamanha complexidade enseja dúvidas e divergências a respeito do tecido social e seus desejos e necessidades. Não por acaso, dentre tantas outras polêmicas, se desenvolveu nos anos oitenta o debate entre liberais e comunitaristas; aqueles basicamente sustentando que o indivíduo escolhe seus modos e fins, estes em geral argumentando que a origem cultural é bastante determinante na formação de cada pessoa.⁵⁵⁰ Nos anos noventa os questionamentos voltaram-se sobre o dever ou não

⁵⁴⁶ VELASCO, Marina. Habermas, Alexy e a razão prática Kantiana. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. (Org.). **Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas**: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 11.

⁵⁴⁷ TAYLOR, Charles. **Multiculturalisme**: différence et démocratie. Commentaires de Amy Gutmann, Steven C. Rockefeller, Michael Walzer, Susan Wolf. Trad. Denis-Armand Canal. Paris: Champs essais. Éditions Flammarion, 2009. p. 41-99. Ao falar da conexão estreita que há entre identidade e reconhecimento do outro, o autor deixa antever o quão marcante – e localmente próximas – são as diferenças entre os indivíduos de diferentes origens que hoje coabitam os mesmos espaços.

⁵⁴⁸ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Revisitando Max Weber: em busca de raízes da diversidade cultural e do pluralismo jurídico. In: _____. (Coord). **Faces do multiculturalismo**: teoria – política – direito. Santo Ângelo: EDIURI, 2007. p. 102.

⁵⁴⁹ Ibid., p. 101.

⁵⁵⁰ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. Rev. da trad. Elza Maria Gasparotto. Rev. técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 137: “Essa disputa entre comunitaristas e liberais pode ser vista como um novo capítulo de um enfrentamento filosófico de longa data, como o que opunha as posições ‘kantianas’ e ‘hegelianas’. De fato, em boa parte, o comunitarismo retoma as críticas que Hegel fazia a Kant: enquanto Kant mencionava a existência de certas obrigações universais que deveriam prevalecer sobre aquelas mais contingentes, derivadas do fato de pertencermos a uma comunidade particular, Hegel invertia essa formulação para dar prioridade a nossos laços comunitários. Assim, em vez de valorizar – junto com Kant – o ideal de um sujeito ‘autônomo’,

de assegurar direitos específicos a grupos, momento em que, em contribuição às ideias de Charles Taylor, Jürgen Habermas ingressa no debate afirmando que se fazem necessários planos discursivos específicos para cada uma das “minorias” em questão.⁵⁵¹ Tais dúvidas e discussões estão muito longe de findar.

São esses alguns aspectos das notórias “ambivalências e paradoxos da cultura moderna”, as quais não deixam outro caminho senão o “ouvir e dialogar sobre os princípios constitucionais positivados” nos termos propostos por Jürgen Habermas, uma vez que a crise nas instituições tem como um de seus principais motivos as infrutíferas “tentativas de falar por todos”.⁵⁵² Afinal, apesar de a história mostrar o quão conflituosa são as relações entre os seres humanos, ela mesma comprova que há possibilidades concretas de compreensão recíproca. Malgrado existir uma cultura da negação do outro e das diferenças, também “se afirma a tese normativa de que o diálogo é possível, [o que, após muitas atrocidades, surge] expresso nas constituições contemporâneas, implícito em um princípio básico a ser perseguido: o Estado Democrático de Direito.”⁵⁵³ Deve-se ter em mente que esse reconhecimento mútuo envolve necessariamente também o reconhecer as tradições do outro, pois o tradicional permanece no âmago da discussão aqui apresentada, uma vez que, mesmo sendo cada vez mais possível ao indivíduo escolher sua visão de vida - sua cultura, sua religião, etc. -, “designar a sociedade moderna como *pós-tradicional* pode, no mínimo, levar a engano, pois é pela confrontação pluralista das tradições que essas se transformam em problema”, gerando reflexões e discussões.⁵⁵⁴

Não obstante esse cenário nebuloso, lembrando as características da “sociedade de trabalho” referidas no “item 1.2.3.1”, ainda se pode ainda afirmar que

Hegel defendia que a plena realização do ser humano derivava da mais completa integração dos indivíduos em sua comunidade.”

⁵⁵¹ ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Habermas e a questão do multiculturalismo. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Org.). **Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas**: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 122.

⁵⁵² OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Cultura da democracia para direitos humanos multiculturais. In: _____. (Coord.) **Cultura e prática dos direitos fundamentais**: relatos do grupo de pesquisa “Direitos Fundamentais e Novos Direitos” da Faculdade de Direito da UFRGS. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7-8.

⁵⁵³ Ibid., p. 5.

⁵⁵⁴ BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**: fundamentos de um *ethos* de liberdade universal. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 44.

o labor “tornou-se o princípio organizador fundamental das relações sociais e, portanto, o meio através do qual os indivíduos adquirem existência e identidade social pelo exercício de uma profissão”.⁵⁵⁵ Em outros termos, a importância de exercer uma atividade laboral extrapola até mesmo o retorno financeiro; revela-se a forma de o indivíduo apresentar-se na sociedade, sentindo-se para ela útil e importante – não por acaso, pode-se observar como a imprensa legenda o nome de seus entrevistados colocando logo abaixo sua profissão! -. Desnecessário argumentar o quão sombrio é a conhecida condição contrária, daquele que está desempregado, acabando por perder até mesmo sua autoestima e sua identidade.

Muito por essa importância ainda conferida ao trabalho - mas também porque parte da sociedade humana e subsistema jurídico -, o direito do trabalho está inserido nesse contexto multicultural e no centro das aspirações e necessidades mais primordiais dos cidadãos. O ramo jurídico incide sobre o “desenho cada vez mais multifacetado dos modos de produzir na contemporaneidade”,⁵⁵⁶ sendo ainda personagem nele atuante. Assim, o ramo do direito compartilha das novas contradições, necessidades e boas possibilidades que reclamam esclarecimento e soluções possíveis. Por isso, não é mais possível repetir brocardos e (pré-) conceitos mais simples, como aqueles de que o empregado seria um eterno ingênuo na relação de trabalho, ao passo que qualquer empresa não poderia ser outra coisa senão uma máquina de exploração insensível. É imperativo também ressaltar a relevância da democracia em relação ao Poder Judiciário, a qual se faz também no âmbito da Justiça do Trabalho. Através de um “debate argumentativo”, aquilo que ainda é “pretensão de validade” latente no direito se tornará – ou não - realmente válido; independentemente do resultado final desse diálogo, o importante aqui é que, de qualquer forma, se estabelecerá uma melhor adequação do direito à sociedade em que está inserido.⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008. p. 22.

⁵⁵⁶ DA SILVA, Sayonara Grillo C. Leonardo. Duas notas sobre novas tutelas laborais no multifacetado desenho do mundo do trabalho contemporâneo. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília: Magister, v. 74, n. 3, p. 121, jul./set. 2008.

⁵⁵⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Cultura da democracia para direitos humanos multiculturais. In: _____. (Coord.) **Cultura e prática dos direitos fundamentais**: relatos do grupo de pesquisa “Direitos Fundamentais e Novos Direitos” da Faculdade de Direito da UFRGS. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 12-13.

4.1.2 Equilibrando-se na fina linha moderna: entre a igualdade e diferença

Impende agora retornar aos ensinamentos de Martin Heidegger transcritos em “3.1.1.2”. Ao final daquele item, restou evidenciado princípio da identidade como um “comum-pertencer” a algo, uma relação onde coisas diferentes se tornam idênticas pela reciprocidade entre si por estarem unidas pelo simultâneo “pertencimento” a algo. Trata-se de um processo de mútuo reconhecimento que torna possível ver como iguais pessoas diferentes; ou pessoas diferentes, como iguais. Resume Eduardo Ramalho Rabenhorst.⁵⁵⁸

De fato, se eu não me reconheço no outro, não posso reconhecer a mim mesmo, pois a identidade humana não possui um sentido em si, mas ela só existe dentro de um elo de reciprocidade que une um sujeito a outro. Em outras palavras, é o outro que confirma a minha identidade. Dessa forma, o que pode parecer apenas um jogo de palavras traduz, na verdade, uma ideia essencial para a convivência humana: somos diferentes e reconhecemos esta diferença exatamente porque percebemos que somos iguais entre nós. Sem este princípio de reciprocidade não existiria discussão ética ou política. [...] Não resta dúvida de que a moralidade democrática é a que melhor traduz este princípio de reciprocidade. Como nenhuma outra, ela atribui a todos os sujeitos o idêntico direito básico à igualdade, sem o qual seria impossível exigir quaisquer outros direitos.

É sabido que nem todos usufruem dos progressos da vida moderna, bem como nem todos sofrem suas más consequências. Não obstante, mesmo em localidades mais distantes dos outrora centros irradiadores de cultura é possível vislumbrar manifestações interculturais e distintos modos de vida. Todas essas diferentes pessoas compartilham - ao menos parte - do mesmo ambiente social, perfazendo uma admirável multiculturalidade plena de “encontros e desencontros”, na qual nos vemos tantas vezes “perdidos na tradução”⁵⁵⁹ de sua grandeza, mas

⁵⁵⁸ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 46-47.

