

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

VITOR KAISER JAHN

**DOGMÁTICA JUSLABORAL E DIREITO DO TRABALHO EM REFORMA:
PRINCÍPIO DA SALVAGUARDA DOS INTERESSES DE GESTÃO**

Porto Alegre

2021

VITOR KAISER JAHN

**DOGMÁTICA JUSLABORAL E DIREITO DO TRABALHO EM REFORMA:
PRINCÍPIO DA SALVAGUARDA DOS INTERESSES DE GESTÃO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Professor Orientador: Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles.

Porto Alegre

2021

JAHN, Vitor Kaiser.

Dogmática juslaboral e direito do trabalho em reforma: princípio da salvaguarda dos interesses de gestão / Vitor Kaiser Jahn. 2021.

180 f.

Orientador: Leandro do Amaral D. de Dorneles.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. Dogmática do Direito do Trabalho. 2. Princípio da salvaguarda dos interesses de gestão. 3. Reforma trabalhista.

VITOR KAISER JAHN

**DOGMÁTICA JUSLABORAL E DIREITO DO TRABALHO EM REFORMA:
PRINCÍPIO DA SALVAGUARDA DOS INTERESSES DE GESTÃO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado no dia 1º de setembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Leandro do Amaral D. de Dorneles (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Gilberto Stürmer
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Guilherme Guimarães Feliciano
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Rodrigo Coimbra Santos
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Agradecimentos

A Deus, meu Senhor, que dirige os meus passos (PV 16:9);

À minha mãe, Dagmar Kaiser, fonte de amor e inspiração à docência acadêmica;

Ao meu tio e padrinho, Ricardo Goulart Jahn, por ser o exemplo que me conduziu ao estudo do Direito;

Ao Professor Dr. Leandro do Amaral D. de Dorneles, pela orientação desta pesquisa e pela contribuição imensurável na minha formação e preparação à docência;

Aos Professores membros da banca examinadora, Dr. Guilherme Guimarães Feliciano, Dr. Gilberto Stürmer e Dr. Rodrigo Coimbra Santos, pelas valiosas contribuições à pesquisa;

À Jhenifer Zanchett Tenroller, por todo o amor e compreensão ao longo da jornada; e

Aos meus sócios Pedro Fülber Simon e Victoria Werner De Nadal, pela amizade, apoio e inspiração à qualificação profissional e acadêmica.

RESUMO

A presente dissertação aborda a dogmática contemporânea do direito do trabalho brasileiro, no marco pós reforma trabalhista de 2017, adequando-se à linha de pesquisa Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Parte da constatação de que o ramo jurídico tem sido objeto de sucessivas alterações normativas que não se limitaram a adequar e atualizar disposições da CLT, mas atingiram o seu cerne dogmático e principiológico, imprimindo uma nova lógica ao sistema. Nesse cenário, visando restabelecer uma relação íntegra e coerente, a dissertação tem como objetivo averiguar se a reforma operada sobre o material normativo autoriza o reconhecimento da dogmática juslaboral brasileira em uma nova perspectiva, fundada não só no princípio protetivo do trabalhador, mas, também, no princípio da salvaguarda dos interesses de gestão. Em sua abordagem, adota o método dialético, contrapondo a matriz dogmática tradicional com as normas laborais vigentes na atualidade. Utiliza, também, o método indutivo, tendo como ponto de partida os dados fornecidos pelo ordenamento reformado, mediante o cotejo das normas hoje vigentes, para verificar se o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão deve ser assimilado pelo paradigma dogmático do direito do trabalho. No que tange ao procedimento, adota o método jurídico de interpretação sistemática, compreendendo o direito do trabalho pela sistematização de suas normas. Utiliza as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com a revisão da literatura, da legislação e da jurisprudência, agregando os resultados para, em sua análise, construir uma exposição teórica organizada da seguinte maneira: formulação da questão norteadora; coleta de fundamentação teórica; interpretação dos referenciais e demais achados; e, por fim, apresentação de conclusões para solução do problema de pesquisa. Quanto aos resultados, constata que somente o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão justifica axiologicamente as normas contidas a) nos arts. 4º-A e 5º-A da Lei nº 6.019/1974; b) nos arts. 611-A e 611-B da CLT; c) no art. 620 da CLT; d) no art. 444, parágrafo único, da CLT; e) nos arts. 443, § 3º, e 452-A, da CLT; f) no art. 477-A da CLT; g) no art. 477-B da CLT; e h) no art. 59, § 5º, da CLT. Ao final, conclui que o direito do trabalho não está em crise, mas sim em reforma, processo que demanda o reconhecimento de um novo arcabouço principiológico no qual o

princípio da salvaguarda dos interesses de gestão é posicionado ao lado do princípio da proteção do trabalhador, revelando a natureza bilateral da dogmática juslaboral contemporânea. **Palavras-chave:** 1. Dogmática do Direito do Trabalho. 2. Princípio da salvaguarda dos interesses de gestão. 3. Reforma trabalhista.

ABSTRACT

This dissertation addresses the contemporary dogmatics of Brazilian labor law, in the post-labor reform of 2017 framework, suitable to the line of research Dogmatic Foundations of Legal Experience, of the Graduate Program in Law of the Federal University of Rio Grande do Sul. Starts from the observation that the legal branch has been object of successive normative changes that were not limited to adapting and updating provisions contained in CLT, but reached their dogmatic and principiological core, printing a new logic to the system. Aiming to restore an integral and coherent relation, the dissertation has the goal to find out if the reform operated on the normative material authorizes the recognition of the Brazilian juslaboral dogmatics in a new perspective, founded not only on the protective principle of the worker, but also on the principle of safeguarding management interests. In its approach, it adopts the dialectical method, contrasting the traditional dogmatics of labor law with the current rules. It also uses the inductive method, taking as its starting point the data provided by the reformed order, analyzing the rules in force today, to find out if the principle of safeguarding management interests should be assimilated by the dogmatic paradigm of labor law. As procedure, adopts the legal method of systematic interpretation, realizing labor law by systematizing its rules. It uses the techniques of bibliographic and documentary research, with a review of the literature, legislation and jurisprudence, aggregating the results to, in its analysis, build a theoretical exposition organized as follows: formulation of the guiding question; collection of theoretical foundation; interpretation of references and other findings; and presentation of conclusions for solving the research problem. As results, finds that only the principle of safeguarding management interests axiologically justifies the rules contained in a) articles 4-A and 5-A of Law n. 6,019/1974; b) articles 611-A and 611-B of CLT; c) article 620 of CLT; d) article 444, single paragraph, of CLT; e) articles 443, § 3, and 452-A, of CLT; f) article 477-A of CLT; g) article 477-B of CLT; and h) article 59, § 5, of CLT. Finally, concludes that labor law isn't in crisis, but in reform, a process that demands the recognition of a new principle framework in which the safeguarding management interests is placed beside the worker protection, revealing the bilateral nature of contemporary labor dogmatics. **Keywords:** 1. Dogmatic of Labor Law. 2. Principle of safeguarding management interests. 3. Labor Law reform.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
Art.	Artigo
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
Inc.	Inciso
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
OIT	Organização Internacional do Trabalho
SDI-1	Subseção I Especializada em Dissídios Individuais
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 FUNDAMENTOS DA DOGMÁTICA JURÍDICA	16
1.1 Conceito e funções da dogmática jurídica	16
1.2 Fases do pensamento jurídico-dogmático	27
1.2.1 Dogmática jurídica no método de Jhering	28
1.2.2 Dogmática jurídica na perspectiva positivista	32
1.2.3 Dogmática jurídica perante a teoria crítica do direito	45
1.2.4 Dogmática jurídica na perspectiva pós-positivista	54
1.3 Dogmática e inovação legislativa	64
2 DOGMÁTICA JUSLABORAL TRADICIONAL	71
2.1 Gênese e evolução do direito do trabalho	71
2.1.1 Surgimento do direito do trabalho	71
2.1.2 Evolução normativa do direito do trabalho no Brasil	81
2.2 Objetivo de proteção unilateral do trabalhador	92
2.2.1 Trabalho subordinado como relação assimétrica	93
2.2.2 Arcabouço principiológico	95
2.2.2.1 Teoria rodrigueana	96
2.2.2.2 Valoração fundamental	120
2.3 Dogmática juslaboral tradicional em crise	121
3 RECONSTRUÇÃO DA DOGMÁTICA JUSLABORAL	129
3.1 Princípio da salvaguarda dos interesses de gestão	129
3.1.1 Conceito	129
3.1.2 Funções	134
3.2 Aplicação ao direito do trabalho brasileiro	137
3.2.1 Esteio constitucional	137
3.2.2 Período pré-reforma de 2017	140
3.2.3 Cotejo de dispositivos reformistas que assimilam o princípio	142
3.3 Tutela protetiva bilateral	160
CONSIDERAÇÕES FINAIS	166
REFERÊNCIAS	172

INTRODUÇÃO

O direito do trabalho brasileiro, mormente nos últimos anos, tem sido objeto de sucessivas alterações flexibilizadoras que não se limitaram a adequar e atualizar disposições constantes na CLT, mas atingiram seu próprio cerne dogmático e principiológico. Diz-se isso porque, historicamente, o direito do trabalho fora edificado sobre o fundamento da proteção dos hipossuficientes, assim entendidos aqueles economicamente débeis que “dependem, para viver e fazer viver sua família, do produto de seu trabalho”¹, e, para tanto, subordinam-se às ordens de um empregador.

Embora regule relações entre particulares, pessoas de direito privado, conjugando a adoção de feições por alguns consideradas publicistas², o direito do trabalho apresentou-se imperativo e, sobretudo, indisponível, desenvolvendo toda uma gama de princípios e regras particularmente voltados à atenuação da fragilidade obreira em uma relação desigual marcada pela dependência de uma parte à outra.

Tempos, portanto, de um Estado interventor que por meio da lei ditava o direito mínimo, como um contrato *standard*, e não admitia a redução da condição social do trabalhador para um patamar inferior ao legal. Fundamentado exclusivamente na proteção do trabalhador, o direito do trabalho foi caracterizado pela doutrina clássica como ramo jurídico unilateral³: o empregado, visto como não proprietário “hipossuficiente” e carente de proteção estatal. Por sua vez, a eventual debilidade econômica relativa do empregador não interessava ao direito laboral, eis que enquadrado como proprietário “autossuficiente”, não se cogitando a sua proteção⁴.

Esse cenário, porém, tem sido alterado nos últimos anos. O direito do trabalho brasileiro encontra-se “em reforma”. Diz-se isso porque, embora a Lei nº 13.467/2017 tenha promovido alterações significativas em pontos bastante sensíveis para a

¹ CESARINO JÚNIOR, Antônio F. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980, p. 44-45.

² Conforme Martins Catharino, o direito do trabalho não apresenta fronteiras precisas entre o direito público e o direito privado, mas sim “zigue-zagueantes”, como uma larga avenida aberta ao tráfego em “mão-dupla”, em determinados momentos mais intenso em uma do que na outra direção; em outros, ao contrário. Assim, “o Direito Privado publiciza-se, e o Público, privatiza-se, variando de grau a publicização e a privatização”. CATHARINO, José Martins. **Compêndio universitário de direito do trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. v. I, p. 62-63.

³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 429.

⁴ CESARINO JÚNIOR, Antônio F. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980, p. 45.

dogmática juslaboral clássica, razão pela qual é intitulada como estandarte da “reforma trabalhista” brasileira, ao que se percebe, não esgota, em si, o movimento reformista, que permanece latente, como indicam as sucessivas Medidas Provisórias nº 808/2017 e 905/2019, embora não mais produzam efeitos⁵.

Fato é que o cotejo das alterações promovidas pelas reformas juslaborais implementadas no Brasil, especialmente a partir do ano de 2017, lança dúvidas sobre a incolumidade da dogmática até então consagrada, sob dois prismas distintos. Como primeiro impacto dogmático, constata-se no direito do trabalho hoje vigente uma série de dispositivos reformados que expressam a opção legislativa de atenuar a proteção imediata do empregado em prol dos interesses do empregador, e isto em níveis não antes experimentados. Já o segundo impacto diz com a reaproximação do direito do trabalho ao direito civil, do qual havia se divorciado quase que completamente em sua formulação teórica mais tradicional, mas hoje apresenta um processo de reprivatização, reincorporando uma série de soluções civilistas (v. g. art. 8º, § 3º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017). Vislumbra-se, pois, que o direito do trabalho até então estampado nas obras clássicas e tradicionalmente lecionado na seara da propedêutica juslaboral não mais parece se amoldar, com a mesma perfeição de outrora, ao direito do trabalho tecido pelo reformador e hoje vigente.

Sem embargo, embora relacionadas, essas repercussões devem ser cindidas para a sua devida compreensão. A título de recorte metodológico, o enfoque desta dissertação será balizado pelo primeiro impacto apontado, isto é, a investigação debruçar-se-á sobre o fenômeno de conformação do princípio protetor em face do possível advento do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão. O segundo impacto, que diz com a reaproximação do direito do trabalho ao direito civil também é de fundamental importância para cristalizar a dogmática juslaboral contemporânea, mas deve ser separado para uma outra pesquisa, sob pena de os temas não receberem a devida atenção.

⁵ Veja-se que as razões políticas para ab-rogação da Medida Provisória nº 905/2019 (que promovia mais uma série de alterações flexibilizadoras no regimento das relações de emprego), constantes na exposição de motivos da Medida Provisória nº 955/2020, dizem com a falta de tempo hábil para a votação pelo Senado Federal, situação agravada pela calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19, havendo diversos indicativos de que o Governo pretende apresentar nova proposta de modificação da legislação laboral.

Nessa senda, visando restabelecer uma relação íntegra e coerente entre a dogmática e o direito do trabalho vigente, a dissertação é impulsionada pelo problema de pesquisa formulado na seguinte questão norteadora: a reforma operada sobre o material normativo autoriza o reconhecimento de uma nova dogmática juslaboral, fundada não só no princípio protetivo do trabalhador, mas, também, no princípio da salvaguarda dos interesses de gestão?

Partindo da premissa de que as alterações promovidas sobre a legislação trabalhista são formal e materialmente válidas, a hipótese que orienta a elaboração e a estruturação da pesquisa é a de que o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão deve incorporar a dogmática juslaboral contemporânea, sendo assimilado tanto no âmbito do direito individual do trabalho, do que é exemplo a autorização de terceirização da atividade fim (art. 4º-A, inserido à Lei nº 6.019/1974 pela Lei nº 13.429/2017, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017), quanto no âmbito do direito coletivo do trabalho, com a recepção da sistemática da prevalência do negociado sobre o legislado (arts. 611-A e 611-B, inseridos à CLT pela Lei nº 13.467/2017), ao passo que ambas as medidas, dentre outras, atenuam ou conformam a proteção imediata destinada ao trabalhador em prol da salvaguarda dos interesses do empregador.

A escolha do tema está lastreada na percepção deste pesquisador de que há dúvida razoável se a dogmática juslaboral, especialmente a teoria clássica dos princípios trabalhistas, ainda explica e sistematiza integralmente os fins e valores subjacentes ao direito do trabalho hoje vigente. Por colocar à prova tal compatibilidade, a pesquisa goza de relevância acadêmica e teórica.

Outrossim, embora reconheça que a reforma trabalhista tocou no cerne do direito do trabalho até então constituído, a doutrina brasileira, majoritariamente, permanece reproduzindo a arquitetura principiológica clássica, sendo poucos os achados científicos que questionam a sua atualidade em face das normas vigentes e da conjuntura hoje vivenciada, no que se verifica o caráter original da investigação.

A pertinência da pesquisa também é justificada pela sua importância prática imediata, haja vista que a dogmática juslaboral sistematiza e fundamenta o direito do trabalho, impactando na decidibilidade de casos trabalhistas. Urge, pois, a realização de pesquisa academicamente comprometida com a investigação da

(in)compatibilidade entre o direito reformado e a dogmática juslaboral até então constituída, visando alcançar uma interação dotada de sentido e coerência.

Por derradeiro, justifica-se a pesquisa pela sua adequação à linha de pesquisa Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vez que, justamente, busca desvendar a fundamentação dogmática do direito do trabalho vigente na atualidade.

O objetivo geral da dissertação reside em averiguar se a reforma operada sobre o material normativo autoriza o reconhecimento da dogmática juslaboral brasileira em uma nova perspectiva, fundada não só no princípio protetivo do trabalhador, mas, também, no princípio da salvaguarda dos interesses de gestão.

Para a persecução do objetivo geral, adota-se o método dialético, contrapondo a matriz dogmática tradicional com as normas laborais vigentes na atualidade. Utiliza-se, também, o método indutivo, tendo como ponto de partida os dados fornecidos pelo ordenamento reformado, mediante o cotejo das normas hoje vigentes, para verificar se o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão deve ser assimilado pelo paradigma dogmático do direito do trabalho.

Quanto ao procedimento, por se tratar de pesquisa teórica/dogmática, adotar-se-á o método jurídico de interpretação sistemática, compreendendo-se o direito do trabalho pela sistematização de suas normas, visando facilitar o seu ensino e aplicação⁶. Portanto, a dissertação não será desenvolvida com conotação zetética ou crítica de colocar em questionamento se a reforma trabalhista instituída no Brasil é boa ou ruim do ponto de vista sociológico, tampouco se proporciona avanços ou retrocessos sociais⁷. Embora tais indagações sejam relevantíssimas a nível de política juslaboral, o enfoque desta investigação é dogmático, visando fornecer elementos para operar com a ordem vigente.

⁶ OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Monografia jurídica**: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso. 3. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 35.

⁷ Inclusive, a abordagem zetética é muito usual no direito do trabalho por conta daquilo que Maria do Rosário Palma Ramalho descreve como “porosidade ideológica do direito do trabalho”. Segundo a autora, sendo certo que todo o direito é politicamente permeável e que todas as concepções jurídicas podem ser pervertidas pelas ideologias, o direito do trabalho é, porventura, uma das áreas mais sensíveis ao ambiente sócio-político, mormente pela delicadeza social do fenômeno trabalho e dos fenômenos a ele conexos. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015. par. I: Dogmática geral, p. 136.

A técnica de pesquisa será a bibliográfica e documental, com a revisão da literatura, da legislação e da jurisprudência, permitindo agregar os resultados primários para, em sua análise, construir uma exposição teórica organizada da seguinte maneira: formulação da questão norteadora; coleta de fundamentação teórica; interpretação dos referenciais e demais achados; e, por fim, apresentação de conclusões para solução do problema de pesquisa.

No que tange aos referenciais orientadores da investigação, adota-se o doutrinador uruguaio Américo Plá Rodriguez como marco teórico relativo à dogmática tradicional, diante da importância incontestável da teoria rodrigueana dos princípios trabalhistas. De outro lado, o embasamento da reconstrução dogmática contemporânea está lastreado na obra da doutrinadora portuguesa Maria do Rosário Palma Ramalho que, analisando a flexibilização da legislação laboral e a crise dos valores do direito do trabalho, defende a manutenção da autonomia dogmática do ramo jurídico, mas, para tanto, aponta a necessidade de os princípios juslaborais serem redescobertos em novas perspectivas.

A estruturação da dissertação se dá em três capítulos principais. No primeiro capítulo, fundamentado na teoria geral do direito, apresentar-se-á o conceito, as funções e a aplicação da dogmática jurídica, visando desvendar como se dá a sua interação com as normas no processo de sistematização do ordenamento.

No segundo capítulo será apresentada a dogmática juslaboral clássica como matéria dotada de autonomia que se separa do direito comum para fornecer uma regulação especial, analisando-se sua gênese e evolução histórico-normativa, seus aspectos fundamentais, a arquitetura principiológica erigida com caráter protetivo unilateral, bem como a propagada “crise” do direito do trabalho em suas diferentes dimensões.

No terceiro e último capítulo, visando a superação da crise teórico-valorativa, será investigada a viabilidade de reconstrução da dogmática juslaboral mediante o reconhecimento do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão, analisando-se a sua assimilação pelo ordenamento jurídico brasileiro no marco pós-reforma trabalhista de 2017.

1 FUNDAMENTOS DA DOGMÁTICA JURÍDICA

A compreensão dos fundamentos da dogmática jurídica é uma primeira etapa teórica imprescindível para a investigação proposta nesta dissertação, afigurando-se necessário desvendar como se dá a interação entre o paradigma dogmático e as normas jurídicas no processo de sistematização e descoberta dos princípios latentes do ordenamento.

Para tanto, neste primeiro capítulo, com abordagem geral, apresentar-se-á o conceito e as funções da dogmática jurídica, bem como as fases do pensamento jurídico-dogmático, sem olvidar das críticas apresentadas pela doutrina. Por fim, analisar-se-á a interação entre a função estabilizadora da dogmática e a inovação legislativa, visando oferecer um embasamento teórico sólido para que, nos capítulos seguintes, sejam abordadas as especificidades da dogmática própria do direito do trabalho e as repercussões a esta acarretadas pela reforma trabalhista.

1.1 Conceito e funções da dogmática jurídica

Conceituar a dogmática jurídica é uma função essencialmente complexa, pois o paradigma apresenta uma origem plural, composta por um processo multifário, como alerta Vera Regina Pereira de Andrade⁸.

O jurista e filósofo alemão Theodor Viehweg propôs a categorização do pensamento jurídico mediante a distinção entre os modelos de raciocínio dogmático e zetético, partindo da afirmação de que qualquer campo do conhecimento pode ser analisado sob um esquema de “perguntas e respostas”, o qual, de um lado, pode optar por dar maior ênfase aos questionamentos ou, de outro, às soluções⁹.

Viehweg sustenta que quando a ênfase reside nas perguntas, mesmo os pontos de vista que são adotados como orientadores da investigação são sempre questionados. Enquanto sugestões vulneráveis, não são considerados definitivos, de

⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 29.

⁹ VIEHWEG, Theodor. Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. Revisão de E. Garzón Valdés e Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 1991, p. 117-118.

forma que a real tarefa desse modo de raciocínio é caracterizar o horizonte de questionamentos existente no campo em voga. Por outro lado, quando a ênfase recai sobre as respostas, alguns pontos de vista adotados como respostas são explicitamente excluídos de toda a discussão, de modo que, por via de consequência, dominam todas as respostas ulteriores, que deverão demonstrar, de alguma maneira aceitável, que são compatíveis com as respostas básicas¹⁰.

O autor, então, define o primeiro modelo segundo a palavra grega *zetein* (perquirir), cujo emprego intelectual correspondente seria “zetética”, pois caracterizado por uma investigação em que as opiniões ou proposições são postas em dúvida reiteradamente. Já no segundo modelo, como se trata de fixar certas opiniões, cuja validade é intangível e com as quais se prova a validade de novas opiniões, Viehweg o define segundo as palavras gregas *dokein* (doutrinar, formar uma opinião) e *dogma* (opinião), de modo que seu emprego intelectual deve ser denominado “dogmática”¹¹.