⁵⁵⁹ Para apontar alguns exemplos paradigmáticos dessa interação entre diferentes culturas e pretensões humanas se pode recorrer ao bom cinema feito nas últimas décadas, como o filme “**Lost In Translation**”, de Sofia Copolla (2003), (título vertido no Brasil para “**Encontros e Desencontros**”). O filme trata não só do choque cultural que a cidade de Tóquio representa para os ocidentais norte-americanos, como também da interação entre diferentes idades e visões de vida. Mas ao falar do assunto, é indispensável citar Jim Jarmusch, um dos grandes cineastas a trabalhar essa temática da interação. Um de seus mais celebrados filmes é “**Stranger than Paradise**”, de 1984, (com o título brasileiro sutilmente alterado para “**Estranhos no Paraíso**”). O filme retrata de maneira irônica a adaptação de imigrantes húngaros aos Estados Unidos da América e, sobre ele,

sempre obrigados a nela conviver. Agora, “só podemos ser iguais se formos livres para sermos diferentes [;] não há como criar ‘standards’ valorativos, seja do ponto de vista pessoal ou coletivo”.⁵⁶⁰ Para melhor esclarecer essa condição, vale reforçar que “os indivíduos são, ao mesmo tempo, iguais e diferentes. São iguais, porque possuem características comuns [...] Mas somos diferentes, porque não há um ser humano que seja cópia linear de outro”;⁵⁶¹ é em razão disso que “a sociedade humana não é propriamente igual, mas pode ser *igualitária*”, de maneira a que se equacione as diferenças com oportunidades iguais, não permitindo que aquelas naturais distinções acabem por se tornar desigualdades.⁵⁶² Ao final de tal exposição, conclui Pedro Demo:⁵⁶³

O termo “sociedade igualitária” condensa esta **complexidade dialética de pessoas ao mesmo tempo iguais e diferentes**, que são capazes de se doarem para a comunidade sem perder sua individualidade, ou que são capazes de construir oportunidades de desenvolvimento próprio sem destruir a dos outros. (grifou-se)

Assim, nessa miríade de igualdades e diferenças, a hodierna tendência à racionalização e segmentação geral da vida, da mesma forma que a multiforme individualização de cada indivíduo, acaba por fragmentar a sociedade em diferentes religiões, culturas, ideologias, etc. É possível resumir este tópico com a intuitiva lição de Jean Arthur Rimbaud: “Eu é um outro”.⁵⁶⁴ É também fato que essas diferentes faces de nossa sociedade não cabem mais em estereótipos que, até pouco tempo, poderiam ainda ser enunciados como conceitos ou definições sem maiores problemas. Assim, em busca de soluções e paradigmas jurídicos que possam

disse o crítico de cinema Joshua Klein: “Parece restar claro o *modus operandi* de Jim Jarmusch. Seus filmes revelam não só o modo em que diferentes culturas se tocam, sobrepõe e interagem no mundo moderno, mas também como, dadas as erosões das fronteiras internacionais, essas diferenças frequentemente se empalidecem comparadas aos traços que todos temos em comum.” (SCHNEIDER, Steven Jay. **1001 movies you must see before you die**. London: General Editor. Ed. Barron’s, 2003. p. 715). Outras películas de Jim Jarmusch que retratam interação de culturas e visões de vida são “**Down by Law**” (1986), “**Dead Man**” (1995), etc.

⁵⁶⁰ FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 25.

⁵⁶¹ DEMO, Pedro. **Éticas multiculturais**: sobre convivência humana possível. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. p. 19.

⁵⁶² Ibid., p. 20-21.

⁵⁶³ Ibid., p. 60.

⁵⁶⁴ RIMBAUD, Arthur. Carta a Georges Izambard. **Alea** [online], 2006, v.8, n.1, p. 155. Disponível em : <<http://www.scielo.br/pdf/alea/v8n1/10.pdf>> Acesso em : 30 jun. 2011.

apontar um norte nisso que se poderia chamar “polifonia ética”, se examinará a seguir – nos limites possíveis deste trabalho - uma possibilidade paradigmática que se apresenta em nossos dias.

4.1.3 A filosofia de Immanuel Kant e a “pretensão de correção” de Robert Alexy como forma de adequar o direito laboral à sociedade de hoje

Há quem afirme que, na pluralidade social em que estamos inseridos, “os ideais kantianos de uma razão monológica [não são capazes de definir] orientações para o agir”.⁵⁶⁵ Não se nega tampouco a importância do debate estabelecido entre Axel Honneth e Nancy Fraser a respeito de “redistribuição e reconhecimento”, o qual muito pode ser útil para elucidar as questões apontadas quanto à “identidade e diferença”.⁵⁶⁶ No entanto, não só por uma questão de coerência e confiança no paradigma aqui seguido, mas também pelas limitações desta dissertação, não serão discutidas as posições e propostas de ambos. Em verdade, neste trabalho, seguir-se-á as lições de Immanuel Kant e seus seguidores para análise do convívio nas sociedades pluralistas, pois se entende que essas permanecem viáveis para solucionar os problemas que nesse ambiente se apresentam.

Para justificar tal paradigma, aponta-se em primeiro lugar o notório cosmopolitismo daquele que visava a “paz perpétua” entre os povos, tendo afirmado há mais de duzentos anos que os homens “devem tolerar mutuamente a sua presença, já que originariamente, ninguém tem melhor direito do que qualquer outro a permanecer em determinado lugar do planeta”.⁵⁶⁷ É verdade que essa e outras

⁵⁶⁵ FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 31.

⁵⁶⁶ SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008. p. 93: “O debate contemporâneo sobre reconhecimento relaciona-se, em grande medida, à emergência dos ‘novos movimentos sociais’ [como o feminismo, o anti-racismo, a defesa da ecologia, etc.] e suas lutas em torno de temas como identidade e diferença.” É tendo em vista esse cenário que Nancy Fraser e Axel Honneth debateram em um livro que tornou-se a pedra fundamental do debate entre “redistribuição e reconhecimento”, ambos compartilhando algumas idéias a esse respeito, mas com sérias divergências, principalmente no que tange à “concepção bi-dimensional de justiça” defendida por Nancy Fraser, a qual coloca a idéia de “redistribuição” ao lado do “reconhecimento”. Ambos os autores fundamentam suas idéias principalmente em Jürgen Habermas e Michel Foucault – no caso de Axel Honneth, o “jovem Hegel” é ainda mais primordial -. O “Capítulo 5” (cinco) da obra aqui referida, intitulado “Sobre a relação entre reconhecimento e redistribuição” é bastante elucidativo a respeito do debate (Ibid.,p. 93-110), ao qual remetemos o leitor tendo em vista as pretensões e limitações deste trabalho.

⁵⁶⁷ KANT, Immanuel. **Rumo à paz perpétua**. Trad. Heloísa Sarzana Pugliese. São Paulo: Ícone, 2010b. p. 61.

ideias de Immanuel Kant devem ser refinadas e colocadas ao lado de outras que chegaram posteriormente - como as observações quanto à identidade e à diferença apresentadas por Martin Heidegger⁵⁶⁸ -; não obstante, seu cerne parece ainda útil para exame das sociedades multiculturais. Considera-se também que o chamado “princípio da coexistência, sob o qual a liberdade de cada um deve ser limitada para proporcionar a mesma liberdade a todos os demais,”⁵⁶⁹ parece permanecer fundamental para o convívio de diferentes concepções de vida e mundo.⁵⁷⁰

A força da obra de Immanuel Kant pode também ser sustentada pela possível observação na obra de Max Weber de “certos indícios de um pluralismo cultural” em razão de sua negativa em aceitar com unanimidade quaisquer juízos de valor,⁵⁷¹ respeito esse às diferentes culturas que Paul Hirst considera “um positivismo neokantiano”,⁵⁷² restando mais uma vez o filósofo das três críticas próximo das questões advindas do pluralismo. Por sua vez, ao usar do “iluminismo kantiano” para analisar os direitos humanos, afirma com acerto Heiner Bielefeld que “não podemos confundir a universalidade dos direitos humanos com a uniformidade de uma cultura única e universal, análise caricatural que ocasionalmente ocorreu”.⁵⁷³ As tradições

⁵⁶⁸ Aproximar ambos os filósofos é coerente até mesmo porque Heidegger muito embasou idéias suas na obra de Immanuel Kant, principalmente em função do “processo kantiano de fundamentação da metafísica profundamente inovador pela introdução do método transcendental e pela função do *a priori* originário atribuído ao tempo como forma *a priori* da imaginação transcendental”. Heidegger interpreta Kant não só em “Ser e Tempo” (1927) como também em “Kant e o Problema da Metafísica” (1929) e em “O Problema Fundamental da Fenomenologia” (lições estas de 1927 editadas postumamente). Cf. KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Intro. e notas de Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 7 ed., 2010. p. XXIII do “Prefácio à Tradução Portuguesa”.

⁵⁶⁹ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 212.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 193. Sobre a filosofia de Immanuel Kant, afirma o autor ser essa “a mais avançada e ainda insuperada defesa inicial da centralidade do sujeito e da normatividade da humanidade.”

⁵⁷¹ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Revisitando Max Weber: em busca de raízes da diversidade cultural e do pluralismo jurídico. In: _____. (Coord) **Faces do multiculturalismo: teoria – política – direito**. Santo Ângelo: EDIURI, 2007. p. 105.

⁵⁷² *Ibid.*, p. 89.