Como a estrutura do pensamento dogmático é caracterizada por colocar fora de discussão uma série de afirmações, recebidas como dogmas, deve haver no sistema, pelo menos um dogma fundamental, ou vários dogmas fundamentais compatíveis entre si, considerados como incontestáveis. Todas as soluções propostas dentro da dogmática haverão de ser conciliadas com esses dogmas fundamentais¹².

Por todo o exposto, Viehweg sustenta ser facilmente compreensível que um esquema de pensamento que termina por diluir-se em questionamentos (zetético) não serve como apoio confiável à pessoa que atua, sendo manifestamente impróprio para cumprir a função social de oferecer uma opinião jurídica vinculante. Ressalta que à pessoa que atua no aqui e agora não se pode oferecer como respaldo uma diretiva que, em última instância, é infinita. Nessa senda, ao passo que jurista trabalha com a determinação necessária do comportamento humano, afirma que o faz cultivando uma

¹⁰ VIEHWEG, Theodor. Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. Revisão de E. Garzón Valdés e Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 1991, p. 118.

¹¹ VIEHWEG, Theodor. Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. Revisão de E. Garzón Valdés e Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 1991, p. 118.

¹² VIEHWEG, Theodor. Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. Revisão de E. Garzón Valdés e Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 1991, p. 16.

dogmática jurídica casuística e razoável que, por uma parte, é suficientemente elástica e, de outra, suficientemente estável¹³. Assim, o jurista alemão defende que a dogmática somente exercerá a função social que dela se espera se for regular o comportamento de uma sociedade de modo a não deixar sem resposta nenhuma questão essencial em um campo que deve ser caracterizado com maior precisão. Portanto, presta-se a solucionar os conflitos sociais sem deixar resíduos perturbadores. De outro lado, o enfoque zetético não se preocupa em orientar ações ou viabilizar decisões, mas submete sua pesquisa à prova e está sempre disposto a modificá-la¹⁴.

Dogmáticas, portanto, são as afirmações que são posicionadas fora de qualquer dúvida, havendo tão somente um dever de explicação daquilo que está posto. Por outro lado, zetéticas são as investigações questionadoras e infinitas, que possuem não só o dever de explicação, mas também de fundamentação de suas afirmações, que são sempre colocadas em dúvida. Viehweg descreve que, enquanto o pensamento dogmático tem a função diretiva de possibilitar a decisão e orientar a ação, a zetética não tem qualquer pretensão de ser prática, mas visa propiciar o conhecimento do objeto de estudo, tendo função cognoscitiva¹⁵.

Dessa forma, cita como exemplo do raciocínio dogmático aquele desenvolvido nas áreas particulares de sistemas jurídicos específicos, tais como o direito penal inglês, o direito privado alemão, entre outros. Por sua vez, o raciocínio zetético estaria presente nas disciplinas como história do direito, sociologia do direito, psicologia do direito, criminologia, entre outras. Na zetética, o direito positivo é visto como uma mera possibilidade, com distância crítica e analítica¹⁶, enquanto a dogmática encontra na norma jurídica o dogma de partida de sua argumentação.

¹³ VIEHWEG, Theodor. Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. Revisão de E. Garzón Valdés e Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 1991, p. 17.

¹⁴ VIEHWEG, Theodor. Ideología y dogmática jurídica. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. Revisão de E. Garzón Valdés e Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 1991, p. 103-104.

¹⁵ VIEHWEG, Theodor. Apuntes sobre una teoría retórica de la argumentación jurídica. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. Revisão de E. Garzón Valdés e Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 1991, p. 173-174.

¹⁶ VIEHWEG, Theodor. Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. Revisão de E. Garzón Valdés e Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 1991, p. 119.

Essa distinção de Viehweg é resgatada por Ferraz Júnior, que reitera a possibilidade de duas ênfases na investigação jurídica: o acentuamento do aspecto pergunta, ou do aspecto resposta. No primeiro caso, classificado como zetético, as premissas ficam abertas à dúvida; isto é, aqueles elementos que, como teoria, explicariam um fenômeno, conservam seu caráter hipotético e problemático, com qualidade de tentativa, permanecendo sujeitos à crítica. No segundo caso, classificado como dogmático, determinados elementos (*v. g.*: normas jurídicas, que são tidas como dogmas), são subtraídos da dúvida, prevalecendo o lado resposta; ou seja, esses elementos não são atacáveis e, justamente por esse motivo, ditam as demais respostas, que devem ser amoldadas a esses dogmas entendidos como premissas inquestionáveis¹⁷.

Exemplo da premissa dogmática, segundo Ferraz Júnior, está estampado no princípio da legalidade (art. 5º, inc. II, da CRFB), que obriga o jurista a pensar os problemas com base na lei, conforme à lei, para além da lei, mas nunca contra a lei, de modo que o estudo do direito deve sempre buscar compreendê-lo e torná-lo aplicável dentro balizas da ordem vigente. O autor ressalva que o jurista teórico não deve desprezar o direito efetivo de uma comunidade, os fatores sociais que condicionaram sua formação, sua eficácia social, sua relevância como instrumento de poder, tampouco os valores que o justificam moralmente, situações em que sua investigação recebe traços da zetética; porém, em sua perspectiva, prepondera o aspecto dogmático na investigação jurídica¹⁸.

O sociólogo alemão Niklas Luhmann enfatiza que ao passo que o direito é tratado segundo critérios propriamente jurídicos, a dogmática jurídica diferencia o sistema jurídico dos demais sistemas sociais¹⁹. Não obstante, sustenta que a dogmática tem que oferecer conceitos jurídicos adequados à sociedade. Isto não significa que devam ser definitivamente conceitos sociológicos, tampouco que devam refletir de modo adequado a sociedade, pois, constrangido a tomar uma decisão, o

¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 40-41.

¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 48.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Tradução de Luis E. Marcano Salazar e equipe. 1. ed. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 32.

sistema jurídico não pode refletir dentro de si nem toda a complexidade e nem todas as abstrações fundamentais da sociedade. Por isso, o critério de adequação somente pode se referir às reduções com as quais o sistema jurídico desenvolve sua função específica de resolução de conflitos em toda a sociedade²⁰. A dogmática jurídica, assim, permite a distinção, dentre os diversos fatos sociais, aqueles que são juridicamente relevantes e devem influir nas decisões²¹.

A esse respeito, Ferraz Júnior exemplifica que a pendência salarial em uma relação de emprego envolve não só aspectos econômicos, sociais, morais e políticos extensos da sociedade em sua totalidade, mas também aspectos próprios à condição individual de cada um, com reflexos sobre a família, educação dos filhos, saúde, circundando muitas peculiaridades bastante concretas. Contudo, com a dogmática, o conflito é alçado a um nível de abstração em que passa a ser tratado em termos de normas e instituições, de definição de salário, de obrigação trabalhista, o que, então, “permite a neutralização do conflito nos termos de ele não ser tratado em toda a sua extensão concreta, mas na medida necessária à sua decidibilidade com um mínimo de perturbação social”^{22 23}.

A principal característica da dogmática jurídica reside naquilo que Luhmann denomina “princípio da proibição de negação dos pontos de partida das cadeias

²⁰ LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Tradução de Luis E. Marcano Salazar e equipe. 1. ed. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 75-76.

²¹ Em interessante artigo, Boaventura de Souza Santos defende que o direito (isto é, as leis, as normas, os costumes, as instituições jurídicas), como forma de representação social e modo específico de imaginar a realidade, guarda semelhanças com as representações cartográficas dos mapas, abordagem que denomina “cartografia simbólica do direito”. O autor apresenta que da mesma forma que os mapas necessitam distorcer a realidade para serem úteis (v. g. um mapa exato teria o mesmo tamanho do território representado, perdendo sua utilidade), as várias formas de direito têm em comum o fato de serem mapas sociais e, tal como os mapas cartográficos, recorrem aos mecanismos de escala, projeção e simbolização para representar e distorcer a realidade, de modo a reduzi-la ao essencial. SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegómenos a uma concepção pós-moderna do direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 24, p. 139-172, mar. 1988, p. 141-148.

²² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 254.

²³ A abstração dogmática, porém, é objeto de crítica por Lenio Streck. Para o autor, tal processo opera a “coisificação” das relações jurídicas, pois os problemas do universo fenomênico dão lugar para uma abstração “jurídico-conceitual-objetificante”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 58-60.

argumentativas”²⁴. Às normas jurídicas é conferido o *status* de “dogmas”²⁵, que devem ser necessariamente levados em consideração como ponto de partida de qualquer série argumentativa. A dogmática jurídica, pois, consiste na coordenação e sistematização, segundo princípios gerais, das conclusões obtidas pela interpretação, cabendo ao jurista a construção de um sistema lógico tendo como ponto de partida as posições normativas que operam no tempo e no espaço²⁶.

Sendo a norma jurídica considerada como um dogma prefixado e que, portanto, não pode ser desconsiderado pelo jurista em sua série argumentativa, o questionamento do dogma deve ater-se aos parâmetros fixados pelas próprias normas jurídicas, como no caso de arguição de inconstitucionalidade material ou incompetência do órgão legiferante, sem prejuízo à coerência interna do sistema normativo²⁷. Assim, não é correto afirmar que um dogma é absolutamente inquestionável, mas sim que eventual questionamento deverá estar lastreado em outro dogma que tenha *status* capaz de superar o padrão posto sob dúvida.

Contudo, assimilar a proibição de negação descrita não é suficiente para definir a dogmática, pois a inquestionabilidade dos pontos de partida apenas aponta do que

²⁴ LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Tradução de Luis E. Marcano Salazar e equipe. 1. ed. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 21.

²⁵ A evolução do sentido do vocábulo dogma é apresentada por Beltrão e Guimarães. Segundo os autores, na antiguidade, dogma significava uma decisão, um juízo ou uma ordem, refletindo as crenças fundamentais das escolas filosóficas e seus princípios irreduzíveis. Posteriormente, o termo passou a ser utilizado para designar as decisões dos concílios e das autoridades eclesiásticas sobre as matérias essenciais da fé, blindadas com uma autoridade absoluta, impassível de qualquer discussão. Já na segunda metade do século IV, esse sentido foi revisto, considerando-se dogmas as crenças compreendidas pela igreja como verdades reveladas por Deus, desempenhando o ponto de partida de todas as considerações teológicas. Após, com o movimento de Reforma Protestante e os conflitos religiosos dos séculos XVI e XVII, o papel dos dogmas foi de conferir um caráter sistemático e um ideário de perfeição, a fim de que os conhecimentos teológicos não fossem substituídos por discussões, dúvidas ou heresias. Mesmo após o Renascimento e a ruptura entre o direito e a religião, a dogmática permaneceu tendo espaço no vocabulário jurídico. Voltando às origens, a acepção do vocábulo dogma foi ampliada para assinalar um conhecimento (não necessariamente cristão) dotado de certezas inflexíveis e indiscutíveis. No léxico filosófico, a referência é destinada às concepções teóricas que tendem a ter por absolutas suas próprias teorias, sem se dispor a colocá-las em discussão de forma crítica. Ancorada nessa orientação é erigida a dogmática jurídica na modernidade europeia e brasileira, compreendendo que deve haver a necessária observância dos dogmas, sem os quais a operacionalidade do direito não pode ser traduzida em nenhum modo utilizável. BELTRÃO, Demétrius Amaral; GUIMARÃES, Henrique Cassalho. Dogmática jurídica: notas para reflexão. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 12, 2018, p. 4-5.

²⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. 9. tir. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 324-325.

²⁷ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175.

o paradigma dogmático depende, mas não é suficiente para conceituá-la. Para a assimilação do paradigma dogmático, deve-se, também, atentar às suas funções positivas, que consistem em explorar os textos e experiências em um nível de flexibilidade. A dogmática jurídica não serve a si mesma, mas para a vida, quer dizer, para a aplicação do direito. Assim, a compreensão desse paradigma não passa pela fixação na limitação visual da inegabilidade dos pontos de partida, mas é encontrada nos resultados de abstração e nas liberdades de interpretação que com ela se fazem possíveis²⁸.

Como a dogmática é voltada à decidibilidade dos conflitos, alguns elementos são subtraídos à dúvida²⁹. Porém, diferentemente do que pode indicar à primeira vista, a dogmática jurídica não se exaure na mera fixação do dogma estabelecido pelo direito posto³⁰, mas, partindo dele, arquiteta o *iter* para uma resposta lógica³¹. Destarte, a dogmática não serve como uma prisão para o espírito, mas sim o contrário, aumentando as liberdades no trato com as experiências e os textos³². Vera Pereira de Andrade enfatiza: “a tarefa metódica de índole construtiva se projeta para além dos termos em que se circunscreve o dado positivo, reenviando o jurista para a descoberta e apreensão de conceitos e princípios (latentes) a que as normas se referem”³³.

Afinal, como ressalta Bobbio, ao lado dos princípios expressos, existem os não expressos, aqueles que são extraídos por abstração de normas específicas ou ao menos não muito gerais, sendo formulados pelo intérprete, que busca compreender,

²⁸ LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Tradução de Luis E. Marcano Salazar e equipe. 1. ed. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 21-22.

²⁹ BELTRÃO, Demétrius Amaral; GUIMARÃES, Henrique Cassalho. Dogmática jurídica: notas para reflexão. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 12, 2018, p. 10.

³⁰ Como alerta Reale, confusões surgem pela adoção do termo “dogma”, que poderia sugerir que a lei seria então uma verdade inquestionável e infalível. No entanto, o emprego do termo reside na compreensão de que a lei é um ponto de partida para o jurista, que não pode ignorar as disposições legais meramente por serem contrárias aos seus objetivos. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. 9. tir. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 325.

³¹ BELTRÃO, Demétrius Amaral; GUIMARÃES, Henrique Cassalho. Dogmática jurídica: notas para reflexão. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 12, 2018, p. 6.

³² LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Tradução de Luis E. Marcano Salazar e equipe. 1. ed. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 21-22 e FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 49.

³³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 18.

comparando as normas aparentemente diferentes entre si, aquilo que comumente se chama de espírito do sistema³⁴.

Nesse sentido, Santiago Nino sustenta que embora a dogmática jurídica esteja fortemente impregnada da ideologia positivista, com manifesta adesão ao direito legislado, ela cumpre a importante função de reformular o direito, propondo precisões aos termos vagos, completando lacunas, resolvendo suas incoerências e ajustando suas normas a determinados ideais axiológicos, de modo a prestar seu mais importante serviço à administração da justiça³⁵.

Propicia, assim, certa flexibilidade ao intérprete, que não mais resta estritamente vinculado ao texto do dispositivo legal, mas passa a contar com toda uma gama de princípios, institutos e conceitos que sistematizam o direito em causa. Essa é, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, uma das funções mais importantes da dogmática jurídica:

Ligando a Dogmática à questão da decidibilidade entendemos também uma das suas mais importantes funções: o modo como ela propicia uma certa flexibilidade na exploração de textos e de experiências. Não há dúvida de que, embora, à primeira vista, a impressão seja a oposta, a sua máxima função não está na fixação do estabelecido, mas na possibilidade de distância crítica na organização de considerações, fundamentos, relações, com os quais o material normativo, sobretudo, se torna controlável a aplicável, para além do seu caráter de dado do qual se parte³⁶.

Assim, ao conceituar a dogmática jurídica, Vera Pereira de Andrade destaca que esta, tendo por base o direito positivo vigente em um dado tempo e espaço, tem por tarefa metódica a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, visando ser útil à aplicação do direito³⁷. Prossegue a autora:

Desta forma, na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito vigente a dogmática, partindo da interpretação das normas jurídicas

³⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014, p. 148-149.

³⁵ SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. tir. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 326.

³⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 95-96.

³⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 18.

produzidas pelo legislador e explicando-as em sua conexão interna, desenvolve um sistema de teorias e conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função de garantir maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica³⁸.

Já a autora portuguesa Palma Ramalho apresenta um conceito mais enxuto de dogmática jurídica, que seria entendida como a recondução de um conjunto ordenado de comandos normativos de um sistema jurídico a valorações axiológicas fundamentais, compreensivas e informadoras do próprio sistema normativo, de modo a legitimar axiologicamente o sistema de direito positivo pelo isolamento das valorações materiais que lhe subjazem e informam a sua evolução³⁹.

Por sua vez, o jurista argentino Santiago Nino dá ênfase a duas funções da dogmática. Em primeiro lugar, destaca a sistematização do ordenamento jurídico de modo a reposicionar conjuntos de normas por princípios mais gerais e pretensiosamente equivalentes a elas. Desse modo, alcança-se maior economia do sistema, que é apresentado com um conjunto de poucos princípios, cujas conseqüências lógicas são mais fáceis de determinar. Essa atividade não implica uma modificação do sistema jurídico em si, desde que se limite a formular enunciados com um alcance equivalente ao sancionado originalmente pelo legislador. Sem embargo, constata não ser rara a transposição desse limite por juristas dogmáticos, que propõem princípios gerais que possuem um campo de referência muito maior do que o conjunto de normas englobadas, permitindo derivar dos princípios novas normas que, embora não estivessem incluídas no sistema originário, são inseridas de modo

³⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 18.

³⁹ A autora portuguesa Maria do Rosário Palma Ramalho apresenta distinção entre “sistemática” e “dogmática”. Segundo a autora, enquanto a sistemática se dedica à ordenação das regras jurídicas de acordo com determinados critérios ou pontos de vista, visando a função didática de facilitar a compreensão das regras jurídicas com sua arrumação lógica para preencher lacunas e antinomias aparentes, a dogmática diz com a recondução de um conjunto ordenado de comandos normativos de um sistema jurídico à valorações axiológicas fundamentais, compreensivas e informadoras do próprio sistema normativo, de modo a legitimar axiologicamente o sistema de direito positivo por meio do isolamento das valorações materiais que lhe subjazem e informam a sua evolução. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 147.

quase imperceptível⁴⁰. Santiago Nino registra que por meio das técnicas de sistematização frente às normas positivas a dogmática exerce a sua atividade mais relevante de apontar os princípios valorativos que permitem justificar e completar tais normas⁴¹.

A segunda técnica apresentada por Santiago Nino diz com a formulação de “teorias dogmáticas”, que se apresentam como descritivas de algum aspecto importante da realidade social ou do *status* ontológico de alguma instituição ou conceito. São exemplos de teorias dogmáticas a da relação de emprego para o direito do trabalho, a do abuso de direito para o direito civil e a do ato do comércio para o direito empresarial. Essas teorias dogmáticas são constituídas por enunciados normativos e se destinam a justificar normas legisladas que delas são inferidas, bem como cumprem a função de permitir o reconhecimento de novas normas originalmente não pertencentes ao direito legislado. Desse modo, sem renunciar à sua aparência descritiva do direito posto, a dogmática permite a construção do direito por parte dos juristas pela roupagem de uma explicação do direito positivo ou da realidade que o circunda⁴².

Ao tratar da função social da dogmática jurídica, Ferraz Júnior aponta que esta é, sobretudo, uma instância de viabilização do direito, na medida em que atua como instrumento capaz de proporcionar uma congruência estável entre os mecanismos de controle social, ditando as condições do juridicamente possível. Assim, o jurista brasileiro aponta que a dogmática não se confunde com o direito, nem com as expectativas normativas, nem com as instituições e nem com os valores, mas os atravessa diagonalmente. Destarte, mediante o estabelecimento de princípios para a compreensão da congruência do ordenamento e suas demais técnicas, a dogmática permite a integração de normas e instituições pela determinação de finalidades

⁴⁰ SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. tir. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 333.

⁴¹ SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. tir. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 344.

⁴² SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. tir. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 334.

programáticas, pela constituição de premissas e postulados da argumentação jurídica⁴³.

Nesse mesmo sentido, Santiago Nino aponta que a dogmática jurídica tem exercido uma função social extraordinariamente relevante. Independentemente de sua atividade de sistematizar o direito legislado, propicia soluções jurídicas muito mais coerentes, completas, precisas e adequadas axiologicamente do que o material criado pelos legisladores, sem, contudo, abdicar da sua adesão à legislação. Assim, é mantido o ideal da separação de poderes, permitindo aos tribunais fundamentarem suas soluções em interpretações autênticas da legislação, e não em sua própria opinião⁴⁴.

Há, portanto, uma reconstrução do direito que faz com que as soluções propostas pela dogmática jurídica pareçam decorrentes do próprio direito legislado, cumprindo com certos ideais racionais e axiológicos de preservação da segurança jurídica. Mas isto só é possível, segundo Santiago Nino, pela noção de “legislador racional”⁴⁵.

Por consequência da atribuição de racionalidade ao legislador, são-lhe conferidos certos atributos fictos, de modo a ser considerado como se fosse personalizado em um único indivíduo (responsável por ditar todas as normas que integram o ordenamento jurídico), imperecível (cuja vontade é relacionada com a validade da norma), consciente (que sabe do que está legislando), onisciente (que sabe todas as circunstâncias fáticas compreendidas dentro das normas que dita, ainda que sejam infinitas), operativo (que não dita normas sem aplicabilidade), justo (que concede as soluções axiologicamente mais adequadas), coerente (que é isento de contradições), onicompreensivo (que não deixa nenhuma relação jurídica sem regulação) e preciso (cuja vontade sempre tem uma direção inequívoca)⁴⁶.

⁴³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 117.

⁴⁴ SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. tir. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 338.

⁴⁵ SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. tir. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 328.

⁴⁶ SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. tir. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 328-329.

Segundo o autor, é graças à pressuposição de um legislador racional que os juristas dogmáticos podem atribuir a este as soluções alcançadas pelo paradigma dogmático, a fim de adequar o direito a certos padrões axiológicos vigentes, fechar lacunas, eliminar contradições, precisar seus termos vagos, prescindir as normas supérfluas, sem que isto tudo pareça como uma modificação do ordenamento jurídico, mas sim como genuinamente teria sido pensado pela figura do legislador racional⁴⁷.

Assim, a dogmática jurídica outorga, ao mesmo tempo, coerência ao ordenamento jurídico ao guardar na norma o ponto de partida para a construção do pensamento, bem como profundidade, permitindo que, por meio da interpretação, sejam alcançadas respostas mais amplas do que aquelas que decorreriam imediatamente do dado posto. Nessa senda, Miguel Reale classifica a dogmática jurídica como “o momento culminante da aplicação da Ciência do Direito”, pois se concretiza quando “o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe o ordenamento jurídico”⁴⁸.

1.2 Fases do pensamento jurídico-dogmático

Embora tenha raízes bastante sedimentadas, a dogmática jurídica preconizada na atualidade não guarda os exatos traços característicos do positivismo jurídico de outrora, mas encontra-se renovada conforme os parâmetros do modelo pós-positivista.

Ainda que o desenvolvimento do paradigma dogmático seja umbilicalmente ligado ao processo de positivação do direito, com este não se confunde. Deve-se atentar ao alerta de Ferraz Júnior de que a ligação entre a dogmática e o processo de positivação não torna o direito positivo objeto único da dogmática jurídica, mas apenas condiciona as investigações que se façam em seu nome⁴⁹.

⁴⁷ SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. tir. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 329.

⁴⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. 9. tir. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 322-323.

⁴⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 83.