⁵⁷³ BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um *ethos* de liberdade universal**. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 207. (*Ibid.*, p. 28: “Kant transfere concisamente as idéias básicas do modernismo para [a] autonomia moral da pessoa. Essa se coloca como exigência por maioria política e jurídica, assumindo a forma do direito à liberdade e à participação republicana de auto-gestão. Ao mesmo tempo, no entanto, Kant destrói completamente a idéia de uma *ratio* absoluta e auto-constituinte, que também surgia com frequência na esteira do iluminismo moderno. O pensamento autocrítico apresentado por Kant funda-se no pensamento socrático, que procura sistematizar aquilo que as pessoas há muito já conheciam – se possível, sem filosofar. O filósofo da *revolução copernicana*, cuja ética e doutrinação jurídica refletiu conceitualmente a mudança normativa do modernismo, possibilita uma continuidade na tradição do pensamento ético e jurídico.”)

permanecem e, por isso, podem ensejar conflitos, como se observou logo acima. Não obstante, são possíveis tentativas de harmonização entre os direitos humanos e a Chária islâmica através da filosofia de Kant. Dessa forma, se pode extrair do Corão passagens que, no entender de Riffat Hassan, “devem ser entendidos como demonstração de que o ser humano ‘tem um fim em si’ e de que deve ser honrado como tal”.⁵⁷⁴

A grande essência do respeito às diferenças observável na obra kantiana transparece do “imperativo prático” apresentando em 1785 em sua “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, o qual dispõe: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.”⁵⁷⁵ É possível sustentar que dessa “lei universal” proposta por Immanuel Kant se depreende o necessário reconhecimento do outro como igual, não obstante suas eventuais diferenças. O respeito à alteridade está resumido nessa máxima. Posteriormente, em sua “Doutrina do Direito” inclusa na “Metafísica dos Costumes”, Immanuel Kant tece várias afirmações que também permitem não só a análise das sociedades pluralistas como também o melhor convívio entre seus personagens. Tal se dá, por exemplo, ao tratar do princípio jurídico que estabelece a “ideia racional de uma comunidade pacífica universal, [na qual] se encontram numa relação universal de cada um com todos os demais, consistente a prestar-se a uma interação recíproca” sob o abrigo de um direito cosmopolita.⁵⁷⁶ Para Kant, tal se faz necessário em razão de que os homens naturalmente são levados a aproximarem-se entre si ao mesmo tempo em que, “por via do princípio do respeito, [...], necessitam de manter distância

⁵⁷⁴ HASSAN, Riffat: On human rights ant the qu’arnic perspective. In: SWIDLER, Arlene (Hrsg.): **Human rights in religious traditions** (New York: The Pilgrim Press, 1982), S. 51-65 apud BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal**. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 173. (Sobre a “Chária” islâmica, deve essa ser entendida como “aquela tradição normativa que, reduzida a seu componente jurídico, frequentemente é designada de *O Direito islâmico*. Baseado no Corão, na tradição (Suna) do profeta e algumas outras fontes, [funciona ela] não apenas como parâmetro para a vivência adequada dos crentes. Em alguns países islâmicos assume relevância política e jurídica, sendo fonte primária da legislação, ancorada na respectiva” ordem constitucional. Cf. BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal**. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Ed. UnisInos, 2000. p. 161.)

⁵⁷⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005b. (Coleção Textos Filosóficos). p. 69.

⁵⁷⁶ Id. **A metafísica dos costumes**. Tradução, apresentação e notas de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005a. p. 240.

entre si”,⁵⁷⁷ pois suas aspirações “se limitam reciprocamente, [em] um princípio imanente”.⁵⁷⁸ Essa dialética também parece deixar transparecer a relação de igualdade e diferença entre cada um e seu outro.

Por outro lado, conforme exposto anteriormente, ao unir o “decretado e o eficaz” com “o correto”, Robert Alexy formula sua “teoria do discurso do estado constitucional democrático” e chega ao seu conceito “pós-positivista” de direito,⁵⁷⁹ pelo qual a justiça que se busca pela “pretensão de correção” envolve questões morais, implicando na necessária união entre direito e moral.⁵⁸⁰ Vale lembrar que a proximidade entre essa concepção de direito e aquele de Immanuel Kant foi referida em “1.3.2.5”. Assim, ao se falar em pluralismo sob a luz do direito kantiano é também fazê-lo conforme Robert Alexy. Visando também a justiça, é evidente que as normas *jus* laborais e decisões enunciadas nas varas do trabalho devem também se legitimar através de sua interação com a pretensão de correção. Não é admissível que o Judiciário venha a atuar como legislador, através de “um ativismo judicial que comprometa não só a legitimidade das decisões, como o próprio equilíbrio harmônico-discursivo dos Poderes Constituídos”.⁵⁸¹ Como então evitar que se faça injustiça?

4.2 A CAMINHO DA IGUALDADE PELA APLICAÇÃO PROPORCIONAL DE TUTELA

4.2.1 O *quantum* protetivo adequado ao caso concreto

O direito laboral visa proteger o trabalhador em razão de sua hipossuficiência em relação ao empregador. Por isso, pode-se afirmar que, nesse ramo do direito, a estrutura aberta da isonomia deve ser complementada pelo princípio da proteção. A igualdade material se realiza somando-se sua fórmula com a proteção ao mais fraco. Unido ao princípio da proteção, estará o postulado da

⁵⁷⁷ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, apresentação e notas de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005a. p. 390-391.

⁵⁷⁸ Ibid., p. 453.

⁵⁷⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a. p. 20.

⁵⁸⁰ Ibid., p. 40.

⁵⁸¹ FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 25.

igualdade assumindo sua função material, prescrevendo o equilíbrio entre os dois polos do contrato de trabalho. Na verdade, igualdade e proteção são princípios complementares no âmbito desse ramo do direito, sendo que, a partir da fusão entre eles, o direito fundamental à igualdade material se consubstancia, sem deixar de oferecer proteção ao trabalhador (ou ainda “tratando desigualmente o desigual”).

Ricardo Luis Lorenzetti confere grande importância aos fundamentos paradigmáticos das decisões jurídicas. Para tal, lembra as críticas à racionalidade decisória embasadas no fato de que “o juiz ou o estudioso tem uma concepção prévia que o inclina a decidir de acordo com ela, qualquer que seja a norma”.⁵⁸² Dessa maneira se refere o autor a um “paradigma protetivo” de decisão judicial fundamentado na igualdade: “O jurista que adota essa visão está disposto a buscar a igualdade e, portanto, a intervir em todos os tipos de relações. Prioriza o resultado sobre as formas e critérios de justiça material.”⁵⁸³ Nesses termos, afirmava Américo Plá Rodriguez: “no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de

⁵⁸² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem; notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 182. (“Identificaremos, de modo não exaustivo, os seguintes paradigmas: o acesso aos bens jurídicos primários, o protetivo, o coletivo, o Estado de Direito e o consequencialista. Cada um deles expõe objetivos a serem alcançados: proteger os débeis (paradigma protetivo), os excluídos (paradigma do acesso), os bens coletivos (paradigma coletivo), organizar a sociedade (consequencialista), fazer respeitar os procedimentos antes de obter os fins de qualquer modo (paradigma do Estado de Direito). Os três primeiros se inclinam pela intervenção com fins paternalistas, preferindo os resultados antes dos meios, e entram em tensão com os outros que se orientam pela não-intervenção e pela preferência pelas formas antes que pelos resultados, já que reforçam os procedimentos, na crença de que os resultados virão como decorrência.” Ibid., p. 228.)

⁵⁸³ Ibid., p. 251. (O autor refere problemas que emergem do processo decisório baseado somente em paradigmas. Em primeiro lugar, “frente ao mesmo casos, os juristas têm distintos enfoques se adotam diferentes modelos. Por exemplo, quem é protecionista decidirá de modo diferente de quem é consequencialista; [...] Um segundo exemplo é a expansão dos paradigmas. Quem tem uma visão protetiva tende a estendê-la a campos para os quais ela não foi pensada, como ocorre quando se aplicam as regras do direito do consumidor ao empresário, ou a técnica processual intervencionista própria dos direitos humanos a conflitos sobre bens transigíveis, ou vice-versa. Por isso é que temos postulado a delimitação do campo de aplicação de cada um deles a fim de diminuir os conflitos entre diferentes concepções. Um terceiro problema é o conflito dos paradigmas: quando um juiz toma uma decisão de tutelar um direito e se despreocupa em relação aos custos econômico-sociais, o paradigma protetivo entra em colisão com o consequencialista. inversamente, quem se preocupa só com as consequências pode ser partidário de direitos declarativos sem eficácia. [Por isso, faz-se necessário] estabelecer um mínimo de critérios de correção que limitem a interpretação jurídica meramente subjetiva ou hermética. Isso é essencial para que os cidadãos tenham uma percepção clara de que as decisões se baseiam na igualdade e no Estado de Direito.” Ibid., p. 227-228.)

proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.”⁵⁸⁴

Assume-se então que, para haver igualdade no direito do trabalho, deve sua fórmula ser complementada pelo princípio da proteção. Agora, a questão que emerge é: quanto dessa “proteção” deve ser conferida ao empregado para que efetivamente esteja esse em situação de igualdade? Em outros termos, quais são as medidas desse amálgama de princípios? Outras perguntas mais capciosas devem também ser respondidas. É preciso saber se há um limite de tutela a ser proporcionado pelo princípio da proteção. Se porventura existe esse “teto protetivo”, deve-se saber por que razão deveria ele ser observado. Por fim, resta a questão primordial: o que acontece se extrapolado esse limite máximo de tutela? É possível que a resposta a essas questões repouse sobre a “máxima da proporcionalidade”.

4.2.2 A proporcionalidade aferindo a equação entre igualdade e proteção

Como já se observou em “1.3”, as relações trabalhistas encontram-se hoje sob o manto protetor da Constituição, o que se faz através da eficácia privada dos direitos fundamentais. Tal se dá mesmo quando não há a atuação coercitiva do Estado, nas relações subjetivas entre empregado e empregador, em razão do poder disciplinar de subordinação que este exerce sobre aquele. Por outro lado, é certo que também há a mesma eficácia quando, além das relações de poder no âmbito da empresa, houver ainda o exercício do poder judiciário estatal de coerção consubstanciado na pessoa do juiz. Nesse caso, há duas razões para que a força da Constituição seja atuante: o risco do exercício do poder arbitrário no âmbito privado e pela atuação do Estado. Nesses termos, os direitos fundamentais – como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade - são aplicáveis nas relações laborais, mormente nos casos em que já há discussão judicial.