A seguir, serão abordadas as diferentes fases do pensamento jurídico-dogmático, abordando sua gênese no método jurídico de Jhering, seu desenvolvimento no positivismo, os apontamentos feitos pela teoria crítica do direito, bem como a sua feição atual no modelo pós-positivista.

Ressalva-se, porém, que não está no escopo desta pesquisa elaborar uma investigação amíúde das diferentes matrizes de pensamento das teorias historicista, positivista, crítica ou pós-positivista (as quais, por si só, já renderiam tema para outras quatro dissertações). O enfoque desta seção é relacionar as fases do paradigma dogmático perante as diferentes concepções do direito, razão pela qual o delineamento dos modelos se faz necessário, mas sem intenção de esgotamento investigativo dessas matrizes.

1.2.1 Dogmática jurídica no método de Jhering

Conforme Vera Regina Pereira de Andrade, a primeira formulação teórica substancial que teve por objeto a dogmática jurídica é encontrada na obra “O espírito do direito romano”⁵⁰, do jurista alemão Rudolf von Jhering⁵¹, publicada em quatro volumes entre os anos de 1852 e 1865⁵².

Nela o autor apresenta a dogmática jurídica como um método universal, aplicável a qualquer ordenamento⁵³, calcada em certas técnicas de pesquisa

⁵⁰ A importância do estudo do direito romano, com a adoção da função histórica da legislação, se devia à inexistência de codificação na Alemanha do século XIX. O direito científico alemão, que na primeira metade do século XIX deu origem à doutrina pandectista, atingiu seu clímax próximo da metade desse século com a chamada jurisprudência dos conceitos, tendo como obra mais expressiva “O espírito do direito romano” de Rudolf Von Jhering. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia de direito**. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 121-122.

⁵¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 45.

⁵² A obra consultada nesta investigação é a tradução de excertos que correspondem à teoria geral do direito formulada por Jhering em seu tratado maior “O espírito do direito romano”: JHERING, Rudolf von. **A dogmática jurídica**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2013.

⁵³ ZULETA PUCEIRO, Enrique. **Paradigma dogmático y evolución científica en el saber jurídico**. 1980. 498f. Tese (Doutorado) – Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1980, p. 20-21.

elaboradas e refinadas ao longo dos séculos⁵⁴. Segundo Jhering, assim como é possível constatar a respeito do método matemático, os princípios do método jurídico serão para todo o sempre e invariavelmente os mesmos⁵⁵, ao que complementa que:

O método jurídico não é uma regra externa, arbitrariamente aplicada ao direito; é o meio único fornecido pelo mesmo direito em virtude de uma necessidade contida na sua própria essência de regular e maneira segura a marcha do direito no campo da prática⁵⁶.

O jurista alemão constata que “o direito existe para realizar-se”⁵⁷, o que é viabilizado por meio da “técnica jurídica”. Esta corresponde à maneira como o direito deve organizar-se e estabelecer-se para que seu mecanismo simplificado facilite e assegure o mais amplamente possível a aplicação das regras de direito nos casos concretos⁵⁸.

Nessa senda, Jhering defende que a simplificação dos materiais jurídicos, visando facilitar a sua aplicação, corresponde à operação mais importante à qual deve se ocupar o jurista, distinguindo entre “simplificação quantitativa” e “simplificação qualitativa”. Conforme Jhering, a “simplificação quantitativa” corresponde a uma “lei da economia”, pois se dá mediante a diminuição da massa de materiais jurídicos sem gerar prejuízo para os resultados que se deseja alcançar, tornando o mais possível com o menor número de elementos⁵⁹. Já a “simplificação qualitativa” diz com a ordem interna do direito, quando as suas partes, mesmo que limitadas e separadas, são reunidas harmonicamente em um sistema de unidade⁶⁰.

A técnica jurídica apresentada por Jhering possui três operações fundamentais: a) análise jurídica; b) concentração lógica; e c) construção jurídica, as quais serão a

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 123.

⁵⁵ JHERING, Rudolf von. **A dogmática jurídica**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2013, p. 72.

⁵⁶ JHERING, Rudolf von. **A dogmática jurídica**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2013, p. 72.

⁵⁷ JHERING, Rudolf von. **A dogmática jurídica**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2013, p. 82.

⁵⁸ JHERING, Rudolf von. **A dogmática jurídica**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2013, p. 85.

⁵⁹ JHERING, Rudolf von. **A dogmática jurídica**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2013, p. 89.

⁶⁰ JHERING, Rudolf von. **A dogmática jurídica**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2013, p. 92.

seguir abordadas. As duas primeiras relacionam-se com a “simplificação quantitativa”, enquanto a última diz com a “simplificação qualitativa”.

A “análise jurídica” de Jhering consiste em um processo de decomposição do material jurídico em que há a separação das partes gerais e particulares ou locais. Trata-se, pois, de analisar e reduzir o direito a elementos simples⁶¹.

Já a “concentração lógica” corresponde ao caminho inverso da operação precedente: no processo de recomposição das partes gerais, encontradas na fase de “análise jurídica”, o jurista chega à formulação do princípio latente, quase sempre não expresso nas leis, mas que delas decorre. Jhering enfatiza a “importância capitalíssima” do descobrimento final do princípio:

O descobrimento final do princípio tem importância capitalíssima para a ciência, não somente porque já se encontra concentrada e reunida toda a matéria jurídica existente e antes dispersa, mas também porque, uma vez descoberto e encontrado o princípio, ele vem a ser fonte de novas regras, que não são outra coisa senão toda a série de consequências que esse princípio abarca e que haviam permanecido ocultas⁶².

Segundo Bobbio, a descoberta desse princípio latente por meio da operação de “concentração lógica” de Jhering permite que o jurista domine e se assenhere de toda a matéria por abrangida pelo princípio:

Cabe ao jurista percorrer toda a circunferência até encontrar a via de ingresso para chegar ao centro. E quando chega é sinal de que alcançou o princípio, a partir do qual se domina e se assenhora de toda a circunferência. A descoberta dos princípios é de importância capital para a ciência jurídica, não só pela concentração a que dá lugar, como também pelas novas regras que desta nascem⁶³.

Por fim, para explicar a operação de “construção jurídica”, Jhering separa a ciência do direito entre “jurisprudência⁶⁴ inferior” e “jurisprudência superior”.

A interpretação, segundo Jhering, caracteriza toda a “jurisprudência inferior”:

⁶¹ JHERING, Rudolf von. **A dogmática jurídica**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2013, p. 93-95.

⁶² JHERING, Rudolf von. **A dogmática jurídica**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2013, p. 111.

⁶³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 124-125.

⁶⁴ O termo “jurisprudência”, tanto em Jhering como em boa parte da tradição jurídica estrangeira, deve ser entendido como sinônimo de “ciência do direito”, não se confundindo com a acepção jurídico-brasileira estrita, correspondente ao entendimento sufragado por uma corte judicial.

A interpretação, tenho aqui em uma palavra todo o campo de atuação da jurisprudência inferior. Explicar a matéria, resolver as contradições aparentes, dissipar as obscuridades e as faltas de precisão, esclarecer todo o conteúdo da vontade do legislador, deduzir de disposições existentes o princípio em que se baseiam e tirar esses princípios todas as suas consequências é o objeto que cabe à interpretação [...]. Aplicada ao direito, a interpretação não cria nada novo nem pode fazer mais que aclarar os elementos jurídicos substanciais já existentes⁶⁵.

Por sua vez, a “jurisprudência superior” diz com a conceituação, construção e sistematização do direito. Isto porque, em seus momentos fundacionais, a dogmática teve por objeto um ordenamento que, além de não ser integrado por normas jurídicas em sentido estrito, era marcado por uma influência histórica criadora de complicados problemas de compatibilidade, de modo que a investigação dogmática do direito romano propiciou uma autêntica formulação de normas, requerendo a enunciação destas como obra da própria atividade científica, por meio da “construção jurídica”⁶⁶.

Segundo Jhering, “a construção jurídica [...] forma a arte plástica da jurisprudência, cujo objeto e fim é o corpo jurídico”⁶⁷; por vezes recaindo sobre a construção do corpo na sua totalidade e, em outras, “serve de auxiliar para explicar as circunstâncias determinadas da vida do corpo e aplanar contradições aparentes de corpos isolados com sua noção fundamental”⁶⁸.

A interpretação, portanto, seria o primeiro grau⁶⁹ na atividade construtiva da ciência jurídica, momento em que realizada uma síntese dos dados empíricos normativos, base sobre a qual a ciência se projeta até a unidade superior, cujo resultado é a construção de um sistema jurídico⁷⁰. Assim, em sua gênese, a dogmática corresponde às operações interpretativas e construtivas do jurista, expressa em um

⁶⁵ JHERING, Rudolf von. **A dogmática jurídica**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2013, p. 115.

⁶⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 65.

⁶⁷ JHERING, Rudolf von. **A dogmática jurídica**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2013, p. 125.

⁶⁸ JHERING, Rudolf von. **A dogmática jurídica**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2013, p. 125-126.

⁶⁹ JHERING, Rudolf von. **A dogmática jurídica**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2013, p. 116.

⁷⁰ ZULETA PUCEIRO, Enrique. **Paradigma dogmático y evolución científica en el saber jurídico**. 1980. 498f. Tese (Doutorado) – Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1980, p. 29-30.

conjunto sistemático de categorias científicas, que visa dar razão à totalidade da experiência jurídica⁷¹.

Embora considere o direito como uma realidade socialmente posta e com unidade sistemática de normas gerais, a construção teórica de Jhering não é propriamente classificada como uma fase do positivismo por Bobbio, mormente por ter no direito romano o material jurídico posto e sustentar que seria tarefa da ciência do direito, mais do que do legislador, transformar esse material em um ordenamento jurídico unitário e sistemático⁷². A seguir, será abordada a dogmática na concepção positivista de direito, matriz na qual ela teve um terreno fértil para seu desenvolvimento.

1.2.2 Dogmática jurídica na perspectiva positivista

Não obstante tenha tido sua gênese com Jhering em período anterior à codificação alemã, a dogmática jurídica desenvolveu-se como a verdadeira expressão do positivismo científico no âmbito do direito, estruturando-se como paradigma de uma ciência moderna⁷³.

A ciência positivista orientou-se diretamente por proposições e procedimentos pelos quais as teorias são construídas e verificadas. Para o alcance do cientificismo marcado pela neutralidade enaltecida pelo positivismo jurídico, a vontade e a aceção valorativa do intérprete devem ser anuladas. Assim, a consequência mais sensível da adoção do positivismo no pensamento jurídico reside no desaparecimento da importância da figura do sujeito cognoscente no ato da interpretação^{74 75}.

⁷¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 47.

⁷² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 122.

⁷³ ZULETA PUCEIRO, Enrique. **Paradigma dogmático y evolución científica en el saber jurídico**. 1980. 498f. Tese (Doutorado) – Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1980, p. 10.

⁷⁴ ZULETA PUCEIRO, Enrique. **Paradigma dogmático y evolución científica en el saber jurídico**. 1980. 498f. Tese (Doutorado) – Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1980, p. 49-50.

⁷⁵ Nesse mesmo sentido, ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 46.

Inclusive, já na primeira página de sua obra “Teoria pura do direito”, Kelsen fundamenta a “pureza” de sua investigação na limitação da abordagem ao direito positivo. Apresenta dura crítica à influência que a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política têm sobre o direito, afirmando que, embora sejam disciplinas a ele conexas, acarretam um “sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”⁷⁶.

Dada a importância do positivismo jurídico para o desenvolvimento do paradigma dogmático, a dissertação adotará o referencial de Norberto Bobbio para desvendá-lo com maior atenção, ainda que sem ter a pretensão de esgotamento. Segundo leciona o professor italiano, o positivismo jurídico manifestou-se sob três aspectos: a) como modo de abordar o estudo do direito; b) como teoria do direito; e c) como ideologia do direito⁷⁷, os quais serão delineados a seguir.

a) O positivismo como modo de abordagem do estudo do direito

No que tange ao positivismo como modo de abordar o estudo do direito, adota-se uma postura científica frente a este. O positivismo nasce do esforço de transformar o estudo do direito em uma verdadeira ciência, que guarde as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Trata-se da busca pela característica fundamental da “avaliatividade”. Enquanto o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, e por isto é admitido pelo positivismo, o juízo de valor representa uma tomada de posição frente à realidade, não possuindo a finalidade de informar, mas de influir sobre o outro, motivo pelo qual é excluído pela ciência positivista, que busca um conhecimento puramente objetivo da realidade⁷⁸.

A esse respeito, Hans Kelsen defende que embora a ciência jurídica tenha por objeto as normas jurídicas e, portanto, os valores por meio delas constituídos, as suas

⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. Revisão de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 1.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 131-134.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 135.

proposições seriam como as leis naturais da ciência, limitando-se à descrição do seu objeto, alheia aos valores. Quer dizer, para Kelsen, a descrição realiza-se sem qualquer referência a um valor metajurídico e sem depender da aprovação ou desaprovação emocional. Portanto, o jurista austríaco defende que aquele que afirma, na descrição de uma ordem jurídica positiva, que por força desta deve ser posto um ato de coação, exprime isto mesmo, ainda que tenha por injusta ou desaprove a imputação do ato coercitivo ao seu pressuposto. Assim, ao operador caberia exclusivamente apontar se uma conduta é conforme ou contrária ao direito, prescrita ou proibida, se cabe ou não na competência de quem a realiza, independentemente do fato de o autor da afirmação considerar tal conduta como boa ou má moralmente, merecendo sua aprovação ou desaprovação⁷⁹.

Nessa senda, conforme Bobbio, o positivismo jurídico agarra-se ao conceito de “validade”⁸⁰, o qual indica a qualidade da norma jurídica que compõe um ordenamento jurídico real, efetivamente existente em uma dada sociedade. Por outro lado, embora a noção de “valor” como qualidade da norma jurídica que está em conformidade com o direito ideal (síntese de todos os valores fundamentais que devem inspirá-lo) fosse preconizada pelo jusnaturalismo, esse elemento perde importância perante o positivismo jurídico. Assim, é possível precisar o formalismo como a característica fundamental das definições positivistas, eis que estabelecem o que é o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal (validade), prescindindo seu conteúdo ou matéria por ele regulada; isto é, considera-se como o direito é produzido, e não o que ele estabelece⁸¹.

b) O positivismo como teoria do direito

⁷⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. Revisão de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 90.

⁸⁰ Barzotto enfatiza que o conceito de validade, em Kelsen, tem ao menos quatro sentidos, sendo a qualidade que expressa: a existência da norma; a sua pertinência a um ordenamento jurídico; a sua criação conforme outra norma; e, por fim, a sua obrigatoriedade. BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 37-39.

⁸¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 136-145.

Adentra-se, agora, na segunda manifestação do positivismo jurídico elencada por Bobbio, que diz com uma teoria do direito, estruturada com as seguintes particularidades: definição do direito em função da coação; a lei como fonte preeminente de direito; a norma como um comando; as normas vigentes como parte de um ordenamento jurídico; e a prevalência do aspecto declarativo na interpretação do jurista⁸². A seguir, esses aspectos serão aprofundados.

Fundamental para qualquer teoria é definir o seu objeto de estudo. Segundo Bobbio, o positivismo define o direito em função da coação, no sentido de que vê nesta um elemento essencial e típico do direito. Logo em seguida, porém, ressalva que isso não significa que essa posição seja necessariamente adotada por todos os teóricos juspositivistas^{83 84}.

Segundo Bobbio, embora a teorização tradicional da concepção coercitiva remonte a Kant e Jhering, foi Kelsen quem defendeu que a sanção não é um meio para realizar a norma jurídica, mas um elemento essencial da estrutura de tal norma⁸⁵, sustentando que:

Se o direito é concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de coerção, então a proposição jurídica que descreve o direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica especificado. Atos de coerção são atos a executar

⁸² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 132-134.

⁸³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 147.

⁸⁴ Por exemplo, o jusfilósofo inglês Herbert Hart, reconhecido como um dos principais expoentes do positivismo jurídico, defende que o direito não se configura em função da coercitividade de suas ordens, embasando sua posição no reconhecimento de regras jurídicas que são isentas de sanção. Cita as leis que concedem poderes aos particulares, como para outorgarem testamentos, celebrarem contratos ou casamentos, e leis que dão poderes a um juiz para julgar um caso ou a um ministro para fazer um regulamento, refutando a ideia de que a nulidade do ato que desrespeitasse os critérios dados por essas normas poderia representar uma coerção ou sanção. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 33-42.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 156.

mesmo contra a vontade de quem por eles é atingido e, em caso de resistência, com emprego da força física⁸⁶.

Assim, segundo as lições de Bobbio, na concepção positivista, o direito é um conjunto de regras que têm por objeto a regulamentação do exercício da força numa sociedade⁸⁷.

O segundo aspecto relevante teoria positivista do direito, de acordo com Bobbio, diz com uma definição das fontes do direito. A norma válida é aquela produzida por uma fonte autorizada, ou, em outros termos, quando se pode remontar a um dos fatos ou atos competentes ou capazes, segundo o ordenamento, de produzir normas jurídicas⁸⁸.

A esse respeito, Herbert Hart defende que o fundamento de um sistema jurídico consiste na situação em que membros e autoridades possuem um critério comum de identificação das regras primárias⁸⁹. Segundo o jusfilósofo inglês, o direito se configura por uma “regra de reconhecimento”, pela qual é estipulada a forma como as normas jurídicas podem ser identificadas, atestando a sua validade. Segundo o autor: “a afirmação de que uma regra concreta é válida significa que ela satisfaz todos os critérios facultados pela regra de reconhecimento”⁹⁰. Hart aponta que, em um sistema jurídico moderno, a regra de reconhecimento se dá por meio dos critérios dados por uma constituição escrita, pela aprovação por uma assembleia legislativa e por precedentes judiciais^{91 92}.

⁸⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. Revisão de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 121.

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 157.

⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 161.

⁸⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 114.

⁹⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 114.

⁹¹ Quanto à inclusão dos precedentes como fonte de direito, oportuno registrar que Hart escreve sua teoria no contexto do *common law* inglês.

⁹² HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 111-112.

Bobbio leciona que, sobretudo, a teoria positivista das fontes do direito está lastreada no princípio da prevalência da lei sobre todas as outras fontes, “visto que ela é a manifestação direta do poder soberano do Estado e que os outros fatos ou atos produtores de normas são apenas fontes subordinadas”⁹³.

O terceiro traço da teoria juspositivista, segundo Bobbio, é que a norma é tida como um comando, em uma concepção imperativista do direito, diferenciando-se de um mero conselho. Kant propôs a distinção entre “imperativo categórico” e “imperativo hipotético”, a qual usa para distinguir os imperativos morais (que são os imperativos categóricos) de todos os outros (que são os imperativos hipotéticos). O imperativo categórico é aquele que ordena uma ação boa em si mesma, tal como “não deves mentir”; se alguém perguntar o motivo de não dever mentir, a resposta será redundante: “pois não deves mentir”. Já o imperativo hipotético é aquele que não é bom em si mesmo, mas apenas condicionalmente, para atingir um determinado fim, tal como o imperativo “se quiser B, deve realizar A”. Quer dizer, enquanto o imperativo categórico indica um fim que deve ser escolhido, o imperativo hipotético indica somente o meio que deve ser escolhido caso se deseje atingir um certo fim, deixando livre quanto à escolha ou não deste último⁹⁴.

Posta essa distinção kantiana, a teoria positivista classifica as normas jurídicas como imperativos hipotéticos tais como “se queres evitar a sanção, deves obedecer ao comando da lei”. Assim, o cumprimento da lei não é bom em si mesmo, mas se impõe se for desejado evitar a sanção. Embora Kelsen tenha apresentado sua concepção como uma crítica ao imperativismo, segundo Bobbio, a doutrina kelseniana não é antiimperativista, mas apresenta um modo diferente de formular o imperativo hipotético jurídico a partir da noção de “dever ser”, estruturada como: “Se é A (o ilícito), deve ser B (a sanção)”. Ao passo que quem aplica a sanção é o órgão judiciário,

⁹³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 164.

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 190-191.

Bobbio defende que o “dever ser” kelseniano é dirigido ao Juiz, podendo ser lido do seguinte modo: “se é A, o juiz deve cumprir B”⁹⁵.

O quarto aspecto da teoria jurídica positivista apresentado por Bobbio é a noção de ordenamento, que é por ele apelidado de “coração” desta corrente jurídica⁹⁶. Na teoria do ordenamento jurídico está contida a noção de que a norma não pode ser considerada isoladamente, devendo ser objeto da interpretação toda a estrutura formada pelo conjunto de normas jurídicas vigentes em uma sociedade.

A teoria do ordenamento jurídico possui três características fundamentais a ela atribuídas: unidade, coerência e completude. São elas que fazem do ordenamento uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem⁹⁷.

Embora seja correto afirmar que o jusnaturalismo também enaltecia uma noção de sistema unitário, tratava-se de uma “unidade material” ou “unidade substancial”, relativa ao conteúdo das normas. A peculiaridade do juspositivismo está, segundo Bobbio, em preconizar uma “unidade formal”, relativa ao modo pelo qual as normas são postas (mesma fonte originária constituída pelo poder legitimado para criar o direito)⁹⁸.

Há, porém, um problema para a concepção positivista. Ao passo que se concebe que a decisão no caso concreto é autorizada pela lei ordinária que, por sua vez, foi promulgada por um parlamento investido nos poderes de órgão legiferante pela Constituição, restando por esta autorizado a legislar, surge a questão: por quem foi autorizado o poder constituinte? Existem dois caminhos possíveis: ou retornamos ao poder constituinte como fato social, e o sistema resta aberto, fazendo o direito derivar do fato; ou ainda, para fechar o sistema, considera-se o poder constituinte

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 192-195.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 197.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 198.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 199-200.

autorizado por uma norma fundamental, a qual estabelece que todos os cidadãos devem obediência às normas emanadas de tal poder⁹⁹.

Nesse ponto, não há como deixar de citar a “Teoria pura do direito” de Kelsen quanto à existência de uma “norma fundamental” (*Grundnorm*) que não é *posta*, mas é *pressuposta* pelo jurista para compreender o ordenamento por meio de um processo de “pressuposição lógico-transcendental”. A norma fundamental, segundo Kelsen, não é produto de uma criação livre, mas imediatamente vinculada a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida e eficaz, e, mediamente, à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição enquanto fundamenta a sua validade¹⁰⁰. Cabe frisar que, conforme Barzotto, Kelsen recusa as alternativas da tradição jusnaturalista, afastando a fundamentação metafísica de que a justificação do direito positivo estaria na vontade de Deus ou na natureza, bem como não busca o fundamento último do direito em fatos ou valores, mas recorre à uma norma pressuposta que estabelece o procedimento produtor de normas, que poderia corresponder à formulação de que “consideram-se normas do ordenamento aquelas produzidas em conformidade com os procedimentos previstos na Constituição”¹⁰¹.

Voltando às características do ordenamento jurídico, apresentadas por Bobbio, o segundo elemento (coerência) consiste em negar que no ordenamento jurídico possa haver antinomias, isto é, normas incompatíveis entre si. Um princípio da coerência, conforme o autor, seria garantido por uma norma, implícita em todo ordenamento, de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas, somente podendo prevalecer uma delas. Para solucionar esse conflito aparente entre normas, a doutrina desenvolveu os critérios cronológico, hierárquico e de especialidade¹⁰².

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 201.

¹⁰⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. Revisão de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 214.

¹⁰¹ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 40-43.

¹⁰² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 203-204.

Por sua vez, o terceiro elemento (completude), é apresentado por Bobbio como a mais importante das três características do ordenamento jurídico, representando “o coração do coração” do positivismo como teoria do direito, conforme o autor. Afinal, a noção de completude afigura-se necessária à concepção positivista do direito, pois, ao mesmo tempo em que o positivismo não admite a criação do direito pelo juiz, também estabelece que o julgador jamais pode recusar-se de resolver uma controvérsia (vedação do *non liquet*)¹⁰³.

O dogma da completude, surge, segundo Bobbio, na tradição romanística medieval, quando o direito romano passa a ser considerado o direito por excelência, enunciado no *Corpus iuris*, ao qual não haveria nada a acrescentar ou tolher, pois conteria todas as regras necessárias para o bom intérprete resolver todos os problemas que já foram e que serão apresentados, como “uma espécie de mina inexaurível da sabedoria jurídica, que o intérprete deve se limitar a escavar para encontrar o veio escondido”¹⁰⁴. Reconhece-se, por via de consequência, o monopólio estatal sobre a produção normativa.

Afirmar que um ordenamento é completo, segundo Bobbio, significa negar a existência de lacunas na lei, sendo a concepção de que “é permitido tudo aquilo que não é proibido nem comandado” entendida como uma *norma de clausura*. Assim, mesmo em um sistema normativo constituído por uma única norma, esta será sempre acompanhada de uma segunda norma implícita que fecha o próprio sistema atribuindo a condição de lícito a todos os fatos não previstos pela primeira norma¹⁰⁵.

A teoria do ordenamento no positivismo ainda admite a existência de possíveis incompatibilidades entre a letra e o espírito da lei (*mens legis*), no sentido de que pode ser que a formulação da norma não venha a abranger todos os casos que o legislador pretendia disciplinar. Para resolver esse problema sem abdicar da noção de completude do ordenamento, o juspositivismo defende a viabilidade do recurso à

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 207.

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014, p. 117.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 210.

analogia e aos princípios gerais de direito, à medida em que não configurariam um ato criativo, mas puramente interpretativo e integrativo do direito¹⁰⁶.

Abordadas, pois, as noções teóricas juspositivistas da definição do direito em função da coação, da lei como fonte preeminente de direito, da norma como um comando e parte de um ordenamento jurídico, resta, agora, adentrar no último delineamento do positivismo jurídico como teoria, que diz com a prevalência do aspecto declarativo na interpretação do jurista.

Segundo Bobbio, o positivismo concebe a jurisprudência não como sendo voltada a produzir, mas para reproduzir o direito, explicando com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas, mediante técnicas de interpretação que visam remontar os signos dos textos legislativos à vontade do legislador¹⁰⁷.

Portanto, na teoria juspositivista descrita por Bobbio, a interpretação pode ser textual ou extratextual, mas jamais antitextual, encontrando no texto os limites da função interpretativa. O autor apresenta, como meios de interpretação textuais: o léxico (composição dos conceitos linguísticos nos quais os termos utilizados pelo legislador são empregados); o teleológico (busca da finalidade para a qual a norma foi posta pelo legislador); o sistemático (esclarecimento do conteúdo da norma considerando-a em relação às outras); o histórico (utilização de documentos históricos diversos do texto legal para reencontrar a vontade do legislador, como textos preparatórios das discussões parlamentares). Quanto à interpretação extratextual, Bobbio enfatiza que há a integração do direito pelo próprio ordenamento, por meio: da analogia *legis* (formulação de uma nova norma, semelhante a uma já existente, para disciplinar um caso não previsto por esta, mas similar); da interpretação extensiva (ampliação das hipóteses de aplicação de uma norma já existente a um caso similar);

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 210.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 212-213.

e da analogia *juris* (recurso aos princípios gerais de direito, abstraídos indutivamente do conjunto formado pelas regras que disciplinam a matéria)¹⁰⁸.

Trata-se, pois, de uma concepção de interpretação “mecanicista” a sustentada pelo positivismo, segundo a qual, na atividade do jurista, deve prevalecer o aspecto declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito¹⁰⁹. Com isto, finaliza-se a abordagem do positivismo como teoria do direito em Bobbio.

c) O positivismo como ideologia

Por derradeiro, atenta-se ao que Bobbio classifica como a terceira e última manifestação: o positivismo jurídico como ideologia.

O positivismo jurídico tem a ambição de assumir uma atitude neutra para estudar “o direito como é” e não “o direito como deveria ser”, isto é, avaliá-lo como uma teoria e não como uma ideologia. Porém, conforme Bobbio, o positivismo não consegue ser integralmente fiel ao seu propósito, pois não só é um “modo de entender o que é o direito”, mas também um “modo de querer o direito”, de forma a revelar traços de ideologia ao estabelecer um “dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei enquanto tal”. Essa concepção ideológica está relacionada com a figura de um Estado soberano, em que não só a lei se tornou a fonte única de direito, mas o direito Estatal-legislativo tornou-se o único e exclusivo critério para a valoração do comportamento social do homem¹¹⁰.

Desse modo, para uma vertente mais extrema do positivismo, a justiça da lei decorreria meramente da sua validade, demandando, por isso, a aplicação da lei por ser lei. Porém, segundo Bobbio, esta é muito mais uma caricatura criada pelos antipositivistas para criticar o positivismo jurídico do que um posicionamento efetivamente adotado pelos teóricos positivistas. O positivismo moderado, por sua

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 214-220.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 133.

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 223-226.

vez, igualmente compreende que o direito independe do seu conteúdo, mas não porque seja sempre justo só por ser válido, mas sim por ser o meio necessário para realizar o valor “ordem”, entendendo a lei como a melhor ferramenta para realizá-lo. Reconhece, assim, que a lei conta com certas peculiaridades que faltam às normas produzidas por outras fontes (como o direito judiciário), especialmente os atributos de “generalidade da lei”, por disciplinar o comportamento não de uma única pessoa, mas de uma classe de pessoas, propiciando igualdade formal, e “abstração da lei”, por não comandar uma ação singular, mas uma categoria de ações, de modo a conceder previsibilidade ao indivíduo das consequências do próprio comportamento¹¹¹.

Nessa mesma senda, Barzotto leciona que o positivismo esteve animado pelo ideal da segurança, a serviço do qual definiu o direito como um sistema normativo, de modo a circunscrever o jurídico separadamente dos valores e fatos¹¹². O autor complementa que:

O positivismo, como resposta teórica a uma necessidade prática, a busca de segurança, procura fornecer um conceito autônomo de direito, isto é, um conceito que represente o fenômeno jurídico como uma esfera independente da moral e da política. Para isso, assume como uma categoria central a noção de validade, que lhe permite excluir a justiça e a eficácia, como critérios identificadores do jurídico. Pelo recurso à noção de validade, o direito é reconduzido a si mesmo, dado que a validade é uma qualidade jurídica, determinada pelo próprio direito positivo¹¹³.

Feito esse panorama do juspositivismo, afigura-se clara a influência deste pensamento sobre o paradigma dogmático-jurídico. Zuleta Puceiro enfatiza que tendo a ciência positivista sido característica do estado geral da cultura europeia do início do século XIX, seus ideais influenciaram diretamente a dogmática jurídica tradicional, de modo que esta restou vinculada a uma concepção de saber que reconhece as seguintes suposições básicas: a) a consolidação do conceito moderno de ciência, orientada tanto para a verdade ou falsidade das suas conclusões ou resultados como para o carácter sistemático das mesmas; b) a historicização do objeto de

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 231-232.

¹¹² BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 18.

¹¹³ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 23-24.

conhecimento, pela identificação dos conceitos de direito e direito positivo; c) o abandono da teoria do direito natural, entendida como ontologia social; d) a substituição de uma lógica de problema pelos métodos da lógica formal; e e) a separação definitiva entre teoria e prática¹¹⁴ e a afirmação do conhecimento jurídico como essencialmente teórico, presidido por uma atitude axiologicamente neutra e tendencialmente descritiva¹¹⁵.

Nessa senda, Zuleta Puceiro defende que “dogmática” não é apenas a denominação descritiva de um determinado modo de fazer ciência jurídica, mas sim de toda uma determinada atitude científica que lhe serve de base. Qualquer que seja o conteúdo material das proposições jurídicas, o normativamente estabelecido desempenha sempre a função de dogma, independentemente do seu conteúdo. Exatamente como preconizado pelo positivismo, a elaboração conceitual se dá a partir de materiais fornecidos exclusivamente pelo direito posto¹¹⁶.

Dessa forma, orientada pela concepção positivista do direito, a dogmática jurídica tradicional desenvolveu, como notas distintivas: a) ter como objeto as normas positivas de origem estatal; e b) ter como tarefa a construção de um sistema conceitual capaz de dar razão rigorosa à totalidade da experiência jurídica a partir do material que oferecem as normas positivas¹¹⁷.

Esse posicionamento avalorativo que eleva as regras de direito posto ao *status* de dogmas inquestionáveis, independentemente de seu conteúdo material e de seus reflexos concretos sobre os destinatários, porém, rendeu críticas severas à dogmática tradicional, como será abordado na seção que segue.

¹¹⁴ Vera Pereira de Andrade ressalva que, apesar de o positivismo ditar a separação entre a prática e a teoria como algo benéfico para a própria racionalização do sistema, sendo a ciência jurídica definida como essencialmente teórica, há nela, por outro lado, uma evidente funcionalização prática da teoria, sob o ponto de vista de que o direito existe para se realizar. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 50-52.

¹¹⁵ ZULETA PUCEIRO, Enrique. **Paradigma dogmático y evolución científica en el saber jurídico**. 1980. 498f. Tese (Doutorado) – Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1980, p. 25.

¹¹⁶ ZULETA PUCEIRO, Enrique. **Paradigma dogmático y evolución científica en el saber jurídico**. 1980. 498f. Tese (Doutorado) – Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1980, p. 24-25.

¹¹⁷ ZULETA PUCEIRO, Enrique. **Paradigma dogmático y evolución científica en el saber jurídico**. 1980. 498f. Tese (Doutorado) – Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1980, p. 29.

1.2.3 Dogmática jurídica perante a teoria crítica do direito

Sob o ataque ao dogma da completude – aquele que constituía a base teórica para o monopólio estatal da produção normativa na concepção positivista – foi erigida no início do século XX a “escola do direito livre”, tendo como um de seus percursores e principais expoentes o jurista alemão Eugen Ehrlich¹¹⁸, responsável por delinear as bases da sociologia do direito¹¹⁹.

Ehrlich sustentou que a doutrina e o ensino jurídico de seu tempo padeceriam de maior grau de cientificidade à medida em que não se preocupavam com nada mais do que a “republicação de leis”¹²⁰, desconhecendo outro método que não o ensino prático destinado a preparar o juiz ao exercício do seu ofício, para quem o direito seria uma regra de acordo com a qual deve decidir as controvérsias apresentadas, ignorando o modo como as pessoas se comportam e deveriam se comportar nessas relações jurídicas¹²¹. A obra de Ehrlich, portanto, representa um eloquente ataque à dogmática jurídica¹²².

Assim como Kelsen, Ehrlich preocupou-se com um aspecto epistemológico do direito, isto é, com a sua elevação ao *status* de ciência. Ambos compartilhavam do ideal de que o saber decorrente do método científico seria uma forma superior de conhecimento¹²³, porém, enquanto Kelsen, como visto no capítulo anterior, fixava a cientificidade na pureza do estudo vinculado ao direito positivado¹²⁴, Ehrlich propôs a investigação do “direito vivo”:

¹¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014, p. 117-119.

¹¹⁹ KONZEN, Lucas Pizzolatto. A ciência jurídica na encruzilhada: uma reflexão sobre paradigmas. **Revista Sociologia Jurídica**, n. 10, 2010, n. p.

¹²⁰ EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 21.

¹²¹ EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 13-15.

¹²² KONZEN, Lucas Pizzolatto; BORDINI, Henrique S. Sociologia do direito contra dogmática: revisitando o debate Ehrlich-Kelsen. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2019, p. 313.

¹²³ KONZEN, Lucas Pizzolatto; BORDINI, Henrique S. Sociologia do direito contra dogmática: revisitando o debate Ehrlich-Kelsen. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2019, p. 313.

¹²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. Revisão de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 1.

O direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida. As fontes para conhecê-lo são sobretudo os documentos modernos, mas também a observação direta do dia-a-dia do comércio, dos costumes e usos e também das associações, tanto as legalmente constituídas quanto as ignoradas e até ilegais¹²⁵.

[...]

Direito vigente (norma de decisão) parece ser o conteúdo decisivo do documento, pois em caso de processo é ele que conta; mas ele só é direito vivo na medida em que as partes o observam, mesmo que não pensem em processo¹²⁶.

Quer dizer, como sintetizam Konzen e Bordini, para Ehrlich o direito equivaleria às normas jurídicas de conduta, aquelas regras que as pessoas efetivamente aceitam como vinculantes e observam no cotidiano da convivência social, de modo que a positivação estatal não seria um elemento determinante para conhecer o que é o direito¹²⁷. Nessa senda, segundo Bobbio, a escola do direito livre e a sociologia jurídica são duas faces da mesma moeda:

Se o direito era um fenômeno social, um produto da sociedade (nas suas múltiplas formas) e não apenas o Estado, o juiz e o jurista deveriam extrair as regras jurídicas adequadas às novas necessidades a partir do estudo da sociedade, da dinâmica das relações entre diversas forças sociais e dos interesses que estas representavam, e não a partir das prescrições mortas e cristalizadas dos códigos. O direito livre, em outras palavras, extraía as consequências não só da lição dos fatos (ou seja, da constatação da inadequação do direito estatal diante do desenvolvimento da sociedade), mas também da nova consciência que o desenvolvimento das ciências sociais ia difundindo sobre a importância das forças sociais latentes no interior da estrutura, só aparentemente de granito, do Estado: lições dos fatos e maturidade científica se ajudavam reciprocamente no combate ao monopólio jurídico do Estado, e, com ele, ao dogma da completude¹²⁸.

¹²⁵ EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 378.

¹²⁶ EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 381.

¹²⁷ KONZEN, Lucas Pizzolatto; BORDINI, Henrique S. Sociologia do direito contra dogmática: revisitando o debate Ehrlich-Kelsen. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2019, p. 315.

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014, p. 121-122.

Todavia, as ideias de Ehrlich não frutificaram perante a comunidade jurídica de sua época, mais interessada na dogmática jurídica e em um direito estatal, consistente e lógico-sistemático¹²⁹. Constituíram, porém, as raízes do paradigma sociojurídico.

Posteriormente, no final da década de 60, surge a teoria crítica¹³⁰ do direito, um movimento afetado por teses de inspiração neomarxista e de contracultura que questionava o sólido pensamento juspositivista reinante no meio acadêmico e nas instituições mediante a introdução de análises sociopolíticas do fenômeno jurídico¹³¹. Com o “compromisso de penetrar o mundo das aparências objetivas para expor as relações sociais subjacentes que frequentemente iludem”¹³², a Escola de Frankfurt, representada pelos pensadores Max Horkheimer, Theodor Adorno, Hebert Marcuse e Jürgen Harbermas, foi de grande importância para a consolidação do pensamento crítico.

Wolkmer sustenta que, embora a dogmática jurídica de índole positivista tenha oferecido respostas previsíveis e regulares para os conflitos tradicionais, outorgando certeza e segurança às relações ao garantir as expectativas, o paradigma dogmático estaria diante de uma profunda crise, por não se adequar às novas exigências sociais:

Ora, a principal contribuição científica da Dogmática Jurídica foi o fato de este paradigma ter oferecido respostas “previsíveis” e “regulares” para os tipos de conflitos tradicionais, o que permitia o funcionamento do sistema de forma eficaz: mantinha a “certeza” e a “segurança” das relações porque garantia as expectativas. Agora, no entanto, a Dogmática Jurídica concebida enquanto saber positivado começa a vivenciar uma profunda crise, por permanecer rigorosamente presa à legalidade formal escrita, ao tecnicismo de um conhecimento abstrato e estático e ao monopólio da produção normativa estatal, afastando-se das práticas sociais cotidianas, desconsiderando a pluralidade de novos conflitos coletivos de massas, desprezando as emergentes manifestações extralegislativas, revelando-se desajustada às novas e flexíveis formas do sistema produtivo representado pelo Capitalismo globalizado dando pouca atenção às contradições das sociedades liberal-burguesas (principalmente aquelas provenientes de

¹²⁹ KONZEN, Lucas Pizzolatto. A ciência jurídica na encruzilhada: uma reflexão sobre paradigmas. **Revista Sociologia Jurídica**, n. 10, 2010, n. p.

¹³⁰ A terminologia deriva da concepção de “crítica” em Marx, um conhecimento que não é dogmático, mas aparece como o discurso revelador e desmistificador de ideologias ocultas que projetam os fenômenos de forma distorcida. WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29.

¹³¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

¹³² WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 32.

necessidades materiais dos polos periféricos) e, finalmente, sendo omissa e descompromissada com as mais recentes investigações interdisciplinares¹³³.

Assim, Wolkmer aponta que “o ‘pensamento jurídico crítico’ pretende repensar, dessacralizar e romper com a dogmática lógico-formal¹³⁴ imperante numa época ou num determinado momento da cultura jurídica de um país”¹³⁵. Defende que a teoria crítica “possibilita não só esclarecer, despertar e emancipar um sujeito histórico submerso em determinada normatividade repressora, mas também discutir e redefinir o processo de constituição do discurso legal mitificado e dominante”¹³⁶ ¹³⁷. Em seguida, apresenta o conceito de teoria jurídica crítica:

Justifica-se, assim, conceituar “teoria jurídica crítica” como a formulação teórico-prática que se revela capaz de questionar e de romper com o normativo que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso, no comportamento e no institucional) em dada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica¹³⁸.

Barroso sintetiza a teoria crítica do direito apresentando aqueles que entende como seus principais aspectos. Segundo o autor, enfatizando o caráter ideológico do direito, equiparando-o à política e a um discurso de legitimação do poder, a teoria

¹³³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 78-79.

¹³⁴ Nesse sentido, Barroso constata que sob a designação genérica de “teoria crítica do direito” está abrangido um conjunto de movimentos e ideias que questionam a maior parte das premissas tradicionais do direito, como a cientificidade, a objetividade, a neutralidade, a estatalidade e a completude. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 315.

¹³⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 21.

¹³⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 46.

¹³⁷ Nesse sentido, a teoria crítica relaciona-se com a tese de pluralismo jurídico, que se opõe à ideia monista em que o Estado é a única fonte de direito para reconhecer um “pluralismo jurídico comunitário-participativo”, baseado no poder de participação, eficácia social e no reconhecimento do “justo” comunitário, em que a criação permanente de novos direitos estaria diretamente relacionada com o grau de eficácia de uma resposta à situação ou condição de privação, negação ou ausência de necessidades reivindicadas por sujeitos subalternos individuais ou coletivos. Assim, haveria um deslocamento da fonte exclusivista estatal para o reconhecimento de outras fontes plurais de autonômicas geradas no seio da própria sociedade e por ela e para ela orientadas. WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 412-414.

¹³⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 46.

crítica vislumbra que o direito surge como a institucionalização dos interesses dominantes, uma espécie de acessório normativo da hegemonia de classe. Essa dominação, porém, seria disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural¹³⁹ e neutra, encoberta por ideais como ordem e justiça. Assim, a teoria crítica preconizaria a atuação concreta, a militância do operador jurídico em busca de justiça, ainda quando não a encontre na lei, eis que uma de suas teses fundamentais residiria na admissão de que o direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da “bênção estatal”, da positivação ou do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. Acrescenta que “a teoria crítica resiste, também, à ideia de completude, de autossuficiência e de pureza, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos”, de modo que a dogmática jurídica não poderia insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-la e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito)¹⁴⁰.

Nessa linha, João Maurício Adeodato tece críticas ao pensamento dogmático, sustentando que este camufla o aspecto arbitrário dos princípios prefixados, pela própria dogmática escolhidos e manipulados. Enfatiza que a dogmática difunde a ideologia adotada pelos grupos detentores do poder, manipulando o conceito de valores, a ponto de torná-los neutros, estáveis e incondicionados. Ainda, sustenta que a dogmática tradicional já não se mostra tão eficiente como outrora na absorção e controle dos conflitos sociais, destacando, a título de demonstração dessa inoperância: a complexidade progressiva da sociedade contemporânea; o declínio da popularidade de uma teoria que enaltece a norma jurídica como ponto de partida de uma decisão silogística; a conscientização, em diversos segmentos, especialmente daqueles menos favorecidos na distribuição do poder, acerca do distanciamento que separa a dogmática da realidade, sobretudo em países subdesenvolvidos; e,

¹³⁹ Lenio Streck denomina “fetichização do discurso jurídico” o fenômeno pelo qual a lei é vista como sendo uma “lei-em-si”, abstraída das condições de produção que lhe deram origem, “como se a sua condição-de-lei fosse uma propriedade ‘natural’”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 73.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 316.

finalmente, a impossibilidade de a dogmática fornecer um conteúdo material legítimo às decisões¹⁴¹.

A propósito, Streck defende que o direito deve ser compreendido não como uma sucessão de textos com sentidos latentes, pré-constituídos, mas sim como textos que permanentemente reclamam sentidos. Assim, para o autor, a tarefa da crítica está em entender e influir no estabelecimento do sentido¹⁴², para o que será indispensável “negar a inegabilidade dos pontos de partida (Ferraz Jr.) no qual se assenta o discurso dogmático”¹⁴³.

Por sua vez, Plauto Faraco de Azevedo não nega que a investigação levada a efeito pela dogmática jurídica deva ser predominantemente lógico-descritiva, porém, considera inaceitável que essa linha precípua de estudo e de raciocínio dê por inexistente, irrelevante ou fora do seu âmbito tudo o que se refira à dimensão crítico-valorativa ou às projeções sociais das normas jurídicas, esvaindo-se em considerações intrassistêmicas, olvidando a circunstância de que o direito existe para satisfazer as necessidades e interesses individuais e sociais¹⁴⁴. Criticando os ideais positivistas, o autor sustenta que a indagação crítico-valorativa é condição de atualização e aperfeiçoamento da ordem jurídica:

É preciso proclamar enfaticamente que não exprime ela [a dogmática jurídica], como quer o positivismo jurídico, todas as dimensões do direito, não podendo, por conseguinte, afastar ou excluir outras abordagens complementares à apreensão de seu ser.

Para que se possa chegar a uma concepção totalizadora do direito, são também indispensáveis as perspectivas propiciadas pela Filosofia e Sociologia do Direito.