Feita essa observação, retorna-se agora àquela afirmação de José Martins Catharino a respeito da aplicação do princípio tutelar no direito do trabalho: “Sem

⁵⁸⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, Edição da Universidade de São Paulo, 1978. p. 28.

dosagem condizente e objetiva a regra seria imprestável e até odiosa.”⁵⁸⁵ Nesse caso, é possível inferir que: a.) essa suposta má inserção do princípio da proteção no conceito de igualdade caracteriza uma colisão de princípios - isso porque, ao invés de completar a fórmula da igualdade, o princípio tutelar está desvirtuando-a -; b.) uma vez que a máxima da proporcionalidade impregna toda a estrutura dos direitos fundamentais, emanando “da própria natureza dos princípios” e revelando-se capaz de instrumentalizar decisões em caso de colisões de princípios⁵⁸⁶, deverá ela ser aplicada para exame do amálgama igualdade/proteção.

Por outro lado, é fato que também o princípio protetor do empregado deve estar sob o enfoque dos princípios constitucionais; inclusive, a proporcionalidade e a razoabilidade. Isso porque, em não havendo princípios absolutos e nem mesmo existindo hierarquia entre essas normas, a ponderação entre elas torna-se necessária. Dessa forma, também o princípio tutelar é visto como “mandamento de otimização”, o qual tem “peso relativo e traz um direito *prima facie*, que não é definitivo e pode ser restringido, embora preceda a muitos outros em caso de colisão, em razão do grande peso que possui no âmbito do direito do trabalho”.⁵⁸⁷ Portanto, assume-se neste trabalho a lição de Cinthia Maria da Fonseca Espada, no sentido de que “o princípio protetor do empregado pode sofrer relativização quando, num conflito de normas, a restrição não afetar a dignidade do trabalhador”, uma vez que o princípio da dignidade humana deve ser visto como o próprio fundamento do princípio da proteção.⁵⁸⁸ Assim, não havendo lesão ao princípio *matter* da ordem constitucional, é possível ponderar - e minorar - a proteção ao empregado.

Partindo-se agora ao exame da proporcionalidade, pode-se afirmar que o fato de não haver “dosagem condizente e objetiva” na medida de proteção caracteriza a não observância da *regra da “justa medida”* (proporcionalidade *stricto sensu*). Se a proteção for extrapolada - ou insuficiente -, a “justa medida” não terá sido observada. Diz-se ainda que não existirá “*necessidade*” de proteção nos casos em que o empregado e empregador já estão em situação isonômica. Lembra-se que,

⁵⁸⁵CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 94. v 1

⁵⁸⁶ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. (Coleção Teoria e Direito Público). p.117.

⁵⁸⁷ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. **O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008. p. 73.

⁵⁸⁸Ibid., p. 104.

conforme lição de Michael Lothar, não há critérios pacíficos para análise da proporcionalidade na relação de igualdade.

Por isso, tendo em vista a polêmica a respeito, este trabalho propõe que, no âmbito do direito do trabalho, para análise da relação de proporcionalidade existente na relação entre igualdade e proteção ao hipossuficiente, será necessário a análise da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito”, nos seguintes termos: a.) em primeiro lugar, se fará a análise da “necessidade” da proteção na relação igualdade, caso em que pode ser reputada “desnecessária” qualquer proteção ao empregado, acaso já exista isonomia entre as partes. Porém, na grande maioria dos casos, essa será necessária e acrescida à igualdade, sendo descabida então a análise da “adequação”, pois a proteção ao hipossuficiente sempre será o único meio que poderá estabelecer igualdade entre as partes; b.) ultrapassado esse primeiro momento, reputada necessário oferecer proteção à parte hipossuficiente, deve o juiz definir o *quantum* protetor a ser aplicado na relação de igualdade para que esta se consubstancie, analisando a “proporcionalidade em sentido estrito”, estabilizando a “sintonia fina” da união da proteção à igualdade.

A situação mais característica de desnecessidade de tutela se dará quando o próprio empregador não está em situação realmente privilegiada na relação laboral. Embora tenha ele meios para remunerar o empregado que contratou, ele o faz com esforço real. Tal pode ocorrer quando pequenas e microempresas, com faturamento limitadíssimo, não raro operando em condições quase artesanais, são alçadas à condição comum de “empresa”, passando a ser equiparadas pela lei às multinacionais ou grandes redes de supermercados. Nesses casos, a inserção desproporcional da proteção ao empregado no conceito de igualdade gera distorções em prejuízo da Justiça. São os momentos em que se ultrapassa o ponto de equilíbrio justo, gerando-se uma distorção em sentido contrário. A justiça enquanto “meio-termo” acaba subjugada por uma proteção desmedida, a qual deveria seguir a regra da proporcionalidade, estendendo-se até o limite da igualdade material das partes.

Dessa maneira, se houver desatenção na equiparação, seja porque desnecessária ou “descalibrada” a proteção, o terreno estará preparado para a produção de injustiça. Não pode o julgador estabelecer *a priori* o tamanho da tutela

ao trabalhador, pois, visando o justo, esta deve ser medida cuidadosamente, para igualar as partes, não para simplesmente gerar um novo desequilíbrio. Espera-se que tanto os legisladores como o julgador estejam atentos a essa questão, o que satisfaz o aspecto moral e teleológico do direito do trabalho, garantindo meios ao empregado para que ele fique em pé de igualdade com o trabalhador, ambos com a mesma força para buscar justiça.

4.2.3 O exame da “justa medida” protetora no caso concreto

4.2.3.1 A revelação pela colheita da prova oral

O processo é feito de palavras, sejam elas orais ou escritas. E elas muito revelam. Na busca da melhor decisão, o processo judicial valoriza as manifestações orais das partes e testemunhas, as quais podem fundamentar a sentença tanto quanto a palavra escrita⁵⁸⁹. Assim, “a oralidade do processo dá mais valor ao que se afirma ou se nega, se pergunta ou se responde, de viva voz, do que aquilo que se afirma ou se nega, se pergunta ou se responde, por escrito”⁵⁹⁰. A prática jurídica ensina que o momento da colheita da prova oral muito pode mostrar a respeito da igualdade entre as partes em conflito. O processo pode ser visto como um “jogo de linguagem”⁵⁹¹, revelando-se pleno de “sentido vital e prático, [...] unido com termos como vivência, sentimento e ação”⁵⁹².

⁵⁸⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil** : tomo I, arts 1º-45. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 69: Pelo princípio da oralidade, “as alegações orais, e não só as escritas, são afirmações das partes e podem chegar a constituir fundamentos da decisão”. Tanto é assim que, enquanto princípio processual, a oralidade reclama a identidade física do juiz, determinando que a sentença seja prolatada pelo mesmo magistrado que colheu provas, de forma “imediate” - direta e pessoal; WAMBER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de Almeida; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo do conhecimento. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 70. v. 1: também é necessária a concentração dos atos processuais, para que apenas o mínimo da prova oral seja olvidado até a decisão judicial.

⁵⁹⁰ Ibid., p. 69.

⁵⁹¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 4. ed. Bragança Paulista: Vozes, 2005. p. 27: Tratando daquilo que chamou “jogo de linguagem”, Ludwig Wittgenstein afirmou em sua maturidade que há “Inúmeras espécies diferentes de emprego do que denominamos ‘signos’, ‘palavras’, frases [sendo que] falar uma língua é parte de uma atividade ou de uma forma de vida”. É o que efetivamente se vê na prática jurídica: uma relevância marcante de tudo aquilo que é dito e em sua forma. A palavra no processo assume posição decisiva, não raramente decidindo por si só a demanda independentemente do que realmente tenha acontecido no mundo dos fatos.

⁵⁹² LEOCATA, Francisco. **Persona lenguaje realidad**. Buenos Aires: EDUCA Editorial de La Univ. Cat. Argentina, 2003. p. 40.

No processo, a palavra - e a forma de sua enunciação -, assumem posição decisiva, não raramente decidindo por si só a demanda independentemente do que realmente tenha acontecido no mundo dos fatos. A força, o sentimento e a sinceridade transparecem dos depoimentos pessoais e testemunhos. Em sua grandeza e complexidade, a linguagem no processo, principalmente a oral, traz ao juiz tanto facilidades como problemas.⁵⁹³ Não obstante, a fala das partes, em todos seus aspectos, pode ser a melhor - e mais humana - forma de o juiz analisar o tamanho da – suposta - desigualdade entre elas.

4.2.3.2 A prova documental e seus esclarecimentos

É possível afirmar que os aspectos mais relevantes da condição da parte também transparecem dos documentos que soem instrumentalizar o processo. Através deles, pode o julgador examinar o *quantum* que a parte recebia, qual cargo ocupava, etc. Pode também o juiz iniciar pelos documentos a aferição da autodeterminação, da disponibilidade de horário do empregado, etc. Se já desses docs. restar evidente a condição de hipossuficiente, a proteção estará plenamente garantida, bem como a igualdade material.

Porém, tratando-se de altos empregados – ou postulantes de vínculo -, com polpidos salários, condições de trabalho similares àquelas da grande maioria dos empregadores -; ou ainda tratando-se o reclamante de atleta profissional de renome e vida invejável – muitas vezes ocupando posição muito acima do topo da pirâmide social -, deverá ser minorada ou “zerada” a proteção a ser aplicada. Ninguém contesta o direito desses empregados. Fazendo eles jus, devem receber a integralidade de seu crédito. Porém, é certo que não precisam de proteção jurídica *a priori*, pois têm eles todas as melhores condições de se manter durante o processo, de escolher seu advogado, de se dedicar ao processo, etc. O fato de litigarem contra uma grande empresa, em nada modifica essa verdade. Paralelamente, deve o julgador também examinar o estatuto social da empresa, aferir qual é a sua

⁵⁹³ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil** : tomo I, arts 1º-45. Rio de Janeiro: Forense; 1973. p. 69: Antes de sublinhar as tão úteis celeridade e “impressão direta do caso”, Inerentes à prova oral, ressalva Pontes de Miranda que as “palavras voam. Gestos também [...] Pode haver desinteligências ou mal-entendidos no processo oral, e o juiz há de ter competência para seguir a argumentação, e memória, para guardá-la.”

dimensão. Pode também questionar se a reclamada integra grupo econômico relevante. A princípio, o quanto menor for seu capital social, menor será seu poder econômico. Já o fato de o próprio sócio/empregador estar presente em audiência é também um indício da relevância que essa para ele representa. A situação financeira da ré pode eventualmente ser questionada, pois, em alguns casos, crises atingem setores específicos, o que pode significar que a má condição da empresa não foi causada por gestão imprópria, mas por circunstâncias muito maiores do que a força e a vontade do empregador.