Sem a indagação crítico-valorativa da Filosofia do Direito, não pode o jurista validamente questionar as instituições. Essa indagação de raiz sobre os fundamentos e potencialidades da ordem jurídica é condição

¹⁴¹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 178-181.

¹⁴² Destacando a importância da virada linguística para a filosofia, Streck enfatiza que o intérprete do direito não contempla o objeto (o direito, os textos jurídicos, o fenômeno social) para (re)construí-lo, mas encontra-se inserido, desde sempre, na linguagem, da qual o objeto inexoravelmente faz parte. Portanto, Streck sustenta que, ao interpretar, o sujeito somente o faz a partir dos pré-conceitos oriundos da tradição da qual faz parte, de tal modo que a compreensão do objeto somente poderá ser feita por meio das condições proporcionadas pelo seu horizonte de sentido. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 230-231.

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 208-209.

¹⁴⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015, p. 29.

de sua atualização e aperfeiçoamento, de modo a poder o direito atender às demandas sociais histórica e progressivamente configuradas¹⁴⁵.

O autor reconhece que a tarefa do jurista, que consiste na investigação- interpretação e construção-reelaboração da norma e da realidade, constitui a dimensão mais radical e profunda em que se situa a ciência jurídica, impondo-se, é verdade, o respeito às normas jurídicas positivas e o aperfeiçoamento de todo o instrumental necessário à sua investigação e reconstrução. Ressalva, porém, que a dogmática não deve ser vista como um obstáculo ou limite intransponível no trabalho de aplicação do direito¹⁴⁶. Refere o problema da norma que se revela injusta no caso concreto, hipótese em que, na sua concepção, a dogmática jurídica não deve impedir o juiz de afastar a aplicação de uma regra positiva que se mostre indefensável sob qualquer ponto de vista de justiça¹⁴⁷. Apresenta, então, o reconhecimento do “poder criativo dos juízes” para adaptar as leis à concretitude dos fatos e sustenta:

Na medida em que se interessar pelo drama de seu tempo, o juiz poderá perceber a verdadeira dimensão e a inserção histórica de seu trabalho, situando e compreendendo a ordem jurídica no contexto humano global. Na medida em que acresça ao seu saber técnico uma visão de mundo tão dilatada quanto possível, o juiz enriquecer-se-á interiormente, podendo melhor avaliar os dados reais, humanos, que constituem a razão de ser, tantas vezes esquecida, de todo processo.

Alargando, por essa forma, seu campo de visão, normalmente perceberá que a exigência metodológica, que preconiza a disjunção da ordem jurídica dos demais fatores socioculturais, é insustentável¹⁴⁸.

Plauto Faraco de Azevedo acrescenta à defesa de sua tese que o julgador que simplesmente realiza a aplicação mecânica das normas não estará laborando em prol da segurança jurídica, mas sim contra ela:

Preso a uma camisa-de-força teórica que o impede de descer à singularidade dos casos concretos e de sentir o pulsar da vida que neles se exprime, esse juiz, servo da legalidade e ignorante da vida, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença

¹⁴⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015, p. 36

¹⁴⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015, p. 31.

¹⁴⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015, p. 39.

¹⁴⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015, p. 75

na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega. Negando-a, abre caminho para o desassossego social e a insegurança jurídica¹⁴⁹.

Analisada a dimensão em que se situa a teoria crítica, cabe distingui-la da dogmática jurídica. A propósito, Konzen sintetiza a diferença entre os paradigmas dogmático e sociojurídico (que abrange a teoria crítica), descrevendo quatro características para cada um. No que tange ao paradigma dogmático aponta como seus traços fundamentais: a) o monismo jurídico, pois o Estado é considerado a fonte única e exclusiva de todo o direito, de modo que o conteúdo do direito muda quando o Estado decide institucionalmente modificá-lo; b) a racionalização técnico-formal da prática jurídico-científica, consistindo a função dos juristas em descrever e aplicar as normas vigentes; c) a busca da certeza e da segurança jurídica, à medida em que o direito é uma tecnologia com finalidade prática de possibilitar a decisão previsível e uniforme dos conflitos submetidos à autoridade judicial, permitindo a supressão da arbitrariedade e assegurando a igualdade na tomada de decisões; e, por fim, d) a crença na unidade lógico-formal capaz de equilibrar antagonismos e harmonizar interesses, preservando a coesão social¹⁵⁰.

De outro lado, Konzen enfatiza que o material que está sujeito à interpretação do paradigma sociojurídico do direito não é restrito às normas oficiais vigentes em um dado ordenamento, mas contempla também dados empíricos acerca do comportamento dos atores envolvidos na produção normativa, da consciência jurídica das pessoas, dos efeitos que as normas jurídicas exercem na sociedade e dos processos de tomada de decisão. O autor, então, apresenta as quatro características do paradigma sociojurídico: a) o pluralismo jurídico, negando-se que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o direito; b) a reconstrução da prática jurídico-científica, pois a função do sociólogo do direito é compreender de modo apurado e empiricamente fundado como funciona o direito na sociedade com o emprego de métodos de pesquisa completamente distintos dos utilizados pela dogmática jurídica; c) a busca por contribuir para a compreensão dos significados da justiça na sociedade e das condições necessárias para alcançá-la; e d) a crença na importância de

¹⁴⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015, p. 25

¹⁵⁰ KONZEN, Lucas Pizzolatto. A ciência jurídica na encruzilhada: uma reflexão sobre paradigmas. **Revista Sociologia Jurídica**, n. 10, 2010, n. p.

contextualizar socialmente o direito, não se pretendendo equilibrar antagonismos e harmonizar interesses, mas contribuir para mostrar como o direito se relaciona com os interesses dos atores sociais e como este também produz e reproduz antagonismos¹⁵¹.

Ocorre que, como aponta Wolkmer, se a teoria crítica do direito alcançou os resultados teóricos almejados no que tange à denúncia e dessacralização da dogmática legal, ela não teve o mesmo êxito em sua função prática, isto é, em fornecer soluções possíveis para suas reivindicações. Ainda que tenha desencadeado um processo prático entrelaçado ao movimento do “direito alternativo”¹⁵², constata-se o esgotamento de sua potencialidade teórica e praticidade jurisdicional transformadora¹⁵³.

Não obstante esse déficit da teoria crítica quanto a soluções práticas para superar os problemas por ela descortinados, Barroso sustenta que foi a partir da revelação das mazelas do dogmatismo que restou viabilizado o desenvolvimento de uma nova dogmática:

A dogmática jurídica tradicional desenvolveu-se sob o mito da objetividade do Direito e o da neutralidade do intérprete. Coube à teoria crítica desfazer muitas das ilusões positivistas do Direito, enfatizando seu caráter ideológico e o papel que desempenha como instrumento de dominação econômica e social, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e justa. Sua contribuição renovou a percepção do conhecimento jurídico convencional, sem, todavia, substituí-lo por outro. Passada a fase da desconstrução, a perspectiva crítica veio associar-se à boa doutrina para dar ao Direito uma dimensão transformadora e emancipatória, mas sem desprezo às potencialidades da legalidade democrática¹⁵⁴.

¹⁵¹ KONZEN, Lucas Pizzolatto. A ciência jurídica na encruzilhada: uma reflexão sobre paradigmas. **Revista Sociologia Jurídica**, n. 10, 2010, n. p.

¹⁵² Buscando não só demonstrar os efeitos do direito como dominação, o direito alternativo foi um movimento que buscou resgatar a possibilidade transformadora do jurídico, colocando-o a serviço da emancipação dos menos favorecidos e injustiçados numa sociedade de classe. Em síntese, figurou como paralelo, emergente, insurgente, “achado na rua”, não oficial, que coexistiria com aquele emergente do Estado. Chamado de direito vivo, estaria em permanente formação e transformação. WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 176-178.

¹⁵³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 176-180.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 344.

Fato é que, como ressalta Barroso, embora se reconheça que, por vezes, a lei possa estar a serviço de interesses e não da razão, ela significa um avanço histórico e, fruto do debate político, representa a despersonalização do poder e a institucionalização da vontade política. O constitucionalista sustenta que “o tempo das negações absolutas passou. Não existe compromisso com o outro sem a lei”, sendo, pois, necessário explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investindo na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível. Assim, os compromissos tanto com a legalidade democrática quanto com a conscientização e a emancipação não são incompatíveis e nem excludentes¹⁵⁵.

1.2.4 Dogmática jurídica na perspectiva pós-positivista

Se no passado positivismo jurídico e dogmática jurídica caminharam lado a lado, sendo compreendidos como sinônimos, não se pode dizer o mesmo de sua corrente acepção. Embora tenham pontos de contato, a dogmática atual não intenta reduzir o direito às regras positivas, mas considera o papel do ser humano ao ter como preocupação maior a operacionalidade prática do direito¹⁵⁶.

A moderna dogmática, segundo Barroso, frequentemente referida como pós-positivista ou principalista, tem dedicado especial atenção ao desenvolvimento de uma teoria dos princípios, discutindo o seu conteúdo, a sua diferenciação em relação às regras e as diferentes modalidades de eficácia que podem apresentar¹⁵⁷. Nessa concepção, os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica¹⁵⁸, aos quais as normas positivadas devem se sujeitar.

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 319.

¹⁵⁶ BELTRÃO, Demétrius Amaral; GUIMARÃES, Henrique Cassalho. Dogmática jurídica: notas para reflexão. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 12, 2018, p. 11-12.

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 164.

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 157.

O jurista norte-americano Ronald Dworkin está entre os mais notáveis defensores dessa corrente. No artigo intitulado “*Model of rules*”¹⁵⁹, propôs um ataque ao positivismo defendido por Herbert Hart, sob o principal argumento de que o direito não seria composto apenas por regras, mas também por princípios¹⁶⁰.

Para fundamentar sua tese, Dworkin citou dois casos. No primeiro, “*Riggs x Palmer*”, fora objeto de análise por um tribunal de Nova York se teria direito hereditário o neto que, nomeado como herdeiro no testamento de seu avô, assassina o autor da herança visando recebê-la. Embora não houvesse nenhuma regra de direito sucessório que impedisse o recebimento da herança pelo neto assassino, o tribunal entendeu que todas as leis estão sujeitas à máxima fundamental de que ninguém poderia vir a beneficiar-se da própria torpeza. Assim, o assassino não recebeu a herança. No segundo caso narrado por Dworkin, “*Henningsen x Bloomfield Motors Inc.*”, uma corte ateuve-se à análise da limitação da responsabilidade de uma empresa automobilística no caso de um automóvel defeituoso. Henningsen havia comprado um carro e assinado um contrato que estabelecia que a responsabilidade da empresa era limitada ao conserto de peças defeituosas, excluindo quaisquer outras garantias, obrigações ou responsabilidades. O consumidor, porém, arguiu que essa limitação deveria ser superada para responsabilizar a empresa a restituir as despesas médicas e demais prejuízos suportados pelas pessoas envolvidas no acidente automobilístico. Henningsen não contava com nenhuma regra para fundamentar seu pleito; não obstante, o tribunal acolheu seu pedido, sob o fundamento de que haveria uma responsabilidade especial do fabricante de veículos diante da importância do automóvel na vida diária e da propensão deste a causar danos ao motorista, passageiros e ao público, o que autorizaria a corte a examinar mais de perto os contratos para averiguar se os consumidores e o interesse público estavam sendo tratados com equidade¹⁶¹.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald M. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, p.14-46, 1967.

¹⁶⁰ Alexy ressalta que a crítica de Dworkin ao positivismo apoia-se essencialmente em sua teoria dos princípios jurídicos. ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book* (não paginado).

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald M. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, 1967, p. 22-24.

Dworkin, então, enfatiza que, em ambos os casos, a solução não foi dada por meio de regras (padrão preconizado pelo positivismo), mas sim por princípios. Em seguida, apresenta a distinção entre princípios e regras, destacando que as regras são aplicadas no modelo “tudo ou nada” (se a hipótese de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e sua consequência deve ser adotada, ou ela é inválida), enquanto os princípios não estabelecem consequências automáticas, mas sim fundamentos para a decisão, que necessitam ser conjugados com outros princípios. Afirma que daí decorre uma segunda distinção, de que os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm (pois seus conflitos são resolvidos pelos critérios de hierarquia, cronologia ou especialidade), demandando que, quando os princípios se cruzam, a decisão deve levar em conta o peso de cada um deles para o caso, sem que isto, porém, resulte na invalidade do princípio de menor peso¹⁶².

Visando aperfeiçoar a crítica de Dworkin ao positivismo, o jurista alemão Robert Alexy apontou a insuficiência do caráter “tudo ou nada”¹⁶³ e da teoria da colisão¹⁶⁴ como critérios de distinção entre regras e princípios.

Propôs, então, outras notas distintivas, a iniciar pelo reconhecimento de uma distinção de “caráter *prima facie*” constatando que, com as regras, em situações normais, quando ocorrem os pressupostos conhecidos, sucede a consequência jurídica nelas prevista, pois as regras contêm uma decisão exata de casos, de modo

¹⁶² DWORKIN, Ronald M. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, 1967, p. 25-27.

¹⁶³ Sob a constatação de que o próprio Dworkin defende que, em circunstâncias especiais, um princípio pode desencadear uma exceção à uma regra, tornando-a inaplicável ainda que válida, Alexy entende demonstrada a insuficiência do caráter “tudo ou nada” atribuído às regras como critério de distinção entre estas e os princípios. Sustenta que somente uma cláusula geral de reserva como “e se, não em conformidade com um princípio, outra coisa for juridicamente comandada” poderia atribuir a característica de aplicação “tudo ou nada” às regras, porém, essa mesma cláusula também seria aplicável aos princípios, na forma “se nenhum outro princípio, com resultado contraditório, tiver precedência”, de modo que a questão de aplicação “tudo ou nada” deixaria de ser um critério seguro para a distinção entre princípios e regras, mas característico de ambos. ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book* (não paginado).

¹⁶⁴ Pois vislumbra que, em certos casos de colisão entre princípios, pode ser que um deles reste absolutamente inválido. Cita, como exemplo: “os princípios do direito das obrigações excluem o princípio da responsabilidade do mais rico. Do modo como eles se constituem, podem apenas eles ou esse princípio valer. Com isso, a colisão deve ser resolvida como uma contradição entre regras”. ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book* (não paginado).

que aquele que sustentar, com base em um princípio, uma exceção à regra, suportará o ônus argumentativo para derrotá-la. De outro lado, no que tange aos princípios, que podem ser restringidos por outros princípios, a situação é diferente, pois não haveria motivo para, de antemão, dar-se preferência a um princípio em face de outro, eis que todos, em tese, são iguais em seu conteúdo determinativo relativamente a casos concretos, de modo que aquele que chegar a uma conclusão com base em princípios deverá demonstrar que os princípios contrários recuam¹⁶⁵.

Outrossim, Alexy introduz a noção de que os princípios jurídicos funcionam como “mandados de otimização”, assemelhando-se a um “dever ser ideal”¹⁶⁶. Acrescenta que, por constituírem ideais, os princípios dependem, em sua realização, tanto das possibilidades fáticas (determináveis quando o princípio é apreciado diante dos fatos) quanto das possibilidades jurídicas (determináveis quando o princípio é apreciado diante dos demais princípios ou regras que a ele se contrapõem), enquanto as regras contêm já uma averiguação das possibilidades fáticas e jurídicas atinente à própria posituação. Alexy aponta que, justamente por isso, os princípios apresentam maior grau de generalidade¹⁶⁷.

No âmbito nacional, após analisar a evolução doutrinária da distinção entre os padrões normativos, Humberto Ávila apresenta os conceitos de regras e princípios, condensando seus principais atributos, de modo a permitir claramente diferenciá-los:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book* (não paginado).

¹⁶⁶ “Um dever ser ideal é todo dever ser que não prevê que aquilo que é devido é possível fática e juridicamente em toda sua extensão, mas que exige, porém, cumprimento o mais amplo ou aproximativo possível. Ao contrário, pode o caráter de prescrições que só podem ser cumpridas ou descumpridas ser caracterizado como ‘dever ser real’”. ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book* (não paginado).

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book* (não paginado).

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção¹⁶⁸.

Visto o ponto crucial do pós-positivismo (construção teórica de reconhecimento de eficácia normativa aos princípios e sua distinção das regras) e a conseqüente perda de espaço da concepção estritamente formalista de que o direito corresponderia a uma regra que, independentemente do seu conteúdo, deve ser aplicada exclusivamente por ser válida (como um dogma, pode-se dizer), resta a indagação de qual, então, seria a pertinência da dogmática jurídica em termos pós-positivistas. O paradigma dogmático ainda teria algo para contribuir com o direito na sua concepção atual, ou, restaria fadado ao mesmo destino que o positivismo, por estar a ele acorrentado com vínculos inseparáveis?

Veja-se que Dworkin ataca o positivismo de Hart quanto à teorização da “regra de reconhecimento” (citada, ainda que em apertada síntese, na seção anterior), à qual apelida de “teste de *pedigree*”. Cita que os princípios utilizados para o julgamento do caso “*Henningsen x Bloomfield Motors Inc.*” não são provenientes de uma legislação específica, mas sim de um sentimento de adequação desenvolvido pelos profissionais da prática jurídica e pela sociedade ao longo do tempo, e sua permanência depende da continuidade desse senso de adequação¹⁶⁹.

Trinta e dois anos após a primeira edição de sua obra “O conceito de direito”, Hart acrescentou um capítulo “pós-escrito”, no qual respondeu às críticas de Dworkin. Especificamente quanto à defesa da “regra de conhecimento” (ponto fundamental de sua teoria), Hart devolveu a crítica a Dworkin, afirmando que, mesmo segundo este, pelo menos alguns princípios não se configuram como tais apenas por seu conteúdo, mas sim por serem “capturados” por meio de uma regra de reconhecimento, tal é o modo da sua criação ou adoção por uma fonte dotada de autoridade reconhecida¹⁷⁰.

¹⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 102.

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald M. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, 1967, p. 41.

¹⁷⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 328-329.

De fato, na própria teoria de Dworkin encontra-se algo próximo da “regra de reconhecimento” hartiana, o chamado “teste de apoio institucional” dos princípios. O jurista norte-americano afirma que, se fosse desafiado a defender a existência de um princípio específico, mencionaria casos anteriores em que ele foi citado, ou alguma lei que parecesse exemplificar esse princípio (tanto melhor se fosse citado no seu preâmbulo ou em relatórios da comissão legislativa), pois, quanto maior o “apoio institucional”, mais fundamento haveria para o reconhecimento desse princípio^{171 172}.

Em publicações posteriores sobre o tema, Dworkin sustenta enfaticamente que “um princípio é um princípio de direito se figurar na mais bem fundada teoria do direito que possa servir como uma *justificação* das regras explícitas, tanto substantivas como institucionais, da jurisdição em questão”¹⁷³ e também que “o legislativo endossa princípios aprovando a legislação que esses princípios justificam. O espírito da democracia é aplicado quando se respeitam esses princípios”¹⁷⁴. O autor complementa que:

Se uma teoria do direito deve fornecer uma base para o dever judicial, então os princípios que ela apresenta de maneira ordenada devem tentar *justificar* as regras estabelecidas. Para isso, é preciso identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que, na opinião do jurista que defende tal teoria, sustentam efetivamente essas regras¹⁷⁵.

Respondendo às críticas recebidas de que seu modelo se aproximaria à “regra de reconhecimento” de Hart, Dworkin enfatiza que o “teste de apoio institucional” não fornece nenhuma base mecânica, histórica ou moralmente neutra para a revelação de um conjunto de princípios jurídicos¹⁷⁶. Isto porque, conforme Prieto Sanchís, há uma

¹⁷¹ Ainda assim, Dworkin afirma que não é capaz de conceber uma fórmula para definir quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para conceber um princípio jurídico, e menos ainda de atribuir uma certa ordem de grandeza à sua importância. DWORKIN, Ronald M. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, 1967, p. 41.

¹⁷² DWORKIN, Ronald M. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, 1967, p. 41.

¹⁷³ DWORKIN, Ronald M. O modelo de regras II. In: DWORKIN, Ronald M. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 105.

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald M. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 24.

¹⁷⁵ DWORKIN, Ronald M. O modelo de regras II. In: DWORKIN, Ronald M. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 106.

¹⁷⁶ DWORKIN, Ronald M. O modelo de regras II. In: DWORKIN, Ronald M. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 106.

relação de justaposição entre direito e moral na teoria proposta por Dworkin, de modo que a moral penetra no direito por um procedimento “um tanto misterioso” que acarreta uma normatividade em que os princípios morais e as regras jurídicas parecem constituir um sistema coerente do ponto de vista material ou valorativo. A moral não é concebida como uma ordem de normatividade separada do direito, mas ambos se mostram justapostos, de modo que toda a regra institucional está ligada a um princípio moral¹⁷⁷.

Quer dizer, desvendar um princípio a partir das normas vigentes no ordenamento jurídico, de modo que este justifique um determinado grupo de regras não significa abrir mão da constatação de que tal princípio é um elemento constitutivo da própria posituação dessas regras, e, portanto, anterior a estas, correspondendo às preocupações e tradições morais da comunidade que foram endossadas pelo Legislativo¹⁷⁸.

Por via de consequência, embora constate-se que os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de direito positivo, conforme Barroso, estes também podem existir fora e acima da letra expressa das normas legais, e nelas não se esgotam¹⁷⁹. Como adverte Lenio Streck, a força normativa dos princípios não pode levar à ideia de que estes são textos. Embora encontremos uma grafia dos princípios na Constituição da República, como o princípio da igualdade (art. 5º, *caput* e inc. 1º, da CRFB) e o princípio da legalidade (art. 5º, inc. II, da CRFB), estes transcendem o texto constitucional para tomar forma no mundo prático, de modo que um princípio é “aquilo que condiciona deontologicamente o todo da experiência jurídica e oferece legitimidade para a normatividade assim instituída”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Sobre principios y normas**: problemas del razonamiento jurídico. Lima: Palestra; Bogotá: Temis, 2013, p. 99-100.

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald M. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 24.

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 157-158.

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 618.

Quanto ao ponto, afigura-se esclarecedora a classificação apresentada pelo jurista espanhol Prieto Sanchís, segundo a qual os princípios podem ser explícitos, implícitos ou extrassistemáticos¹⁸¹.

Princípios explícitos não suscitam maiores dúvidas, pois são reconhecidos precisamente em algum dispositivo, ressalvando-se que o reconhecimento de princípios explícitos não requer que apareçam sob o *nomem iuris* de “princípio”, mas como tal podem ser considerados em virtude de sua generalidade e fundamentalidade¹⁸². Dentre os muitos exemplos possíveis, cita-se o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CRFB), o princípio da liberdade religiosa (art. 5º, inc. VI, da CRFB), o princípio da irretroatividade da lei penal gravosa (art. 5º, inc. XL, da CRFB), o princípio da liberdade sindical (art. 8º, *caput*, da CRFB), o princípio da boa-fé (art. 422 do CC), bem como o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (art. 8º, § 3º, da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017)¹⁸³.

De outro lado, Prieto Sanchís observa que os princípios implícitos são mais suscetíveis a discussões, pois são fruto de interpretações, que podem ser diferentes. Essa espécie de princípios não corresponde ao significado imediato de um determinado dispositivo expresso, mas é obtida a partir de vários dispositivos que constituem casos de aplicação ou especificação do dito princípio. Há, portanto, uma generalização verificável a partir de um conjunto de normas do ordenamento jurídico que pressupõe o reconhecimento de um princípio. Prieto Sanchís afirma que os princípios implícitos são descobertos tanto por via indutiva quanto dedutiva. De acordo com o primeiro método (indutivo), se supõe que o princípio constitui o elemento medular de um conjunto de disposições que contemplam casos semelhantes e, assim, se converte em uma norma generalizante ou expansiva capaz de regular novos casos.

¹⁸¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Sobre principios y normas**: problemas del razonamiento jurídico. Lima: Palestra; Bogotá: Temis, 2013, p. 179.

¹⁸² PRIETO SANCHÍS, Luis. **Sobre principios y normas**: problemas del razonamiento jurídico. Lima: Palestra; Bogotá: Temis, 2013, p. 181.

¹⁸³ Nos debruçamos especificamente sobre as balizas da intervenção sobre a autonomia da vontade coletiva, destacando a viabilidade de superação da limitação no caso concreto em: DORNELES, Leandro do Amaral D. de; JAHN, Vitor Kaiser. As balizas da intervenção da justiça do trabalho sobre os instrumentos da vontade coletiva e a possibilidade de superação *in concreto* da regra contida no artigo 8º, § 3º, da CLT. *In*: IV Seminário Internacional de Pesquisa (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo: o futuro do trabalho, 2019, Ribeirão Preto. **Anais Seminário (RE)Pensando o Trabalho Contemporâneo**. Franca: UNESP- FCHS, 2019. v. 3. p. 295-311.

No segundo método (dedutivo), por sua vez, o ponto de partida está em uma norma geral ou em um princípio, de onde se desprende outro que se presume implicado ou exigido por aquele, seja pelas consequências lógicas da norma, seja pelos valores ou interesses tutelados por ela¹⁸⁴.

Por fim, Prieto Sanchís apresenta os princípios extrassistemáticos, ressaltando que a fronteira entre estes e os princípios implícitos não é tão nítida, mas, ainda assim, pode ser verificada ao passo que os princípios implícitos encontram respaldo em disposições normativas concretas, enquanto os princípios extrassistemáticos prescindiriam das normas para trazer noções mais nebulosas: doutrinas morais ou políticas que são supostas como pertencentes ao sistema, como normas apócrifas¹⁸⁵. O jurista enfatiza que essa espécie de princípios não constitui uma derivação de alguma disposição normativa, mas é fruto de uma argumentação política ou moral bastante elaborada, de modo que, em uma perspectiva normativista, tais princípios não fariam parte do direito, haja vista sua incompatibilidade com a norma fundamental de Kelsen e com a regra de reconhecimento de Hart¹⁸⁶. Não obstante, Prieto Sanchís defende que uma teoria do direito deve ser, ao mesmo tempo, normativista e realista, se quiser captar a ambivalência do fenômeno jurídico, a ponto de reconhecer a existência de tais princípios extrassistemáticos, ainda que não sejam dotados de validade, mas sim de eficácia, dada a sua importância para o operador do direito¹⁸⁷.

Nessa senda, segundo Barroso, os princípios constitucionais, explícitos ou não, passam a ser a “síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico”, espelhando a ideologia da sociedade, seus postulados básicos e fins. Outorgam, pois, unidade e

¹⁸⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Sobre principios y normas**: problemas del razonamiento jurídico. Lima: Palestra; Bogotá: Temis, 2013, p. 189-193.

¹⁸⁵ Prieto Sanchís afirma que esta é a categoria que mais se aproxima da teoria de Dworkin, pois seu conceito de sistema jurídico inclui toda uma filosofia moral e política. PRIETO SANCHÍS, Luis. **Sobre principios y normas**: problemas del razonamiento jurídico. Lima: Palestra; Bogotá: Temis, 2013, p. 194.

¹⁸⁶ Fornecendo elementos para a diferenciação entre as teorias, Barzotto leciona que enquanto a norma fundamental de Kelsen é pressuposta, a regra de reconhecimento de Hart não o é, mas depende da aceitação por parte daquele que faz um juízo de validade da regra, bem como da aceitação de tal regra por parte dos funcionários do sistema. Quer dizer, não estando enunciada de forma expressa, a existência da regra de reconhecimento manifesta-se no seu uso pelos tribunais e operadores. BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 114-116.

¹⁸⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Sobre principios y normas**: problemas del razonamiento jurídico. Lima: Palestra; Bogotá: Temis, 2013, p. 194-198.

harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas, servindo como guia para o intérprete. Portanto, os princípios passam a exercer os papéis de condensar valores, dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete¹⁸⁸.

Outrossim, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os princípios jurídicos definem a lógica e a racionalidade normativa, bem como outorgam sentido harmônico ao sistema, viabilizando a compreensão do todo unitário que fora positivado:

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo¹⁸⁹.

Destarte, ainda que o contrário possa parecer à primeira vista, afigura-se equivocada a compreensão de que a dogmática jurídica perderia relevância para o direito em tempos de pós-positivismo. Ora, se o principal ataque teórico direcionado ao positivismo reside na necessidade de reconhecimento de força normativa aos princípios, a dogmática jurídica tem renovada a sua pertinência e relevância.

Afinal, resta inalterado o *status* de dogmas titulado pelas normas jurídicas (elemento central para o paradigma dogmático), permanecendo estas como ponto de partida para qualquer argumentação que vise viabilizar uma decisão ou orientar a ação. A diferença, a bem da verdade, está em compreender não só as regras dentro do conceito de norma jurídica, como ocorria no modelo positivista, mas, também, os princípios jurídicos, que têm reconhecida sua normatividade no pós-positivismo.

Inclusive, a dogmática jurídica permanece como uma ferramenta de destaque para o reconhecimento de princípios jurídicos subjacentes ao ordenamento, especialmente aqueles classificados como princípios implícitos ou latentes. Embora os princípios possam ser entendidos como as preocupações e tradições de uma comunidade anteriores à positivação, consubstanciando elementos constitutivos das

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329.

¹⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 986-987.

regras, isto não significa dizer que não se possa, por meio do paradigma dogmático, realizar o caminho inverso: a partir dos dogmas positivados, desvendar quais são os princípios que justificam um determinado conjunto de normas vigentes no ordenamento.

Desse modo, resta demonstrada a pertinência e a relevância da dogmática jurídica, mesmo em uma concepção pós-positivista do direito.

1.3 Dogmática e inovação legislativa

Plauto Faraco de Azevedo atribui a Kirchmann o mais famoso ataque perpetrado contra o direito como ciência. Segundo o autor, em pronunciamento realizado no ano de 1847 perante a Sociedade Jurídica de Berlin, Kirchmann sustentou que “três palavras retificadoras do legislador convertem bibliotecas inteiras em lixo”¹⁹⁰. Embora essa afirmação possa ser considerada extrema, não deixa de expressar a visualização de um problema que decorre de o paradigma dogmático encontrar nas normas jurídicas (que são mutáveis) o ponto de partida para as suas construções.

A dogmática jurídica está umbilicalmente ligada ao processo de positivação do direito. Enquanto o *jus naturalismo* partia de parâmetros imutáveis e duradouros, de premissas materialmente invariáveis, o *jus positivismo* corresponde à legalização do câmbio do direito, que pode ser sucessivamente superado, apresentando uma tendência ao formalismo e institucionalização da mudança e da adaptação por meio de procedimentos cambiáveis¹⁹¹. Afinal, como aponta Niklas Luhmann, a vinculação para a dogmática não corresponde à imutabilidade, mas sim à mutabilidade segundo condições dadas¹⁹².

Nesse sentido, José Rodrigo Rodriguez enfatiza que a dogmática jurídica surge como uma ponte entre as normas mutáveis e os conflitos sociais:

¹⁹⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015, p. 32.

¹⁹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 83.

¹⁹² LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Tradução de Luis E. Marcano Salazar e equipe. 1. ed. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 82.

Diante de leis mundanas, que podem ser alteradas por um simples ato de vontade política e da proliferação constante de conflitos sociais, sempre renovados a cada momento histórico, o direito ocidental tem construído institutos, critérios e instrumentos conceituais, que se colocam entre as leis e os casos concretos, para ser capaz de dar respostas aos conflitos sociais. Ao conjunto destes elementos, mais especificamente ao modo de raciocinar responsável por sua atuação na solução dos conflitos, dá-se o nome de dogmática jurídica¹⁹³.

Porém, inobstante a importância da dogmática jurídica, inclusive considerada por Reale como “o momento culminante da aplicação da Ciência do Direito”¹⁹⁴, afigura-se necessário atentar àquilo que Püschel e Rodriguez classificam como “naturalização das categorias jurídico-dogmáticas”¹⁹⁵. Os autores enfatizam os perniciosos efeitos que podem decorrer da valorização excessiva do aspecto estabilizador da dogmática, a ponto de restar desconsiderada a alteração legislativa. Trata-se da tendência de não reconstruir conceitos dogmáticos diante das mudanças do direito, situações em que se percebe objeção à norma inovadora em virtude de sua desconformidade com as categorias dogmáticas tradicionais, como se tais categorias fossem verdades imutáveis, às quais a lei deveria se submeter¹⁹⁶.

Ocorre que, ao passo em que opera a modificação do material normativo – que constitui o ponto de partida da série argumentativa –, a dogmática necessita ser revisitada. Se incompatível com o novo direito vigente, a dogmática deverá ser

¹⁹³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Para uma pedagogia da incerteza: a dogmática jurídica como experimento e como imaginação. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO Marta Rodriguez de Assis (Org.). **Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 56.

¹⁹⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. 9. tir. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 322-323.

¹⁹⁵ PÜSCHEL, Flavia Portella; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Invejar Sísifo: a dogmática jurídica entre tradição e inovação. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO Marta Rodriguez de Assis (Org.). **Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97.

¹⁹⁶ Segundo os autores, há uma tendência de formalização do sistema jurídico, especialmente quando ele passa por mudanças profundas. Apontam que, em diversos momentos históricos, os juristas tenderam a ignorar as inovações, citando como exemplo que muitos continuaram a aplicar o direito romano mesmo diante da sua revogação expressa pelo Código Civil napoleônico. Assim, afirmam que “os juristas dogmáticos parecem praticar (embora não seja possível afirmar que a defenderiam teoricamente) uma dogmática que confunde a ‘crise’ dos institutos jurídico-dogmáticos (isto é, sua constante transformação) com uma crise da dogmática jurídica como tal, deixando de lado o aspecto renovador da dogmática como algo ameaçador, capaz de destruir seu poder estabilizador”. PÜSCHEL, Flavia Portella; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Invejar Sísifo: a dogmática jurídica entre tradição e inovação. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO Marta Rodriguez de Assis (Org.). **Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98.

ajustada e, na medida necessária, reconstruída para que volte a estabelecer um liame de coerência com a ordem jurídica.

Como visto na seção anterior, mesmo em uma dogmática principalista, traço característico do paradigma na matriz pós-positivista, a verificação do “apoio institucional” tem relevância para o reconhecimento de um princípio jurídico dotado de força normativa. Por via de consequência, caso opere a alteração do material normativo que serve de esteio para o reconhecimento dos princípios latentes do ordenamento, a dogmática jurídica é desafiada a indagar-se acerca da incolumidade do arcabouço principiológico até então constituído, bem como acerca do eventual surgimento de possíveis novos princípios orientadores.

Como bem aponta Lênio Streck, os princípios não podem ser “criados” *ad hoc* a partir de graus zeros de sentido, pois há no direito uma história institucional que impulsiona a formação e a identificação dos princípios¹⁹⁷. A esta lição, complementa-se que assim como o reconhecimento dos princípios deve estar lastreado em toda a historicidade institucional que lhes serve de amparo, da mesma forma, a dogmática jurídica não pode ignorar quando o direito passa a escrever um novo capítulo em sua história mediante a modificação democrática do material normativo, dando, assim, origem a um novo corpo de princípios latentes. Afinal, qualquer pretensão de apresentação de um rol definitivo dos princípios restaria fadada ao insucesso, ao passo que estes estão em constante transformação, como constata Dworkin¹⁹⁸.

Um exemplo dessa mudança de rumo é fornecido pelo direito do trabalho, e aqui já se inicia uma ponte com a abordagem específica desta dissertação, que será trazida a efeito nos próximos dois capítulos.

André Araújo Molina sustenta que, na atualidade, o intérprete deve despir-se das antigas tendências ideológicas socializantes que permearam a fase de surgimento e consolidação do direito do trabalho. Isso porque, segundo Molina, as forças antagônicas da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 adotaram ideologias conflitantes e até mesmo incompatíveis (direitos sociais e desenvolvimento, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, desenvolvimento nacional e erradicação da

¹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 618.

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald M. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, 1967, p. 45.

pobreza, propriedade privada e a sua função social)¹⁹⁹. A principal peculiaridade teórica de Molina reside na percepção de que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa passam a contar com idêntico prestígio constitucional a partir da Carta Magna de 1988 (artigo 1º, inciso IV, da CRFB), razão pela qual a interpretação não mais deveria se dar sempre em favor do trabalhador (como consagrado no princípio da proteção), mas sim pela ponderação entre os princípios colidentes em cada caso concreto²⁰⁰.

Soma-se a isto que, quase três décadas após a Constituinte de 1988, a Lei nº 13.467/2017 promoveu alterações significativas em pontos bastante sensíveis para a dogmática juslaboral clássica, sendo intitulada como estandarte da “reforma trabalhista” brasileira. Leandro do Amaral D. de Dorneles ressalta que o reformador operou um verdadeiro reequacionamento dos princípios regentes do direito do trabalho. Se anteriormente era atribuído um *status* de princípio normativo ou dogmático fundamental à propriedade expansiva do direito do trabalho, face à sua avidez histórica por melhorias, buscando o constante estímulo à ampliação dos contornos protetivos, a reforma trabalhista intenta um estreitamento (ou conformação) dos princípios da proteção e da promoção da melhoria da condição social do trabalhador em prol de uma abertura a princípios privatistas como aqueles que circundam o instituto da autonomia da vontade²⁰¹.

O paradoxal nisso tudo é que negar a transformação, ou seja, deixar de fazer o esforço de reconstrução e incorporação do novo ao sistema jurídico dogmático, em vez de preservar a tradição, resulta na sua erosão, e conseqüente perda do poder de sua força estabilizadora, como constatam Püschel e Rodriguez²⁰².

¹⁹⁹ MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas**: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013, p. 208.

²⁰⁰ MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas**: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013, p. 231.

²⁰¹ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. A reforma trabalhista e o princípio da autodeterminação das vontades coletivas. *In*: AZEVEDO, André Jobim de (org.). **Reforma trabalhista: desafio nacional**. Porto Alegre: Lexmagister, 2018, p. 179-197.

²⁰² PÜSCHEL, Flavia Portella; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Invejar Sísifo: a dogmática jurídica entre tradição e inovação. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO Marta Rodriguez de Assis (Org.). **Dogmática é conflito**: uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

Ora, como a dogmática objetiva orientar a ação e possibilitar a decisão ao estabelecer as condições do juridicamente possível, uma construção que em seu nome seja feita de modo divorciado dos dogmas que lhe deveriam servir de fundamento, ignorando as reformas que modifiquem o material normativo, dificilmente conseguirá exercer satisfatoriamente sua função social de neutralização do conflito. Pelo contrário, ampliará as incertezas ao ignorar as soluções estabelecidas no ordenamento vigente, acarretando não só insegurança jurídica, mas também o próprio enfraquecimento da teoria dogmática, suscitando dúvidas acerca de sua pertinência, atualidade e utilidade.

Este é, hoje, um problema presente para o direito do trabalho. A dogmática juslaboral clássica ainda explica e sistematiza o direito do trabalho vigente? Quer dizer, será que ainda se pode, com as mesmas lentes do passado, sem quaisquer ajustes, interpretar o material normativo que fora reformado?

Palma Ramalho, enfatiza que muitos apontam uma dimensão dogmática da crise do direito do trabalho, vaticinando o fim da autonomia da área jurídica pelo esgotamento da sua finalidade protetiva (valoração fundamental da dogmática juslaboral clássica), razão pela qual estaria o direito do trabalho fadado à completa reabsorção pelo direito civil²⁰³.

E alinhado a esse suposto “esgotamento” da finalidade tutelar/protetiva do direito do trabalho, soma-se a constatação de Menezes Cordeiro de que o direito civil não é mais aquele mesmo do qual o direito do trabalho havia se emancipado, mas preocupa-se com a tutela do contratante débil em trocas desiguais, figura na qual pode ser enquadrado o empregado. O autor português defende que, se a afirmação da autonomia dogmática do direito do trabalho foi amparada em uma crítica à

²⁰³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. 100 anos de direito do trabalho em Portugal: algumas notas. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, dez. 2019, *E-book* (não paginado).

insuficiência do direito civil anterior²⁰⁴, a satisfação e até talvez a ultrapassagem da crítica convertem-na em fator histórico²⁰⁵.

Destarte, afigura-se necessário oxigenar a dogmática juslaboral, buscando esclarecer quais são seus princípios e valorações fundamentais na atualidade, sob pena de seu afastamento das normas que regulam a relação de emprego se tornar tamanho que resulte na erosão da dogmática própria do direito do trabalho.

Trata-se, outrossim, de uma questão de segurança jurídica. Como leciona Humberto Ávila, embora via de regra examinada quanto aos requisitos para que o direito possa ser considerado seguro (segurança do direito) ou para que ele possa servir de instrumento assecuratório de direitos (segurança pelo direito e de direitos), a segurança jurídica não diz apenas sobre enunciados prescritivos nas variadas manifestações normativas, mas, também, cabe falar em segurança jurídica referentemente ao modo como o direito é tratado, envolvendo os “enunciados descritivo-explicativos ou reconstrutivos que compõem a metalinguagem doutrinária”, quanto à clareza, à abrangência, à consistência (formal) e, sobretudo, quanto à coerência (material) dos enunciados que vertem sobre as normas²⁰⁶. Portanto, à medida em que a dogmática consubstancia uma construção que visa dar sentido ao direito, orientando a ação e viabilizando a decisão, a segurança jurídica exige que ela guarde um vínculo de coerência material com as normas vigentes.

Com fulcro no embasamento teórico obtido até aqui, atinente aos fundamentos da dogmática jurídica, a dissertação enfrentará nos próximos capítulos o problema que hoje assola o direito do trabalho. Confrontar-se-á a principiologia desenvolvida pela dogmática juslaboral clássica em face das reformas operadas sobre o material normativo, visando resolver a questão norteadora que orienta a investigação, isto é, verificar se a modificação normativa experimentada pelo direito trabalhista autoriza o

²⁰⁴ “O laboralismo apresentou-se como uma crítica ao Direito civil das codificações. Nessa linha, ele chamou a atenção para a presença de pessoas – e não de simples sujeitos – nas situações jurídicas, para a conveniência em atentar na efetiva posição dessas pessoas – abdicando, pois, de uma suposta igualdade entre elas – e para a necessidade de proteger a parte débil”. CORDEIRO, António Menezes. **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2018. v. I: direito europeu, dogmática geral, direito coletivo, p. 435.

²⁰⁵ CORDEIRO, António Menezes. Da situação jurídica laboral: perspectivas dogmáticas do direito do trabalho. **Revista da Ordem dos Advogados Portugueses**, Lisboa, ano 42, v. I, jan./abr. 1982, p. 148.

²⁰⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 163.

reconhecimento de uma nova dogmática juslaboral, fundada não só no princípio protetivo do trabalhador, mas, também, no princípio da salvaguarda dos interesses de gestão.

2 DOGMÁTICA JUSLABORAL TRADICIONAL

Neste segundo capítulo será investigada a dogmática juslaboral clássica como matéria dotada de autonomia que se separa do direito comum para fornecer uma regulação especial, analisando-se sua gênese e evolução histórico-normativa, seus aspectos fundamentais, a arquitetura principiológica erigida com caráter protetivo unilateral, bem como a propagada “crise” do direito do trabalho em suas diferentes dimensões.

2.1 Gênese e evolução do direito do trabalho

Nesta seção, de abordagem histórica, será de início investigada a gênese do direito do trabalho, examinando-se as razões que o levaram a constituir uma regulação especial, voltada à proteção do trabalhador. Após, será analisada a evolução normativa da regulação do direito do trabalho no Brasil.

2.1.1 Surgimento do direito do trabalho

De acordo com Muñoz Ramón, o direito do trabalho pode ser compreendido em três diferentes acepções: como ramo do direito, como ciência jurídica, ou como política jurídica²⁰⁷.

No sentido de ramo jurídico, “direito do trabalho” corresponde ao conjunto de normas laborais que regulam de forma especial a relação de emprego, as quais, por sua vez, são objeto do estudo da ciência jurídica igualmente chamada de “direito do trabalho”. Isto é, serve-se da mesma denominação para referir ao objeto de conhecimento e ao conhecimento científico desse objeto. Muñoz Ramón adverte que, no capítulo científico, o direito do trabalho é apresentado de modo dogmático pelas normas laborais que constituem o objeto de seu estudo. Por sua vez, a acepção política de “direito do trabalho” analisa qual “deve ser” o conteúdo das disposições

²⁰⁷ MUÑOZ RAMON, Roberto. **Derecho del trabajo**. México: Porrúa, 1976. Tomo I: teoría fundamental, p. 03.

juslaborais em determinadas circunstâncias e conforme o ponto de vista de certas pautas axiológicas decorrentes da ideia de justiça^{208 209}.

Assim, segundo Muñoz Ramón, o político preocupa-se com a forma como o direito do trabalho e as relações derivadas do seu desenvolvimento devem ser reguladas. Por outro lado, o juslaboralista, em uma abordagem científica do direito do trabalho, contempla as normas laborais tal como são, independentemente dos problemas relativos a como deveriam ser²¹⁰.

Outrossim, Muñoz Ramón atribui às normas, objeto de estudo científico juslaboral, as seguintes características: a) são dotadas de obrigatoriedade por uma autoridade política em certa época e em um país determinado; b) surgem do seio da realidade social e têm como propósito ordená-la, importando as circunstâncias pelas quais as normas emergem e são produzidas; c) contém, tácita ou explicitamente, uma gama de princípios e se orientam a uma série de fins; e d) são apresentadas como dogmas, devendo ser contempladas como são e como funcionam²¹¹.

Como apontado introdutoriamente, o enfoque desta pesquisa é, sobretudo, dogmático. Busca-se, nas normas do direito do trabalho (itens “a” e “d” da classificação de Muñoz Ramón), conhecer os princípios orientadores do juslaboralismo vigente no tempo e espaço (item “c” da classificação de Muñoz Ramón). Isto, porém, não retira a pertinência da abordagem da gênese dessa área jurídica, pois descortina o cenário que desencadeou a produção normativa (item “b” da classificação de Muñoz Ramón), abrindo espaço para o reconhecimento de uma dogmática propriamente juslaboral.