4.3 JUSTIFICATIVAS PARA A APLICAÇÃO PROPORCIONAL DA PROTEÇÃO

4.3.1 Na sentença a incidir sobre o caso concreto descabem generalizações

Conforme Frederick Schauer, generalizações são inerentes à busca da igualdade em sociedade. O próprio ordenamento jurídico é pleno delas, as quais são mesmo inevitáveis. Além disso, desde que adequadamente estipuladas - por critérios racionais -, as padronizações estão relacionadas ao conceito de equidade e justiça.⁵⁹⁴ Com base em tais fatos, pode-se atacar a dosimetria da proteção aqui defendida, argumentando-se que o princípio tutelar é aplicado em todos os casos de igual maneira; ou que seria inviável ou impossível analisar sua especificidade em cada situação.

Porém, tais argumentos não são aptos a afastar a ideia sustentada neste trabalho. Isso porque generalizações são admitidas nas normas, as quais são conceitos abstratos e gerais, enunciados que são criados pelo legislador para alcançar a todos. Já as decisões judiciais, essas se restringem ao caso concreto, o qual deve ser analisado pelo julgador em seus aspectos particulares (para dizer o mínimo, é imperativo que assim seja nas lides que dizem respeito a questões de fato). Ao se aplicar o direito, “não se deve tratar da validade de normas, mas, exclusivamente, da decisão correta de um caso particular.”⁵⁹⁵ Assim, a respeito do procedimento da sentença, diz que, “entre a lei abstrata e a concreta resolução

⁵⁹⁴ SCHAUER, Frederick. **Profiles, probabilities and stereotypes**. Cambridge: Belknap, 2003. p. 299-300.

⁵⁹⁵ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b. p. 132.

judicial há uma grande distância que o juiz deve percorrer, determinando os fatos que configuram o caso submetido a sua resolução, dando à norma jurídica o particular sentido de sua interpretação,⁵⁹⁶ Nesse momento, não se admite generalizações. Por essa razão não se pode aceitar uma padronização protetora, lançada de maneira uniforme em todo *decisum*, a qual não faria distinção às diferentes situações das partes e ferindo o dever material de igualdade, em flagrante prejuízo à justiça. Para isso, o julgador deve analisar no caso concreto a situação da parte, o *quantum* que recebia, o cargo que exercia, etc., bem como quem é o empregador, qual a sua dimensão financeira e qual é sua costumeira atitude profissional. Percebendo o juiz a condição de hipossuficiência, a proteção estará plenamente garantida para configuração da isonomia. Não é aceitável que simplesmente o julgador aceite o pressuposição de que deve proteger uma das partes, independentemente de sua real condição. A esse respeito, vale lembrar a lição de Ricardo Luis Lorenzetti enquanto enumera as críticas ao “paradigma protetivo”.⁵⁹⁷

A aplicação do princípio protetivo supõe que quem o implementa “sabe” que há uma parte vulnerável e outra forte. Mas isso nem sempre é assim, e tem sido fortemente questionado, porque a decisão de tutelar se baseia na intuição e não se fundamenta num volume de informações adequado.

Esse tipo de distorção pode muito ocorrer em reclamações envolvendo altos empregados – ou postulantes de vínculo -, oportunidades em que deverá o juiz aplicar a máxima da proporcionalidade, minorando a proteção ou tratamento entre as partes ao nível necessário – ou mesmo, a zero ou próximo dele -, o que certamente não significará “insensibilidade”, “injustiça”, etc. Na verdade, injusto seria não o fazer, uma vez que se estaria reputando “desigual” aquele que é na verdade “igual”,

⁵⁹⁶ RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo. **La sentencia**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1974. p. 72-73. (“No momento de preparar a sentença, o juiz se encontra ante a uma diversidade de elementos que deve levar em conta: alegações das partes, meio de prova, racionalizações e critérios sobre estes e sobre as leis aplicáveis.” Dessa forma, o julgador confere “à norma jurídica o sentido particular de sua interpretação.” Ibid., p. 76-77.)

⁵⁹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem; notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 267. (Dentre as críticas ao paradigma protetivo, cita o autor a “proteção imediata [que pode conduzir] à desproteção imediata; o embasamento em intuições e a destruição dos incentivos; a colisão entre proteções; o menosprezo ao coletivo e à ordem social frente à proteção individual.” LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem; notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 265-269.)

restando ferida a fórmula isonômica e, quanto a isso, cabe lembrar que a lesão a um princípio jurídico é ainda mais grave do que atingir uma regra, pois isso significa uma ofensa à própria estrutura do sistema jurídico.⁵⁹⁸ Demais disso, conferir idêntica proteção aos hipossuficientes e aos fortes é, além de banalização do princípio tutelar, configurar injustiça.

4.3.2 O Estado Social protege a todos, inclusive aos empregadores

Como se afirmou no primeiro tópico deste trabalho, a partir de meados e fins do Século XIX começava a surgir um “Estado Social” apto a intervir nas relações sócias e na economia, “com a conseqüente compressão da autonomia individual”.⁵⁹⁹ Esse modelo se consolida a partir do fim da primeira grande guerra, momento em que se fez necessário maior força estatal para enfrentar os problemas advindos daqueles tempos difíceis. Tal se dá ao mesmo tempo em que as fronteiras entre o público e o privado se erodiam, perdendo a civilística pandectística a supremacia que tivera em momento anterior: “No direito do trabalho do começo do século, no direito de emergência da primeira guerra mundial e no pluralismo político e econômico da democracia de Weimar”, a imagem de sociedade calcada no direito privado perdia força.⁶⁰⁰ Sintomas desse novo momento foram a ascensão do sindicalismo alemão e o decreto sobre contratos coletivos de trabalho de 1919. “O resultado de tudo isto foi a instituição de uma luta laboral dos parceiros sociais mantida e limitada pelas regras do jogo e, nos tempos da República de Weimar, mediatizada ainda muitas vezes pela intervenção” estatal.⁶⁰¹ Nesse modelo social de estado, as desigualdades de seus cidadãos são levadas em conta, de forma que “o

⁵⁹⁸ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 47: Partindo da evidência de que os princípios “dão razão” às demais normas de um ordenamento, o autor conclui que “o menoscabo por um princípio importa a quebra de todo o sistema jurídico”.

⁵⁹⁹ STÜRMER, Amélia Elisabeth BaldoIno da Silva; STÜRMER, Gilberto. A constitucionalização do direito civil: a propriedade e a liberdade. In: STÜRMER, Gilberto. (Org.) **Questões controversas de direito do trabalho e outros estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16.

⁶⁰⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 628.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 636.

trabalho aparece como tema de justiça distributiva. O modelo de dignidade do trabalhador leva em consideração que a igualdade deve ser promovida.”⁶⁰²

No entanto, é fato inegável que “o Estado Social atravessa uma crise sem precedentes”, a qual embaça o papel até mesmo do seu modelo posterior – o Estado Democrático de Direito -, o que ocorre principalmente porque “os estados com soberania formal, materialmente, descobrem-se limitados em sua autonomia decisória, em razão da economia globalizada”.⁶⁰³ Não obstante tais fragilidades é fato que permanece necessária a intervenção dos estados nas relações de trabalho,⁶⁰⁴ ponto nevrálgico da justiça distributiva e protetor de todos. No dizer de Paulo Bonavides, o Estado Social tem um “espírito civilizador e progressista, rumo a uma Sociedade onde, em substituição do cidadão das pátrias, se ergue o cidadão do universo, o homem da polis global”.⁶⁰⁵ Todos estão sob a proteção desse estado visado. Dessa maneira, não só o empregado, mas também merece o empregador atenção estatal; por consequência lógica, estando ambos os polos da relação de emprego em igualdade de condições, não haveria razão pela qual conferir proteção a quaisquer das partes, o que significaria injustiça a qualquer dos cidadãos dessa relação. Visando o Estado Social a proteção humanista e a justiça, também nele – ou principalmente nele - deve a proteção ao trabalhador ser proporcional.

4.3.3 O direito e as relações de trabalho podem restar beneficiados pela proporcionalidade da tutela

É possível que um dos problemas mais graves que podem advir de decisões pautadas pela proteção ao empregado sob qualquer circunstância seja a piora nas condições de trabalho. Ricardo Luís Lorenzetti trata também dessa crítica às decisões protetiva, afirmando que a tutela em processos específicos é “superficial, porque se comove com o que acontece no momento, sem considerar os efeitos [da

⁶⁰² BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores**: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito Internacional do trabalho. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 139.

⁶⁰³ BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores**: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito Internacional do trabalho. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 140.

⁶⁰⁴ Ibid., p. 148.

⁶⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de ; SARMENTO, Daniel (Coords.) **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 71.

decisão] a médio prazo”.⁶⁰⁶ Para termos um exemplo de tal situação pode-se voltar àquela decisão transcrita ao final do tópico “3.3.4.2”. Refletindo-se sobre os desdobramentos de uma eventual decisão final com a declaração de natureza salarial do desjejum, pode-se concluir que seria possível a cessação do benefício aos demais empregados da empresa, visando com isso o empregador resguardar-se de novas condenações, o que representaria uma “macroperda” mediata.