Evidentemente, não está no escopo desta dissertação aprofundar o fenômeno do surgimento do trabalho subordinado como um todo, em suas mais diversas facetas, o que demandaria digressões histórico-culturais próprias de investigações da sociologia jurídica e da história do direito.

²⁰⁸ MUÑOZ RAMON, Roberto. **Derecho del trabajo**. México: Porrúa, 1976. Tomo I: teoría fundamental, p. 04-05.

²⁰⁹ Exemplo da acepção de direito do trabalho como política juslaboral é encontrado em Deveali, que aponta uma série de diretrizes e princípios a serem seguidos pelo legislador para a elaboração das normas laborais. DEVEALI, Mario L. **Lineamentos de derecho del trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 95-147.

²¹⁰ MUÑOZ RAMON, Roberto. **Derecho del trabajo**. México: Porrúa, 1976. Tomo I: teoría fundamental, p. 23-26.

²¹¹ MUÑOZ RAMON, Roberto. **Derecho del trabajo**. México: Porrúa, 1976. Tomo I: teoría fundamental, p. 26.

A propósito, ao tratar da história operária, Hobsbawm enfatiza que, tradicionalmente, este é um tema altamente politizado, sendo que a maior parte dos historiadores que se interessaram pelo tema são membros ou simpatizantes do movimento operário. O autor enfatiza que essa história realizada “de dentro” do movimento operário apresentou certas características, destacando: a identificação das classes operárias com organizações, ideologias ou partidos do movimento operário; a tendência de atribuição de uma importância ao movimento operário que não era concedida por outros historiadores; um autoisolamento da história dos movimentos operários com relação ao resto da história; bem como a tendência de produzir uma versão oficial da história que variou desde uma ortodoxia informal, mas não muito flexível, até uma ortodoxia formal e altamente inflexível. Cada vez mais presente no estudo da história da classe operária, o caráter acadêmico das investigações corrigiu alguma dessas tendências. Não obstante, a força de desenvolvimento da área permanece sendo eminentemente política, como reconhece Hobsbawm²¹².

Sem embargo, serão abordados os contornos da chamada “questão social”, ao passo que figura dentre os principais pressupostos para o processo de separação do direito do trabalho do direito comum.

Embora as raízes do contrato de trabalho lato senso possam remontar à figura da *locatio conductio operarum* do direito romano, em que a cessão temporária dos serviços pelo *locator* ao *conductor* constituía o objeto contratual, o fenômeno da sistematização do direito do trabalho como área jurídica se deu mediante um processo essencialmente moderno, desencadeado a partir da Revolução Industrial²¹³. Face à constatação das péssimas condições de trabalho que lhe foram características²¹⁴, a necessidade de modificá-las foi uma das raízes para o estabelecimento de um novo

²¹² HOBBSAWM, Eric. **Mundos do trabalho**: novos estudos sobre a história operária. Tradução de Waldea Barcellos e Sandra Bedran. 5. ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2008, p. 15-18.

²¹³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 171-173.

²¹⁴ E. P. Thomson refere a imagem da “fábrica tenebrosa e satânica” como dominante da reconstrução visual da Revolução Industrial. THOMPSON, Edward P. **A formação da classe operária inglesa**. Tradução de Denise Bottmann. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra. 2002. v. II: A maldição de Adão, p. 14.

ordenamento, especialmente voltado ao campo laboral, o que propiciou o nascimento do direito do trabalho em sentido próprio e estrito²¹⁵.

E. P. Thompson descreve que o “fazer-se” da classe operária é um fato tanto de história política e cultural quanto econômica. O autor destaca que a classe operária não foi gerada espontaneamente pelo sistema fabril, não sendo correto imaginar uma “força exterior” (a Revolução Industrial) agindo sobre algum “material bruto, indiferenciado e indefinível de humanidade”, pois as mutáveis relações de produção e as condições de trabalho foram impostas sobre pessoas “livres” que foram objeto de doutrinação maciça e de tradições políticas. Assim, o historiador enfatiza que a classe formou a si própria tanto quanto foi formada²¹⁶.

Constata-se, conforme E. P. Thompson, uma natureza verdadeiramente catastrófica da Revolução Industrial e algumas das razões pelas quais a classe operária se formou nesse período. O autor destaca que o povo foi submetido, simultaneamente, à intensificação da exploração econômica e da opressão política, de modo que as relações entre patrões e empregados se tornaram mais duras e menos pessoais. Embora o historiador constate um aumento na liberdade potencial do trabalhador com relação ao empregado nas fazendas ou o artesão na indústria doméstica, “esta ‘liberdade’ significava que se sentia mais intensamente a falta dela. Em qualquer situação em que procurasse resistir à exploração, ele se encontrava frente às forças do patrão ou do Estado, e, comumente, frente às duas”²¹⁷.

Fato é que, conjugada a um expressivo crescimento demográfico havido na Europa nos séculos XVIII e XIX e ao êxodo rural decorrente da incapacidade de o campo gerar empregos suficientes para receber essa população crescente, a Revolução Industrial teve início e se desenvolveu com grande excedente de mão de obra nas zonas urbanas, em um processo contraditório de “destruição criadora” de empregos²¹⁸.

²¹⁵ ALONSO OLEA, Manuel. **Introducción al derecho del trabajo**. 7. ed. rev., ren. e ampl. por Maria Emília Casas Baamonde e Enrique Alonso García. Madrid: Thomson Reuters, 2013, p. 453.

²¹⁶ THOMPSON, Edward P. **A formação da classe operária inglesa**. Tradução de Denise Bottmann. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra. 2002. v. II: A maldição de Adão, p. 17-18.

²¹⁷ THOMPSON, Edward P. **A formação da classe operária inglesa**. Tradução de Denise Bottmann. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra. 2002. v. II: A maldição de Adão, p. 23.

²¹⁸ ALONSO OLEA, Manuel. **Introducción al derecho del trabajo**. 7. ed. rev., ren. e ampl. por Maria Emília Casas Baamonde e Enrique Alonso García. Madrid: Thomson Reuters, 2013, p. 437.

Logo, o nascimento do proletariado industrial converteu-se em uma “questão social”. Com o crescimento exponencial do número de trabalhadores industriais, estes passaram a formar uma nova classe social, a “classe trabalhadora”. A diferenciação relativa às demais classes não residia na pobreza absoluta ou relativa dos proletários, mas, precisamente, no seu modo de vida e nas condições de trabalho a que eram submetidos. Portanto, nos seus múltiplos efeitos, a Revolução Industrial propôs a reorganização da sociedade em si mesma²¹⁹.

Com a máquina a vapor criada por James Watt em 1769, a maior parcela motriz da produção passou a ser extraída da tecnologia revolucionária daquele momento. E. P. Thompson destaca que independentemente do juízo de valor, “observadores conservadores, radicais e socialistas sugeriram a mesma equação: energia do vapor e indústria algodoeira = nova classe operária”, convergindo para o reconhecimento de que os instrumentos físicos da produção foram responsáveis pelo surgimento de novas relações sociais, instituições e hábitos culturais²²⁰.

Embora o trabalho infantil não fosse uma novidade, pois já utilizado no meio agrícola, o desenvolvimento da indústria moderna²²¹ acarretou uma intensificação drástica da exploração do trabalho das crianças entre 1780 e 1840²²², em condições tão duras que hoje são quase incompreensíveis. Jornadas entre quatorze e dezesseis horas são perniciosas para qualquer idade, mas quando exigidas de crianças de oito anos de idade em minas de carvão, ou mesmo em idades inferiores em indústrias têxteis²²³, são ainda mais prejudiciais, pois afetam o próprio desenvolvimento da

²¹⁹ ALONSO OLEA, Manuel. **Introducción al derecho del trabajo**. 7. ed. rev., ren. e ampl. por Maria Emília Casas Baamonde e Enrique Alonso García. Madrid: Thomson Reuters, 2013, p. 435.

²²⁰ THOMPSON, Edward P. **A formação da classe operária inglesa**. Tradução de Denise Bottmann. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra. 2002. v. II: A maldição de Adão, p. 13.

²²¹ “Quanto menos destreza e força exige o trabalho manual, isto é, quanto mais a indústria moderna se desenvolve, tanto mais o trabalho dos homens é substituído pelo das mulheres e crianças. Diferenças de sexo ou de idade não têm mais qualquer relevância social para a classe trabalhadora. Só há instrumentos de trabalho, cujo preço varia conforme a idade e o sexo”. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008, p. 22-23.

²²² THOMPSON, Edward P. **A formação da classe operária inglesa**. Tradução de Denise Bottmann. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra. 2002. v. II: A maldição de Adão, p. 202-203.

²²³ Alonso Olea registra que havia, inclusive, trabalho infantil em indústrias têxteis desde os quatro ou cinco anos de idade. A vida de trabalho tinha início assim que a criança desenvolvia a capacidade de atenção e obediência. ALONSO OLEA, Manuel. **Introducción al derecho del trabajo**. 7. ed. rev., ren. e ampl. por Maria Emília Casas Baamonde e Enrique Alonso García. Madrid: Thomson Reuters, 2013, p. 447.

pessoa. Esse abuso na utilização do trabalho infantil, que tinha uma finalidade econômica (ao passo que as crianças tradicionalmente recebiam um salário inferior àquele pago aos adultos), constituiu, conforme Alonso Olea, “o grande escândalo moral da Revolução Industrial”²²⁴ e, de acordo com E. P. Thompson, “representou um dos acontecimentos mais vergonhosos da nossa história”²²⁵.

Outrossim, houve a ruptura do ritmo de trabalho “natural” de realizar uma tarefa determinada, passando o trabalhador a ser submetido à disciplina e a tempos de duração de trabalho arbitrariamente definidos pelo patrão e rigorosamente medidos²²⁶. Conforme Marx e Engels, com a expansão da maquinaria e da divisão do trabalho, os proletários perderam toda a autonomia na prestação, tornando-se um apêndice da máquina²²⁷.

Embora a crença na igualdade de ricos e pobres perante a lei constituísse uma fonte de satisfação popular²²⁸, os ideais bradados pela revolução burguesa revelaram-se corrompidos em sua instrumentalização. Como aponta Zavascki, “a igualdade entre as pessoas era simplesmente formal, desprovida de qualquer representatividade no plano dos fatos, um mero catálogo de ilusões”²²⁹. Afastando-se de qualquer noção elementar de dignidade do trabalhador, houve o aviltamento salarial, a exigência de jornadas extenuantes de trabalho e a utilização abusiva da mão de obra infantil, apresentando o espaço produtivo péssimas condições sanitárias e ambientes laborais extremamente inseguros e pródigos em infortúnios. Foi esse conjunto de perturbações que constituiu o ponto de partida para o desenvolvimento sistemático do direito do trabalho, expondo a inadequação da aplicação do direito comum ao fenômeno laboral.

²²⁴ ALONSO OLEA, Manuel. **Introducción al derecho del trabajo**. 7. ed. rev., ren. e ampl. por Maria Emília Casas Baamonde e Enrique Alonso García. Madrid: Thomson Reuters, 2013, p. 447.

²²⁵ THOMPSON, Edward P. **A formação da classe operária inglesa**. Tradução de Denise Bottmann. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra. 2002. v. II: A maldição de Adão, p. 224.

²²⁶ ALONSO OLEA, Manuel. **Introducción al derecho del trabajo**. 7. ed. rev., ren. e ampl. por Maria Emília Casas Baamonde e Enrique Alonso García. Madrid: Thomson Reuters, 2013, p. 435.

²²⁷ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008, p. 21.

²²⁸ THOMPSON, Edward P. **A formação da classe operária inglesa**. Tradução de Denise Bottmann. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra. 2004. v. I: A árvore da liberdade, p. 90.

²²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Fundamentais de Terceira Geração. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, 1998, p. 229.

Então, no período entre 1802 e 1839, teve início a primeira fase da regulamentação do direito do trabalho, ainda bastante tímida, mas que estabeleceu alguns limites à extrema exploração característica da Primeira Revolução Industrial. Em 1802 surgiu uma das primeiras leis trabalhistas da qual se tem notícia, o “*Health and Morals Apprentices Act*”, na Inglaterra, que vedava o trabalho noturno a menores aprendizes e reduzia a doze horas sua jornada. Após, na França, em 1813, foi proibido o trabalho de menores em minas e, em 1819, foi assegurado o descanso aos domingos e feriados. Nesse mesmo ano, na Inglaterra, foi vedado o emprego de menores de 9 anos, o que foi igualmente regulamentado na França em 1839, quando também restou limitada a duração da jornada de trabalho dos menores de 16 anos em até dez horas²³⁰.

A publicação do Manifesto do Partido Comunista por Marx e Engels em 1848 revela que a causa operária passa a ser assimilada por políticos e intelectuais insatisfeitos com a dinâmica social do período²³¹, descortinando a exploração do proletariado e a necessidade de união para a defesa dos seus interesses:

Esta organização dos proletários em classe, e com isso em partido político [...] força o reconhecimento dos interesses específicos dos trabalhadores na forma de leis, na medida em que eles se aproveitam das divisões entre os burgueses. Assim ocorreu, por exemplo, quando foi aprovada a limitação da jornada de trabalho em dez horas na Inglaterra²³².

Outrossim, com a efervescência das manifestações coletivas operárias, em 1891, a Igreja Católica posicionou-se na “Encíclica *Rerum Novarum*”, editada pelo Papa Leão XIII. Recorrendo a um juízo de equidade, a Encíclica registrou a necessidade de uma maior intervenção estatal para a proteção dos trabalhadores:

A equidade manda, pois, que o Estado se preocupe com os trabalhadores, e proceda de modo que, de todos os bens que eles proporcionam à sociedade, lhes seja dada uma parte razoável, como habitação e vestuário, e que possam viver à custa de menos trabalho e privações. De onde resulta que o Estado deve favorecer tudo o que, de perto ou de longe, pareça de natureza a melhorar-lhes a sorte. Esta solicitude, longe de prejudicar alguém, tornar-se-á, ao contrário, em proveito de todos, porque importa soberanamente à nação que

²³⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 7.

²³¹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 21.

²³² MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008, p. 26.

homens, que são para ela o princípio de bens tão indispensáveis, não se encontrem continuamente a braços com os horrores da miséria.

[...]

A classe rica faz das suas riquezas uma espécie de baluarte e tem menos necessidade da tutela pública. A classe indigente, ao contrário, sem riquezas que a ponham a coberto das injustiças, conta principalmente com a proteção do Estado. Que o Estado se faça, pois, sob um particularíssimo título, a providência dos trabalhadores, que em geral pertencem à classe pobre²³³.

Em seguida, no início do século XX, adveio a Segunda Revolução Industrial, com a invenção do motor de combustão interna e a implementação do petróleo e da eletricidade como novas fontes de energia. Nesse período, houve a organização da linha de produção de acordo com os modelos fordista/taylorista, baseado na fragmentação e especialização das tarefas do processo produtivo, ocasionando um incremento até então sem precedentes do ritmo da produção. Os preços baixaram, cresceu o mercado consumidor e, conseqüentemente, o ritmo da produção, albergando cada vez mais trabalhadores, o que potencializou a evolução do direito do trabalho²³⁴.

Em 1908, a Ford projetou sua primeira fábrica de carros, voltada exclusivamente à produção de um único produto, o Ford Modelo “T”²³⁵, com a implementação de técnicas e maquinaria especializada em uma linha de montagem móvel. Cada trabalhador tinha uma tarefa específica, tal como encaixar as maçanetas das portas do lado esquerdo do carro, na medida em que a estrutura do automóvel em montagem passava ao longo da linha²³⁶.

Outro marco do período foi a racionalização do processo produtivo por Frederick Taylor, que buscou extrair maior regularidade e rentabilidade do trabalho mediante estudos científicos, inclusive dos movimentos realizados pelos trabalhadores para que se alcançasse uma maior produção no menor tempo possível.

²³³ VATICANO. **Carta Encíclica *Rerum Novarum* do Sumo Pontífice Papa Leão XIII sobre a condição dos operários**. 15 mai. 1891. Disponível em: w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 20 dez. 2020.

²³⁴ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 21.

²³⁵ Ao final da produção do modelo Ford “T”, em 1929, foram produzidos mais de quinze milhões de carros idênticos. GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 312.

²³⁶ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 312.

Taylor também propôs o sistema do “justo salário por um justo trabalho”, o qual era baseado em uma jornada fixa e com remuneração estritamente proporcional às tarefas realizadas. Esse modelo exigia uma rígida supervisão e controle por parte dos empregadores, o que pode ser reconhecido como uma das primeiras manifestações da subordinação e do poder diretivo, tal como hoje os conhecemos²³⁷.

Raso Delgue ressalta que, como o modelo taylorista não tinha maiores preocupações com a integridade física e psíquica do trabalhador que compunha o processo produtivo, houve um grande crescimento do conflito social entre as empresas tayloristas e as organizações sindicais, o que acarretou a expansão e o fortalecimento dos sindicatos como reação ao industrialismo. Segundo o autor: “Taylorismo/Fordismo e sindicalismo foram como irmãos que se odeiam: a presença de um foi condição para o outro”²³⁸.

A aglomeração fabril dos trabalhadores, não mais dispersos como antes²³⁹, permitiu que desenvolvessem uma identidade de classe²⁴⁰ e, em um contexto de extrema exploração, percebessem que a reivindicação de direitos somente seria possível coletivamente. Conforme Marx e Engles, “com o desenvolvimento da indústria, contudo, o proletariado não só se expande, mas se concentra em grandes massas; sua força aumenta e ele a reconhece cada vez mais”²⁴¹. Um indivíduo poderia ser fraco diante de seu empregador, mas o agir coletivo, especialmente a completa paralização da produção, teria o condão de chamar o patrão à negociação de

²³⁷ RASO DELGUE, Juan. América Latina: El impacto de las tecnologías en el empleo y las reformas laborales. In: MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela (coord.). **Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo**, v. 6, n. 1, Modena (Itália): ADAPT University Press, jan./mar. 2018, p. 10.

²³⁸ RASO DELGUE, Juan. América Latina: El impacto de las tecnologías en el empleo y las reformas laborales. In: MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela (coord.). **Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo**, v. 6, n. 1, Modena (Itália): ADAPT University Press, jan./mar. 2018, p. 24. No original: “*Taylorismo/fordismo y sindicalismo fueron como hermanos que se odian: la presencia de uno fue condición del otro*”.

²³⁹ A proximidade física engendrava uma proximidade profissional e econômica mais profunda e duradoura entre os trabalhadores, conforme MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil: seus fundamentos sociológicos**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978, p. 109.

²⁴⁰ Sobre o papel da consciência de classe na história, ver HOBBSAWM, Eric. **Mundos do trabalho: novos estudos sobre a história operária**. Tradução de Waldea Barcellos e Sandra Bedran. 5. ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2008, p. 33-53.

²⁴¹ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008, p. 24.

melhores condições e causaria impactos à sociedade, capazes de atrair a atenção do Estado para a necessidade de tutela protetiva dessas.

A propósito, há uma estreita relação entre o surgimento do sindicalismo e do próprio direito do trabalho. Conforme Evaristo de Moraes Filho, as influências foram as mesmas para ambos: a) a suposta igualdade perante a lei criava uma maior desigualdade de condições entre ricos e pobres à medida em que os bens que dispunham não eram inicialmente iguais, situação aprofundada com a concepção individualista do contrato de trabalho, não se atentando ao grupo e ao interesse social por detrás dele; b) com o maquinismo, o homem ficou relegado a um papel secundário de mero guardião e assistente do aparelho mecânico, não sendo a pessoa humana a que mais importava; c) com as grandes lutas sociais, os operários deixaram de assistir de braços cruzados à sua própria desagregação e extermínio biológico e econômico, reunindo-se, protestando e reivindicando melhores condições, agitaram todo o corpo social, chamaram a atenção dos poderes públicos sobre a sua existência e deram demonstrações práticas e diretas da sua força e das suas possibilidades futuras como classe organizada, de modo a conquistar, “por suas próprias mãos, um lugar ao sol”; e d) enquanto o Estado não se decidia a intervir e não se alterava a mentalidade das classes dominantes, os operários e patrões firmaram acordos coletivos espontâneos, à margem do direito estatal, visando alcançar a paz, substituindo o papel até então desempenhado pelos indivíduos isolados²⁴².

Assim, ante a força do movimento sindical, que se encontrava em crescimento exponencial, somada às manifestações de políticos, intelectuais e da Igreja Católica, bem como ante o crescimento do sufrágio universal²⁴³, paulatinamente, os Estados foram chamados a ampliar a intervenção sobre o âmbito laboral, estabelecendo leis limitadoras à exploração do trabalho pelo capital. No entanto, a legislação era esparsa, não havendo um reconhecimento global e efetivo do direito do trabalho.

Essa situação é alterada com a fundação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919²⁴⁴. Se até então os países concediam um ou outro direito aos

²⁴² MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil**: seus fundamentos sociológicos. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978, p. 107-110.

²⁴³ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 21.

²⁴⁴ A constituição da OIT foi prevista na Parte XIII do Tratado de Versalhes, assinado em Paris, o mesmo que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Naquele contexto pós-guerra, tendo sido vivenciado

trabalhadores, cada qual em seu momento e de acordo com sua avaliação dos interesses a serem tutelados conforme a inclinação política do governo em exercício, a partir da OIT, vislumbra-se haver uma preocupação comum de promover o aprimoramento da legislação trabalhista para tornar efetiva a proteção aos trabalhadores em âmbito global.

Destarte, a criação da OIT em 1919 constitui o marco central do reconhecimento universal do direito do trabalho, revelando sua jovialidade, mormente quando comparado com o direito civil, cuja origem remonta ao direito romano.

2.1.2 Evolução normativa do direito do trabalho no Brasil

Para a investigação histórico-normativa da regulação do direito do trabalho pátrio, serão adotadas como referenciais as obras “Direito Constitucional do Trabalho no Brasil”, de Gilberto Stürmer²⁴⁵, e “História do Direito do Trabalho no Brasil”, de Jorge Luiz Souto Maior²⁴⁶.

Até a criação da OIT em 1919, a relação entre capital e trabalho fora objeto de pouca regulamentação no Brasil, eis que a abolição da escravatura ocorreu de forma extremamente tardia, somente em 1888, enquanto o trabalho livre já era a tônica há longa data nos demais países ocidentais. Sendo o trabalho escravo a antítese do direito do trabalho, nenhuma norma trabalhista de cunho protetivo havia sido editada até então. Portanto, somente após a abolição da escravidão abrem-se as portas para o direito do trabalho no Brasil, mas ainda de maneira bastante modesta, quase inexpressiva.

Conforme o apanhado histórico normativo brasileiro apresentado por Souto Maior, positivou-se apenas a vedação ao trabalho do menor de 12 anos nas fábricas, salvo na condição de aprendiz a partir dos 8 anos, cuja norma era de aplicação restrita ao Rio de Janeiro, então Capital Federal (Decreto nº 1.313/1891); a autorização de

um dos maiores combates bélicos da humanidade até então, a criação de instituições que prevenissem conflitos no âmbito internacional foi preconizada. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 62.