Deve-se por fim afirmar que o exame da proporcionalidade da proteção aqui defendida não representa o fim do princípio da proteção ou do Direito do Trabalho. Tampouco são as ideias aqui defendidas contrárias à justiça ou lesivas aos interesses dos trabalhadores. Isso porque, como foi sustentando acima, sempre que necessário, a proteção ao empregado estará presente para configurar a igualdade material, de maneira que a adoção da justa medida de tutela representa um passo além para a seara jurídico-laboral. A moderna doutrina sustenta que se deve sopesar de princípios, sendo que a Justiça do Trabalho já vem mesmo aferindo a proporcionalidade em decisões, como se demonstrou acima. A imutabilidade ao princípio da proteção seria a sua decadência. As relações, formas e postos de trabalho vêm mudando consideravelmente. Para que seja possível a adequação do Direito Laboral ao novo que se transforma a cada dia, deve também ele se reinventar. Conservar um *status* de dogma às suas normas seria condená-las à irreabilidade.

⁶⁰⁶ LORENZETTI. Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem; notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 268. (“Esse paradigma [protetivo] tem sido criticado porque a proteção imediata conduz à desproteção mediata; porque é tutelada sem a informação suficiente e por isso se baseia em intuições, protegendo aqueles que não necessitam, e destruindo os incentivos.” LORENZETTI. Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem; notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 251.)

CONCLUSÕES

ENQUANTO SUBSISTEMA DO DIREITO, O RAMO LABORAL ESTÁ INSERIDO EM SEU CONTEXTO E PARTICIPA DE SUAS EVOLUÇÕES E CRISES

Conforme se demonstrou no primeiro capítulo, o direito laboral nasce em momento próximo à consolidação do moderno Estado de Direito, caracterizando-se esse subsistema como mais uma forma de distribuir as conquistas - e amenizar os problemas - geradas pela influência capital da modernidade nas legislações, na economia e nas sociedades. Dessa maneira, o direito do trabalho também se insere no contexto jurídico geral participando de seu contexto e de suas crises e evoluções, estando as relações laborais hoje problematizadas pelas crises paralelas em que vivem a denominada “sociedade de trabalho” e o paradigma geral do direito, momento esse em que, tanto a organização social e econômica como o pensar jurídico e a lei, apresentam nuances e fugacidades que afastam certezas e germinam dúvidas a todo respeito. Não obstante essa aporia em que se vive, resta disso tudo possível afirmar que o direito do trabalho faz parte dos chamados pós-positivismo e neo-constitucionalismo acima apresentados. No Brasil, tal movimento espontâneo toma força notável a partir do advento da Constituição da República de 1988 e vem a cada dia consolidando sua posição de maneira tão notável a ponto de não poucos criticarem o protagonismo que os princípios vêm assumindo na aplicação do direito – laboral ou não – brasileiro.

EM REGRA, A IGUALDADE ENTRE AS PARTES DA RELAÇÃO DE EMPREGO SE COMPLETA PELO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O princípio da igualdade *de per se* é uma fórmula incompleta que precisa de um critério definidor. Faz-se necessária sua integração por outra norma, a qual deve esclarecer sob qual aspecto e com qual finalidade se está falando em “iguais”. No que diz respeito ao direito do trabalho, é possível concluir que a máxima da igualdade é suplementada pelo princípio da proteção. Este é que vai preencher o vazio normativo. Para esse ramo jurídico, “tratar igualmente os iguais e desigualar os diferentes” significa conferir à parte mais fraca da relação laboral garantias, direitos, presunções legais, etc. que a coloquem no mesmo nível daquele a quem esse lado hipossuficiente está subordinado. Assim, unido ao princípio protetor – com exceção

daquelas esporádicas hipóteses em que qualquer tutela será desnecessária-, estará o postulado da igualdade assumindo sua função material, prescrevendo o equilíbrio entre os dois polos do contrato de trabalho. Até então, não havia igualdade entre ambos. A partir da fusão entre ambos os princípios, essa se consubstancia, revelando-se complementares os dois princípios, nada havendo de ilógico em seu amálgama.

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DEVEM SER APLICADOS DE MANEIRA DINÂMICA, ADEQUADOS AO CASO CONCRETO

Uma vez esclarecido que no direito laboral é imperativo que a igualdade seja integralizada pela proteção ao trabalhador, deve tal se dar corretamente. À dinamicidade desses princípios, os quais devem se adequar ao caso concreto, é possível aplicar as lições de Andrés Ollero a respeito do seu almejado “jusnaturalismo crítico”, o qual, da mesma forma que a lei positiva, não se apresenta “acabadamente ‘posto’. [É imperativo] buscar suas exigências até encontrá-las, positivando-as do modo mais ajustado possível ao momento e à circunstância em que deve nascer”.⁶⁰⁷ Tais lições se referem às normas, não obstante sejam mesmo elas abstratas; dessa maneira, muito mais são aplicáveis ao processo e à sentença – os quais não devem comportar generalizações -, não sendo possível saber de antemão quanta proteção deve ser conferida ao empregado para que esse se equipare ao seu patrão. A aplicação generalizada do princípio não pode ocorrer na sentença, pois só nas normas – abstratas - é admissível a padronização. A imutabilidade da proteção seria afastá-la da realidade e condená-la à posição de dogma. O exame da proporcionalidade da proteção configura a decisão mais justa no caso concreto.

⁶⁰⁷ OLLERO, Andrés. España: límites del normativismo a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre igualdad. In: CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. (Coord.). **Las razones del derecho natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico**. 2. ed. corregida, reestructurada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008. p. 458: “Não existe, com efeito, uma *positividade instantânea*, nem um direito positivo em estado puro, porque o jurídico consiste em um contínuo processo de positivação, sem outro final que o meramente convencional da coisa julgada. Mas tampouco existe uma *naturalidade instantânea*, nem um direito natural em estado puro, porque toda atividade jurídica deve estar sempre acompanhada por um contínuo esforço de fidelidade às exigências da natureza humana, as quais estimulem criticamente esse mesmo processo de positivação.”

NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICO-PLURALISTAS, PARA QUE EXISTA IGUALDADE, DEVEM SER RECONHECIDAS AS DIFERENÇAS

A sociedade de hoje, em seu pluralismo multicultural, se torna a cada dia mais complexa, com fluxos de desejos que partem de diferentes pretendentes, muitas vezes reivindicando justamente um tratamento diferenciado a fim de tornarem-se iguais. Para o melhor – ou possível – convívio entre todos, é preciso que cada um seja ao mesmo tempo reconhecido como igual e como diferente. Essa grande questão se estabelece basicamente pelo enlace triplo entre “identidade”, “autonomia” e “reconhecimento recíproco”. Nessa tríade se resumem as lições de Martin Heidegger quanto ao problema da alteridade - estabelecendo a igualdade como um processo de “comum-pertencer” a algo -; a ideia kantiana de sujeito autônomo; e o necessário mútuo reconhecimento da dignidade humana - processo recíproco no qual, para que um seja visto como igual ao outro, deve reconhecê-lo também como seu igual.

Esse cenário tão complexo não comporta padronizações afastadas da realidade. O direito não pode inserir-se em modelos pré-moldados que o petrificam e com isso o afastam de seus sujeitos. O princípio da proteção deve ser questionado quando necessário e, conforme se defendeu acima, amenizado ou afastado, conforme o caso concreto. Para aferir a justa medida de proteção, o juiz deverá dar atenção especial ao andamento momento probatório-processual, oportunidade em que há maior proximidade com a realidade das partes. Essa é a oportunidade de o julgador sentir e questionar a situação em suas características mais específicas. Também a prova documental poderá instrumentalizar seu convencimento a esse respeito, uma vez que o juiz terá imediata ciência da condição econômica e profissional do empregado.

A PROTEÇÃO DEVE SER INSERIDA NA IGUALDADE DE MANEIRA PROPORCIONAL À HIPOSSUFICIÊNCIA DA PARTE

Apenas as circunstâncias específicas do caso concreto poderão responder a medida de proteção a ser – salvo exceções – conferida ao trabalhador. Para tal, deve ser procedido o exame das reais condições de ambas as partes, observando-se o grau de hipossuficiência do empregado e as dimensões e condições financeiras do empresário, concluindo-se por certo grau de proteção a ser conferido . Então, o

binômio igualdade/proteção deve ser estabelecido de acordo com a máxima da proporcionalidade, seguindo-se sua tríplice exigência de **adequação, necessidade e justa medida**.

Quanto à *adequação*, essa estará sempre presente, uma vez que, como já se restou claro, a igualdade entre as partes no contrato de trabalho deve ser estabelecida pela proteção ao empregado. Com a “proporcionalidade *stricto sensu*”, se vai conferir o *quantum* de tutela a ser devida ao trabalhador, em diferentes graus: máximo – no caso dos empregados com menores salários e mais subordinados ao empregador, os quais perfazem a grande maioria dos casos de litígio na Justiça Laboral, cabe afirmar -; médio, para aqueles empregados que dispõem de certo conforto econômico e liberdade de ação na empresa; e mínimo, quando for pequeno distanciamento isonômico entre os polos da relação laboral; é mesmo possível que, eventualmente, a proteção venha a ser igual a zero, naqueles casos de altos empregados que estão estariam em condições de se relacionar ou litigar com seus empregadores em igualdade de condições, o que deve ensejar uma relação de justiça comutativa. Apenas neste último caso, poder-se-á afirmar que o princípio tutelar restará *desnecessário*; em todos os demais casos, será ele imprescindível para que se estabeleça a igualdade entre as partes.

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO PERMANECE COMO ALICERCE MÁXIMO DO DIREITO DO TRABALHO

Até o presente momento, o princípio da proteção permanece fundamentando o ramo jurídico laboral. É possível afirmar que assim será ainda por um bom tempo pois, ressalvadas exceções, a relação de emprego continua a refletir uma relação de poder entre patrão e empregado. É verdade que o melhor caminho seria o progresso das relações de trabalho a ponto de, em certo momento, deixar mesmo de ser necessária a existência do princípio. Conforme a bela lição de Ruy Cirne Lima é possível que no futuro melhores condições sociais levem à superação da feição publicística do direito do trabalho, de maneira a que se chegue a “uma espontânea disciplina de direito privado do trabalho”.⁶⁰⁸ Pode ser que, em um passo além da “bilateralidade-compromissória” de que falam doutrinadores estrangeiros - aliando-a

⁶⁰⁸ DONATI, Benevenuto. *Fondazione della Scienza del Diritto*, Padova, 1929, p. 217 apud LIMA, Ruy Cirne. **Preparação à dogmática jurídica**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1958. p. 41.

a ideias a respeito de direitos difusos e indeterminados – venha-se a falar um dia em uma “macroproteção ao trabalho”, a qual se estenda a empregados e empregadores. Não obstante novas e fortes iniciativas nesse sentido - como a ISO 26000 acima referida -, ainda há um bom caminho para trilhar até esse desiderato. Por hora, enquanto se busca tais melhorias, permanecem a igualdade e a proteção ao trabalhador como os firmes alicerces do direito laboral, seus indispensáveis instrumentos para alcançar a Justiça.

REFERÊNCIAS

ABNT NBR ISO 26000 (Norma Internacional ISO 26000 – Diretrizes sobre Responsabilidade Social, cujo lançamento foi em Genebra, Suíça. No Brasil, no dia 8 de dezembro de 2010, a versão em português da norma, a ABNT NBR ISO 26000, foi lançada em evento na Fiesp, em São Paulo). Disponível em: <<http://www.slideshare.net/fdecicco/iso-fdis-26000-traduo>>. Acesso em: 10 set. 2011.

ALEMÃO, Ivan. O direito ao trabalho na história e na Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.) **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ALEXY, Robert. A interpretação de Ralf Dreier da definição kantiana de direito. In: HECK, Luiz Afonso. (Org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a.

_____. **Conceito e validade do direito**. Org. Ernesto Garzón Valdés et al; trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca Jurídica WMF)

_____. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a.

_____. **Teoría de la argumentación jurídica**. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2. ed. Madrid, 2008c.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b. (Coleção Teoria e Direito Público)

ALMEIDA, Renato Rúa de. (Coord.) **Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica/Justiça**. Religião. Virtudes Sociais. V. 06. Seção 02. Parte 02. Questões 57-122. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Habermas e a questão do multiculturalismo. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Org.). **Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas**: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

ARISTÓTELES. **Ética Nicomáquea**: Ética Eudemia. Introducción por Emilio Lledó Íñigo. Traducción y Notas por Julio Pallí Bonet. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 89. Primera Edición, 1985. 6ª Reimpresión, 2003.

_____. **Metafísica**. Introducción, Traducción y Notas de Tomás Calvo Martínez. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 200. 3ª Reimpresión, 2006.

_____. **Órganon** : Categorias, Da Interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofísticas / tradução, textos adicionais e notas Edson Bini / Bauru, SP : EDIPRO, 2005. (Serie Clássicos Edipro).

_____. **Política**. Introducción, Traducción y Notas por Manuela García Valdés. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 116. Primera Edición, 1988. 3ª Reimpresión, 2004.

ATIENZA, Manuel. **Introducción al derecho**. Barcelona: Editorial Barcanova Ltda. 1985.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 236, p. 369-384, abr./jun. 2004b.

_____. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008b.

_____. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. ampl.e atual. São Paulo: Malheiros, 2008a.

AZEVEDO. Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Reimpresão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 21. Ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. atual. 17ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da ; GRAU, Eros Roberto.(Orgs). **Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores:** atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo:** uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Tradução: Mauro Gama, Cláudia Martinelli gama. Revisão técnica: Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro. Zahar, 1998.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation.** New York: Dover Publications. 2007.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira ; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar:** a aventura da modernidade. Tradução: Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Iorriatti. 16. Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

BIAVASCHI, Magda Barros. A terceirização e a justiça do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre: Magister, v. 74, n. 4, p. 73, out./dez. 2008

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos:** fundamentos de um *ethos* de liberdade universal. Trad. Dankwart Bernsmüller; São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.); COUTINHO, Aldacy Rachid et al. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** 3. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria da norma jurídica.** Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação de Alaôr Caffé Alves. 4. ed. rev Bauru, SP. EDIPRO, 2008.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional.** 20. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de ; SARMENTO, Daniel (Coords.) **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 71

_____. **Teoria do estado.** 4. ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOUDON, Raymond. **The analysis of Ideology.** Translated by Malcon Slater. Chicago: The University of Chicago Press, 1989.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça.** Departamento de Pesquisas Judiciárias: 2. Dados da Justiça em Números – Série histórica 2004 a 2008 – Justiça do Trabalho: Dados da última atualização: 16/06/2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/2._srie_historica_justia_do_trabalho.pdf> Acesso em: 05 out. 2010.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 35. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Saraiva de Legislação).

_____. **Código Civil.** Lei nº 10.406, de 10-01-2002 – 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. (Legislação Brasileira)

BIX, Brian. **Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory.** Rechtsatheorie, v. 37, p. 139-149, 2006; Minnesota Legal Studies Research Paper 06-13. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=892789> Acesso em: 24 fev. 2011.

CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. El derecho natural como núcleo de la realidad jurídica. In: _____. (Coord.) **Las razones del derecho natural:** perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico. 2. ed. corr. estructurada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

_____. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. 3ª reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos.** Tradução Newton Roberval Eichenberg. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 2008.
_____. **O ponto de mutação.** Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho: legislação complementar: jurisprudência.** 29. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho.** 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 1

_____. **Compêndio de direito do trabalho.** 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 2

_____. **Contrato de emprego:** com comentários aos arts. 442/510 da CLT. 2. ed. rev., atual. e aum. Guanabara: Edições Trabalhistas S.A., 1965.

_____. **Infortúnio do trabalho:** doutrina e legislação: com comentários à Lei 5.316/967. Guanabara: Edições Trabalhistas S/A, 1968.

_____. **Neoliberalismo e sequela:** privatização, desregulação, flexibilização, terceirização. São Paulo: LTr, 1997.

_____. **Tratado jurídico do salário.** Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1951.

CHAVES, Luciano Athayde. Interpretação, aplicação e integração do direito processual do trabalho. In: _____. (Org.). **Curso de processo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2009.

CÍCERO, Marco Túlio. **Tratado das leis.** Introd., trad. e notas: Marino Kury. Caxias do Sul: Educs, 2004.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Para entender Kelsen.** Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

COLAÇO, Thais Luzia. O despertar da antropologia Jurídica. In _____. **Elementos de antropologia jurídica.** São Paulo. Conceito Editorial, 2011.

CORREAS, Carlos I. Massini. La nueva escuela anglosajona de derecho natural. In: CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi (Coord.). **Las razones del derecho natural:**

perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis Del positivismo jurídico. 2. ed. corregida, reestructurada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008.

COUTINHO FILHO, Gabriel Lopes. Limites aos limites dos direitos fundamentais. In: ALMEIDA, Renato Rúa de (Coord.) **Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

CUNHA, Euclides da. **Os sertões**: campanha de Canudos. Ilustrações de Alfredo Aquino. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

DA SILVA, Sayonara Grillo C. Leonardo. Duas notas sobre novas tutelas laborais no multifacetado desenho do mundo do trabalho contemporâneo. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 74, n. 3, p. 121-148, jul./set. 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Os princípios na estrutura do direito. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, Ed. Magister, v. 75, n. 3, p. 25, jul./set. 2009.

_____. **Princípios do direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

DEMO, Pedro. **Éticas multiculturais**: sobre convivência humana possível. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito Brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira ; SARMENTO, Daniel. (Coord.) **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DESZUTA, Joe Ernando. Um direito do trabalho mínimo ou um mínimo de direito do trabalho?: bases para um novo direito do trabalho. In: ARAÚJO, Francisco Rossal de (Coord.). **Jurisdição e competência da justiça do trabalho**. (atualizado de acordo com a EC. n. 45/04) São Paulo: LTr, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 2. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A transformação do direito do trabalho**: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade. São Paulo: LTr, 2002.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

EHRENBERG, Victor. **From solon to Socrates**: Greek history and civilization between the 6th and 5th centuries BC. New York, USA: Ed. Routledge. Second Edition, 1973, Reprinted in 2002.

Eles não usam Black-tie. Produção e direção de Leon HIRSZMAN. Cor, 35mm, 134min. São Paulo, 1981. DVD.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. **O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo**. Jus Navigandi, Teresina, v. 11, n. 916, jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7795>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica**: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2004.

FIGUEROA, Alfonso García. **Principios y positivismo jurídico**: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. (Colección El Derecho y la Justicia)

FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise laboral. In: STÜRMER, Gilberto. (Org.) **Questões controvertidas de direito do trabalho e outros estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Org., Intro. e Rev. Téc. de Roberto Machado. 29ª reimpressão. São Paulo: Edições Graal Ltda., 2011.

FRASER, Nancy. "Reconhecimento sem ética?" Rev. **Lua Nova**, São Paulo, v. 70, p. 101-137, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2011.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1998.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. Rev. da trad. Elza Maria Gasparotto. Rev. técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. (Justiça e Direito)

GÊNOVA, Leonardo de. **O princípio da proteção no século XXI** : os novos desafios do trabalhador brasileiro. São Paulo: LTr, 2009.

GOBRY, Ivan. **Vocabulário grego da filosofia**. Trad. Ivone C. Benedetti. Rev. téc. Jacira de Freitas. Caracteres gregos e transliteração: Zélia de Almeida Cardoso. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. Raízes políticas e ideológicas da CLT. In: Autores **Ensaio de direito e civil e de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Justiça e direito)

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

GROFF, Paulo Vargas. Teoria dos princípios, princípio da proporcionalidade e direitos fundamentais. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. (Org.). **Faces do multiculturalismo**: teoria – política - direito. Santo Ângelo: EDIURI, 2007, p. 218-220

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Elementos de direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1969.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. rev. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. 1 e 2.

HAEBERLIN, Martín Perius. **Equidade e proporcionalidade**: uma releitura e uma confrontação de um conceito filosófico clássico e um princípio jurídico contemporâneo. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, PUCRS, 2006. Disponível em: <http://www.domlniopublico.gov.br/pesquisa/DetaileObraForm.do?select_action=&co_obra=82986> Acesso em: 25 jan. 2011.

HART, Herbert L. A. **Direito, liberdade, moralidade**. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987

_____. **O conceito de direito**. Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. fev. 1958.

HEGEL, G.W.F. **Principes de la philosophie du droit**. Trad. André Kaan. Preface Jean Hyppolite. France: Gallimard, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Que é isto – a filosofia?**: identidade e diferença. Tradução de Ernildo Stein. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

HERVADA, Javier. **Leciones de filosofia del derecho**: teoria de la justicia e del derecho. Tercera Edicion. Pamplona: Universidade de Navarra, 1991. v. 1.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Deborah Danowski. São Paulo: Editora UNESP, Imprensa oficial do Estado, 2001.

JOHNSON, Allan G. **Dicionário de sociologia**: guia prático da linguagem sociológica. Trad. Ruy Jungmann. Consultoria: Renato Lessa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, apresentação e notas de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005a.

_____. **Crítica da razão pura**. 7. ed. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Intro. e notas de Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005b. (Coleção Textos Filosóficos).

_____. **Rumo à paz perpétua**. Trad. Heloísa Sarzana Pugliese. São Paulo: Ícone, 2010b.

KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Introduction by Javier Treviño. USA: Transaction Publishers, third printing, 2009. (Law and society series)

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Coleção Justiça e Direito)

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LAFARGUE, Paul. **O direito à preguiça**. São Paulo: Claridade, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Tradução do Dr. Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 2002.

LEITE, Flamarion Tavares. **10 lições sobre Kant**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito do trabalho**. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

LEOCATA, Francisco. **Persona lenguaje realidade**. Buenos Aires: EDUCA Editorial de La Univ. Cat. Argentina, 2003.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1994.

LIMA, Ruy Cirne. **Preparação à dogmática jurídica**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1958.

LIPOVETSKY, Gilles ; CHARLES, Sébastien. **Les temps hypermodernes**. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado do governo**: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem; notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno explicado às crianças**: correspondência 1982-1985. Tradução de Tereza Coelho. 2. ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993.

MAIA, Antônio Cavalcanti. A distinção entre fatos e valores e as pretensões neofrankfurtianas. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. (Org.). **Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas**: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. O novo direito privado brasileiro após a decisão da ADIn dos Bancos (2.591): Observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a *Drittwirkung* no Brasil. In: _____; MIRAGEM, Bruno

(Org.). **Direito do consumidor**: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 2).

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba (Com la colaboración de: Rafael de Asís Roig y Maria del Carmen Barranco Avilés). **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Dykinson, 2004. (Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho)

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARX, Karl. Glosas Marginais ao programa do partido operário Alemão. In: _____. **Crítica do programa de Gotha**. Disponível em: <<http://www.marxists.org/portugues/marx/1875/gotha/index.htm>> Acesso em: 24 jan. 2011.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism**: ancient and modern. Indianápolis, USA: Liberty Fund. Inc. 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. In: HECK, Luiz Afonso (Org. e Trad.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao código de processo civil** : tomo I, arts 1º-45. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

_____. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo LIV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

MORRISON, William L. **John Austin**: jurists: profiles in law theory. Califórnia: Stanford University Press, 1982.

NAHAS, Thereza Christina. Princípios: a necessidade da compreensão da função normativa (coerência na sua aplicação e interpretação). **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre: Ed. Magister, v. 75, n. 3, jul./set. 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Casos difíceis no pós-positivismo. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). **Hermenêutica plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção Tópicos)

_____. **Constituição e direitos humanos fundamentais: exigibilidade e proteção.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/08_846.pdf> Acesso em: 28 set. 2010.

_____. Cultura da democracia para direitos humanos multiculturais. In: _____. (Coord.). **Cultura e prática dos direitos fundamentais: relatos do grupo de pesquisa “Direitos Fundamentais e Novos Direitos”** da Faculdade de Direito da UFRGS. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

_____; BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, RS, v. 3, n. 5, dez. 2008. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/viewFile/66/49>> Acesso em: 30 jan. 2011.

_____. Multiculturalismo: o “olho do furacão” no direito pós-moderno. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, RS, v. 1, n. 1, dez. 2006. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/121/102>> Acesso em: 30 jan. 2011.

_____. Revisitando Max Weber: em busca de raízes da diversidade cultural e do pluralismo jurídico. In: _____. (Coord.) **Faces do multiculturalismo: teoria – política – direito.** Santo Ângelo: EDIURI, 2007.

_____. **Ronald Dworkin e a dissolução da oposição Jus Naturalismo e Positivismo Jurídico.** Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo6.htm>> Acesso em: 08 set. 2010.

OLLERO, Andrés. España: limites del normativismo a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre igualdad. In: CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. (Coord.). **Las razones del derecho natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico.** 2. ed. corregida, reestructurada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008.

PASQUA, Hervé. **Introdução à leitura de ser e tempo de Martin Heidegger.** Lisboa: Instituto Piaget, 1997. (Coleção Pensamento e Filosofia).

PASTORE, José. Terceirização: uma realidade desamparada da lei. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Local v. 74, n. 4, p. out./dez. 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito.** Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e Direito)

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad.** 2. ed. (a cargo de Rafael González-Tablas Sastre). Madrid: Editorial Dykinson, 2007.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. **Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela.** Disponível em: <<http://www.correiodobrasil.com.br/noticia.asp?c=127613>>. Acesso em: 20 nov. 2008

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, Edição da Universidade de São Paulo, 1978.

PLATÃO. **A república**. 11. ed. Introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Local Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

PLATO, **The Statesman**. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/768/Plato_0131-04_EBk_v5.pdf> Acesso em: 20 fev. 2011.

POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. Tradução de E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976.

PORTUGAL. **Código do Trabalho**: Lei n.º 7/2009 de 12 de fevereiro Lei 99/2003 de 27 de agosto. Disponível em: <<http://www.sabiasque.pt/files/0092601029.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2011

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Justa causa e despedida indireta**. Curitiba: Juruá, 1994.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução e prefácios: L. Cabral de Moncada. Coimbra. 6. ed. rev.e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Reimpressão. Coimbra: Ed. Armênio Amado, 1997.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho**: Parte I – Dogmática Geral. 2. ed. atualizada ao Código do Trabalho de 2009. Coimbra: Edições Almedina. Outubro, 2009.

RAY, Jean-Emmanuel. **Aborder le droit du travail**. Paris : Seuil, 1998. (Collection Mémo 107)

RIMBAUD, Arthur. Carta a Georges Izambard. **Alea** [online], 2006, v.8, n.1, p. 155 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/alea/v8n1/10.pdf>> Acesso em: 30 jun. 2011.

_____. **Poésies**. Paris: Bookking Internacional, 1995. (Maxi-Poche Classiques Français)

RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo. **La sentencia**. Barcelona: Bosch Casa Editorial 1974.

ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini – rev. técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **O decálogo do processo trabalhista**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho**: comentada. 40. ed. atual. e rev. e ampl. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. (Coleção Questões da Nossa Época, v. 134)

SCHAUER, Frederick. **Profiles, probabilities and stereotypes**. Cambridge: Belknap, 2003.

SCHNEIDER, Steven Jay. **1001 movies you must see before you die**. London: Ed. Barron's, 2003.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. (Org.). **Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas**: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

SEVERO, Valdete Souto. **Crise de paradigma no direito do trabalho moderno**: a jornada. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2009.

SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SÓFOCLES, **Antígona**. Introdução, versão do grego e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

SOUZA, Marcelo Papaléo. **Manual de execução trabalhista**: arrematação, adjudicação e remição. São Paulo: LTr, 2005.

STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade**: no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

STÜRMER, Amélia Elisabeth Balduino da Silva; STÜRMER, Gilberto. A constitucionalização do direito civil: a propriedade e a liberdade. In: STÜRMER, Gilberto. (Org.) **Questões controversas de direito do trabalho e outros estudos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000.

_____. A globalização da economia e o direito do trabalho. **Revista LTr**, São paulo, v. 61, n.1, p 40-44, jan. 1997.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalisme**: différence et démocratie. Commentaires de Amy Gutmann, Steven C. Rockefeller, Michael Walzer, Susan Wolf. Trad. Denis-Armand Canal. Paris: Champs essais. Éditions Flammarion, 2009.

TEIXEIRA, Sérgio Torres; BARROSO, Fábio Túlio. Os princípios do direito do trabalho diante da flexibilidade laboral. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre: Ed. Magister, v. 75, n. 3, p. 67, jul./set. 2009.

TONET, Jadiel. **O cristão e o dinheiro. Contexto de I Timóteo**. Disponível em: <<http://igrejacristafiladelfia.com/estudo26.html>> Acesso em: 1º fev. 2011.

TROPPER, Michel. **A filosofia do direito**. Trad. Ana Deiró. São Paulo: Martins Editora e Livraria Ltda, 2008. (Coleção Tópicos Martins).

VELASCO, Marina. Habermas, Alexy e a Razão Prática Kantiana. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. (Org.). **Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas**: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

_____. **O que é justiça?**: o justo e o injusto na pesquisa filosófica: um exemplo: as cotas raciais universitárias. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009. (Ciência no Bolso, 11)

WAMBER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de Almeida; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, volume 1: teoria geral do processo e processo do conhecimento. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

WESTEN, Peter. The empty idea of equality. **Harvard Law Review**, v. 95, n. 3, p. Jan. 1982.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Tractatus lógico-philosophicus**. Trad., apresentação e estudo introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos ; (Introdução de Bertrand Russell), 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1994.