²⁴⁵ STÜRMER, Gilberto. **Direito constitucional do trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁴⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2017. v. I: par. II.

criação de sindicatos pelos trabalhadores rurais (Decreto nº 979/1903) e urbanos (Decreto nº 1.637/1907); o privilégio das dívidas provenientes de salário do trabalhador rural (Decretos nº 1.150/1904 e 1.607/1906); a regulamentação do pagamento de salários aos trabalhadores rurais (Decreto nº 6.532/1907); e a inspeção de teatros e casas de diversões do Distrito Federal com dispositivos cuidando da duração do trabalho e garantias dos artistas (Decreto nº 1.637/1907). Com a aprovação do primeiro Código Civil (Lei nº 3.071/1916), as relações de trabalho foram tratadas na parte denominada “locação de serviços” com padrões contratuais liberais²⁴⁷. Digno de destaque que, em 1917, foi apresentado projeto de “código de trabalho”, prevendo dentre outros direitos, jornada de oito horas, proteção ao trabalho das mulheres e crianças e licença para trabalhadoras grávidas. No entanto, o projeto foi rejeitado, apenas restando aprovada a indenização de acidentes de trabalho (Decreto nº 13.498/1919)²⁴⁸.

Esse contexto de tímida regulação da relação laboral é superado a partir da assinatura do Tratado de Versalhes em 1919 que instituiu a Organização Internacional do Trabalho, pois nele o Estado brasileiro comprometeu-se a ampliar a legislação trabalhista interna. Naquele mesmo ano foi criada a Comissão de Legislação Social na Câmara dos Deputados com o objetivo de atender as obrigações assumidas pelo Brasil quanto ao compromisso de criar uma legislação social voltada às relações de trabalho, o que acarretou a edição de instrumentos legais que regulamentavam a atividade dos ferroviários, outorgando a estes estabilidade decenal, bem como caixas de pensão e aposentadoria (Decreto nº 4.682/1923), o que posteriormente foi estendido aos marítimos (Decreto nº 5.109/1926). Houve, também, a concessão do direito a férias remuneradas de 15 dias para comerciários, industriários, jornalistas e bancários (Decreto 4.982/1925), além da regulamentação de proteção ao trabalho da criança (Decreto nº 17.943-A/1927)²⁴⁹.

²⁴⁷ Oliveira e Dorneles enfatizam que, ainda que com uma lógica distinta da posteriormente consagrada no direito do trabalho, a regulamentação civilista das relações laborais deu impulso a um novo período de desenvolvimento da área jurídica no Brasil, classificado como “fase de sistematização”. OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 21.

²⁴⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2017. v. I: par. II, p. 139-144.

²⁴⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2017. v. I: par. II, p. 144-169.

A “Era Vargas” foi de intensa produção normativa para a regulação do direito do trabalho no Brasil. Foram criados o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (Decreto nº 19.443/1930), o Departamento Nacional do Trabalho (Decreto nº 19.671-A/1931) e a carteira profissional (Decreto nº 21.175/1932). Destaca-se a limitação da duração do trabalho nas indústrias (Decreto nº 21.364/1932), a criação das comissões mistas de conciliação (Decreto nº 21.396/1932), a regulamentação do trabalho da mulher (Decreto nº 21.417-A/1932), o regramento das convenções coletivas de trabalho (Decreto nº 21.761/1932), a limitação do trabalho de menores (Decreto nº 22.042/1932), a instalação das Juntas de Conciliação e Julgamento (Decreto nº 22.132/1932), a regulamentação das inspeções de trabalho (Decreto nº 22.244/1932), a limitação da jornada dos trabalhadores em casas de diversões e estabelecimentos conexos (Decreto nº 23.152/1933) e dos trabalhadores bancários (Decreto nº 23.322/1933), a limitação do gozo de férias pelos sindicalizados em se tratando de empregados em empresas jornalísticas, de comunicações e transportes terrestres e aéreos, em serviços públicos ou empresas concessionárias de tais serviços (Decreto nº 23.768/1934), a criação do instituto de aposentadoria e pensões dos bancários (Decreto nº 24.615/1934), a nova disciplina conferida aos acidentes do trabalho (Decreto nº 24.637/1934), e a regulação da constituição, organização e atuação dos sindicatos (Decreto nº 24.694/1934)²⁵⁰.

No que tange ao processo de constitucionalização do direito do trabalho, foram precursoras as Constituições mexicana de Querétaro (1917) e alemã de Weimar (1919), as quais regularam direitos sociais, econômicos e culturais ao lado dos tradicionais direitos civis e políticos, o que passa a ser uma característica comum das constituições outorgadas no marco pós-Primeira Guerra Mundial. Este processo, conforme Alonso Olea, simboliza o reconhecimento da importância do direito do trabalho como parte do ordenamento e o sentimento comunitário de sua vigência²⁵¹.

No Brasil, a regulação do direito do trabalho somente recebe assento constitucional a partir da Constituição de 1934, a qual fora inspirada pelas referidas

²⁵⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2017. v. I: par. II, p. 214-226.

²⁵¹ ALONSO OLEA, Manuel. **Introducción al derecho del trabajo**. 7. ed. rev., ren. e ampl. por Maria Emília Casas Baamonde e Enrique Alonso García. Madrid: Thomson Reuters, 2013, p. 606-609.

constituições sociais mexicana e alemã²⁵². Houve o reconhecimento de sindicatos e associações profissionais (art. 120), sendo a primeira e única Constituição brasileira que admitiu o pluralismo sindical²⁵³. Positivou-se de modo expresso o objetivo da proteção social do trabalhador, sendo estabelecida uma série de direitos laborais mínimos de matriz constitucional no § 1º do art. 121²⁵⁴. Ainda, foi instituída a Justiça do Trabalho (art. 122).

Em 1935 a greve passou a ser tipificada como um delito quando realizada no funcionalismo público e nos serviços inadiáveis (Lei nº 38/1935). Nesse mesmo ano, os direitos de estabilidade decenal e indenização por dispensa imotivada foram estendidos aos empregados do comércio e da indústria (Lei nº 62/1935). Houve, também, a promulgação das Convenções nº 3, 4, 5 e 6 da OIT sobre emprego das mulheres antes e depois do parto, trabalho noturno das mulheres, idade mínima de admissão das crianças nos trabalhos industriais e trabalho noturno das crianças na indústria (Decreto nº 423/1935). No ano seguinte, foram designadas comissões para a fixação do salário mínimo (Lei nº 185/1936)²⁵⁵.

Após o golpe que instaurou o Estado Novo de Vargas, foi outorgada a Constituição de 1937, a qual condicionou a representação sindical ao prévio reconhecimento pelo Estado e pôs fim ao pluralismo (art. 138), bem como passou a proibir a realização de greve e *lockout*, pois “declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção

²⁵² STÜRMER, Gilberto. **Direito constitucional do trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5-7.

²⁵³ STÜRMER, Gilberto. **Direito constitucional do trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

²⁵⁴ Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; f) férias anuais remuneradas; g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; i) regulamentação do exercício de todas as profissões; j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

²⁵⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2017. v. I: par. II, p. 235.

nacional” (art. 139). Quanto aos direitos trabalhistas de matriz constitucional, foram estabelecidos no art. 137²⁵⁶.

Em 1937, foram promulgadas diversas Convenções da OIT, destacando-se as de nº 7 e 16, referentes ao trabalho marítimo de menores, disciplinando a idade mínima (Decreto nº 1.397/1937) e a exigência de exames médicos (Decreto nº 1.398/1937). No ano de 1938 houve a regulamentação da Lei nº 185/1936 mediante a definição de salário mínimo com a adoção de parâmetro diário (Decreto-Lei nº 399/1938), a extensão da proteção trabalhista aos empregados nas fábricas de açúcar, álcool e aguardente (Decreto-Lei nº 505/1938), a promulgação da Convenção nº 52 da OIT sobre férias remuneradas (Decreto nº 3.232/1938) e a disposição sobre o horário e as condições de trabalho em empresas jornalísticas (Decreto-Lei nº 869/1938)²⁵⁷.

Em 1939 foi promulgada a Lei Orgânica da Sindicalização Profissional (Decreto-Lei nº 1.402/1939), bem como foi regulamentada a organização da Justiça do Trabalho (Decreto-Lei nº 1.237/1939). Seguiu a intensa produção normativa sobre os mais diversos assuntos: instalação de refeitórios e criação de cursos de

²⁵⁶ Art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: a) os contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, serão aplicados a todos os empregados, trabalhadores, artistas e especialistas que elas representam; b) os contratos coletivos de trabalho deverão estipular obrigatoriamente a sua duração, a importância e as modalidades do salário, a disciplina interior e o horário do trabalho; c) a modalidade do salário será a mais apropriada às exigências do operário e da empresa; d) o operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; e) depois de um ano de serviço ininterrupto em uma empresa de trabalho contínuo, o operário terá direito a uma licença anual remunerada; f) nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta, a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço; g) nas empresas de trabalho contínuo, a mudança de proprietário não rescinde o contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo; h) salário mínimo, capaz de satisfazer, de acordo com as condições de cada região, as necessidades normais do trabalho; i) dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei; j) o trabalho à noite, a não ser nos casos em que é efetuado periodicamente por turnos, será retribuído com remuneração superior à do diurno; k) proibição de trabalho a menores de catorze anos; de trabalho noturno a menores de dezesseis, e, em indústrias insalubres, a menores de dezoito anos e a mulheres; l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto; m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho; n) as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais.

²⁵⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2017. v. I: par. II, p. 235-240.

aperfeiçoamento profissional (Decreto-Lei nº 1.238/1939); fixação da duração do trabalho em oito horas diárias nas equipagens da Marinha Mercante Nacional (Decreto-Lei nº 1.395/1939); direito de o empregado receber 2/3 de sua remuneração quando chamado a incorporar-se às forças-armadas (Decreto-Lei nº 1.523/1939); nacionalização do trabalho e proteção do trabalhador nacional (Decreto-Lei nº 1.843/1939); instituição do salário mínimo (Decreto-Lei nº 2.162/1940); disposição sobre duração do trabalho em qualquer atividade não disciplinada em lei com regime especial (Decreto-Lei nº 2.308/1940); regulação sobre o pagamento e arrecadação das contribuições sindicais (Decreto-Lei nº 2.377/1940); aprovação do quadro de atividades e profissões para enquadramento sindical e disposição sobre a constituição de sindicatos e associações sindicais de grau superior (Decreto-Lei nº 2.381/1940); proteção ao trabalho do menor (Decreto-Lei nº 3.616/1941); pagamento dos salários (Decreto-Lei nº 3.813/1941); criação do Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários – SENAI (Decreto-Lei nº 4.048/1942); favorecimento da contratação de trabalhadores maiores de quarenta e cinco anos de idade (Decreto-Lei nº 4.362/1942); e fixação do horário normal de trabalho em estabelecimentos bancários (Decreto-Lei nº 4.328/1942)²⁵⁸.

Como resultado da acumulação histórica de decretos legislativos, leis e decretos-leis que, ao lado das normas fixadas em negociação coletiva, regulavam as relações de trabalho no Brasil, no dia 1º de maio de 1943 foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.458/1943), a qual passou a concentrar a legislação trabalhista pátria.

A CLT, porém, não representou apenas o agrupamento da legislação esparsa até então vigente, mas fixou conceitos e preencheu o vazio legislativo sobre diversos institutos juslaborais (exemplificativamente: salário, alteração, suspensão, interrupção e cessação do contrato de trabalho), recebendo ares de um verdadeiro “Código do Trabalho”, conforme Souto Maior²⁵⁹.

Com a redemocratização do país, foi promulgada a Constituição de 1946, na qual fora enaltecida a conciliação da livre iniciativa e da valorização do trabalho (art.

²⁵⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2017. v. I: par. II, p. 240-255.

²⁵⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2017. v. I: par. II, p. 255-256.

145). Houve o reconhecimento do direito de greve (art. 158) e a Justiça do Trabalho foi incorporada ao Poder Judiciário (arts. 122 e 123). Quanto aos direitos trabalhistas de *status* constitucional, restaram descritos no art. 157²⁶⁰.

No plano infraconstitucional, menciona-se a disciplina do repouso semanal remunerado (Lei nº 605/1949), bem como a promulgação da Convenção nº 98 sobre direito de sindicalização e negociação coletiva (Decreto nº 33.196/1953) e da Convenção nº 100 sobre igualdade de remuneração de homens e mulheres por trabalho de igual valor (Decreto nº 41.721/1957). Houve a instituição do décimo terceiro salário (Lei nº 4.090/1962) e a aprovação do Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 4.214/1963).

Após a instauração do Regime Militar em 1964 houve a delimitação do exercício do direito de greve (Lei nº 4.330/1964), a disposição sobre o pagamento parcelado do décimo terceiro salário (Lei nº 4.749/1965), a regulação da atividade dos representantes comerciais autônomos (Lei nº 4.886/1965) e do trabalho nos portos organizados (Lei nº 4.860/1965), bem como a promulgação da Convenção nº 105 sobre abolição do trabalho forçado (Decreto nº 58.822/1966). Merece destaque a criação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como opção de substituição da

²⁶⁰ Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; II - proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; III - salário do trabalho noturno superior ao do diurno; IV - participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar; V - duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei; VI - repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; VII - férias anuais remuneradas; VIII - higiene e segurança do trabalho; IX - proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente; X - direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário; XI - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria; XII - estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir; XIII - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante; XV - assistência aos desempregados; XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; XVII - obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho. Parágrafo único: § 1º Não se admitirá distinção entre o trabalho manual ou técnico e o trabalho intelectual, nem entre os profissionais respectivos, no que concerne a direitos, garantias e benefícios.

estabilidade decenal (Lei nº 5.107/1966). Fora, também, editado o Decreto-Lei nº 229/1967, o qual revogou ou alterou aproximadamente duzentos artigos da CLT.

A Constituição de 1967 reproduziu muitos dos direitos trabalhistas da Constituição de 1946 (art. 158)²⁶¹, destacando-se, porém, a constitucionalização da possibilidade de opção entre a estabilidade decenal e o FGTS (inc. XIII). Com a Emenda Constitucional nº 01/1969, os direitos trabalhistas migraram para o art. 165.

No nível infraconstitucional merece destaque a promulgação da Convenção nº 111 sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação (Decreto nº 58.826/1966). Foi disciplinada a contratação de técnicos estrangeiros (Decreto-Lei nº 691/1969), bem como regulamentado o trabalho doméstico (Lei nº 5.859/1972), o trabalho rural (Lei nº 5.889/1973), o trabalho temporário (Lei nº 6.019/1974), o estágio (Lei nº 6.494/1977) e as profissões de atleta (Lei nº 6.354/1976), artista (Lei nº 6.533/1978) e radialista (Lei nº 6.615/1978). Nesse período também houve a ampliação do período de gozo das férias de quinze para trinta dias corridos (Decreto-Lei nº 1.535/1977), a disciplina dos contratos de trabalho com prestação de serviços no exterior (Lei nº 7.064/1982), bem como do trabalho dos aeronautas (Lei nº 7.183/1984) e dos presos (Lei nº 7.210/1984).

²⁶¹ Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; II - salário-família aos dependentes do trabalhador; III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil; IV - salário de trabalho noturno superior ao diurno; V - integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos; VI - duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos; VII - repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; VIII - férias anuais remuneradas; IX - higiene e segurança do trabalho; X - proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres; XI - descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário; XII - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos comerciais e Industriais; XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente; XIV - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte; XVII - seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho; XVIII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos; XIX - colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei; XX - aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral; XXI - greve, salvo o disposto no art. 157, § 7º.

Tendo o Regime Militar chegado ao fim em 1985, houve a criação do vale-transporte (Lei nº 7.418/1985, modificada pela Lei nº 7.619/1987) e a regulamentação da profissão de mãe social (Lei nº 7.644/1987).

Culminando o processo de redemocratização do país, foi promulgada “Constituição cidadã” em 05 de outubro de 1988, a qual, como destaca Stürmer, foi a primeira da história brasileira a inserir os direitos sociais trabalhistas como capítulo dos direitos e garantias fundamentais (arts. 6º a 11 da CRFB de 1988), não mais restando o direito do trabalho limitado ao âmbito da regulação da ordem econômica e social²⁶². Os direitos trabalhistas de matriz constitucional foram elencados no art. 7º²⁶³,

²⁶² STÜRMER, Gilberto. **Direito constitucional do trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 24.

²⁶³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998); XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; XXIV - aposentadoria; XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006); XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 2000); XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de

destacando-se que a Constituição de 1988 veio a cimentar a substituição do regime estabilitário pelo sistema do FGTS, tornando este obrigatório (art. 7º, incs. I e III, da CRFB de 1988, c/c art. 10, inc. I, do ADCT). A nova Carta Magna também enalteceu a liberdade sindical (art. 8º, inc. I, da CRFB de 1988), embora, contraditoriamente, tenha mantido o sistema da unicidade sindical obrigatória²⁶⁴.

No plano infraconstitucional, o exercício do direito de greve recebeu nova regulamentação (Lei nº 7.783/1989), foram alterados diversos dispositivos da CLT pela Lei nº 7.855/1989, bem como foram editadas sucessivas leis para adequação do FGTS ao regime obrigatório da nova Constituição (Leis nº 7.839/1989 e 8.036/1990). Houve nova regulação do trabalho portuário (Lei nº 8.630/1993) e a promulgação da Convenção nº 154 da OIT sobre negociação coletiva (Decreto n. 1.256/1994), a regulamentação da ampliação dos trabalhadores que não são sujeitos à limitação da jornada pela alteração do art. 62 da CLT (Lei nº 8.966/1994) e a vedação de práticas discriminatórias (Lei nº 9.029/1995). No mesmo ano de 1996 houve a promulgação da Convenção nº 158 que introduziu a exigência de justificação para as dispensas por iniciativa do empregador (Decreto nº 1.855/1996) e, em seguida, a sua denúncia (Decreto nº 2.100/1996). Após, autorizou-se a implementação de banco de horas e a contratação por prazo determinado especial com a redução de custos aos

distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998); XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 72, de 2013).

²⁶⁴ Afinal, a liberdade sindical não se limita à livre associação profissional ou sindical, mas, conforme Stürmer, corresponde aos direitos de empregados, empregadores, autônomos e profissionais liberais: “livremente constituírem sindicatos; livremente ingressarem e saírem dos sindicatos conforme seus interesses, sem limites decorrentes da profissão à qual pertençam; livremente administrarem as organizações sindicais, constituírem órgãos superiores e de associarem-se a órgãos internacionais; de livremente negociarem sem qualquer interferência do Poder Público (Executivo, Legislativo ou Judiciário); e de livremente exercerem o direito de greve, observadas as formalidades legais; tudo isso sem limitação de base territorial e num regime de pluralismo, sendo o sistema financiado única e exclusivamente pelas contribuições espontâneas por eles fixadas”. STÜRMER, Gilberto. **A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção no 87 da Organização Internacional do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 150.

empregadores (Lei nº 9.601/1998). Fora, também, disciplinado o serviço voluntário (Lei nº 9.608/1998), concedida nova regulamentação ao trabalho dos atletas profissionais (Lei nº 9.615/1998) e editadas novas normas sobre o trabalho portuário (Lei nº 9.719/1998). Em 1999 foi promulgada a Convenção nº 132 da OIT sobre férias (Decreto nº 3.197/1999).

Nos anos 2000, cita-se: a criação das Comissões de Conciliação Prévia no âmbito da empresa, com poderes para conciliar e dar quitação (Lei nº 9.958/2000); a unificação do prazo prescricional para os trabalhadores urbanos e rurais (Emenda Constitucional nº 28/2000); a regulamentação da participação nos lucros ou resultados com natureza civil (Lei nº 10.101/2000); a promulgação da Convenção nº 182 sobre proibição das piores formas de trabalho infantil (Decreto nº 3.597/2000); a instituição do trabalho a tempo parcial e a ampliação do banco de horas para o limite máximo de compensação em até um ano (Medida Provisória nº 2.164-41/2001, cuja vigência foi tornada definitiva pela Emenda Constitucional nº 32/2001); a criação do Programa Primeiro Emprego (Lei nº 10.748/2003); a autorização para desconto de prestações de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil em folha de pagamento (Lei nº 10.820/2003); a exigência de comum acordo para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica (Emenda Constitucional nº 45/2004); a promulgação da Convenção nº 169 sobre populações indígenas e tribais (Decreto nº 5.051/2004); a limitação do privilégio do crédito trabalhista na falência a 150 salários mínimos (Lei nº 11.101/2005); a criação do Programa Nacional de Inclusão de Jovens (Lei nº 11.692/2008) e do Programa Empresa Cidadã, este destinado à prorrogação da licença-maternidade (Lei nº 11.770/2008); e nova regulação dos estágios (Lei nº 11.788/2008).

Posteriormente, houve a regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (Lei nº 12.506/2011), dos direitos dos motoristas (Lei nº 12.619/2012, com novas disposições pela Lei nº 13.103/2015), do trabalho em cooperativas (Lei nº 12.690/2012) e do trabalho portuário (Lei nº 12.815/2013), bem como a redefinição dos critérios para a configuração da periculosidade no art. 193 da CLT (Leis nº 12.740/2012 e 12.997/2014). Foi editada lei para estender ao guardião a garantia provisória no emprego que seria conferida à gestante no caso de óbito desta (Lei Complementar nº 146/2014). Diante da Emenda Constitucional nº 72/2013, foi editado novo regramento do trabalho doméstico (Lei Complementar nº 150/2015).

Após, foi modificado o Programa Empresa Cidadã para viabilizar, também, a prorrogação da licença-paternidade (Lei nº 13.257/2016).

Asseverando-se a crise econômica e o índice de desemprego, foi instituído o Programa de Proteção ao Emprego, com a previsão de pagamento de compensação pecuniária ao trabalhador atingido por redução de salário e jornada pelo prazo de até 24 meses (Lei nº 13.189/2015), o qual posteriormente foi renomeado como Programa Seguro-Emprego e teve sua vigência prorrogada (Lei nº 13.456/2017).

Este é, em suma, o panorama da evolução histórico-normativa do direito do trabalho brasileiro no marco pré-reforma trabalhista de 2017.

2.2 Objetivo de proteção unilateral do trabalhador

Motivada pela necessidade de fazer frente à “questão social”, a intervenção normativa dos Estados no domínio laboral fora bastante pragmática: revelou-se, de um lado, assumidamente favorável ao trabalhador, reconhecido como a parte mais fraca da relação de emprego; e, de outro, imperativa, como forma de restringir a liberdade do empregador na fixação do conteúdo do contrato de trabalho²⁶⁵.

Palma Ramalho aponta que esse movimento apresentou consequências dogmáticas bastante evidentes, colocando em causa dois dogmas muito caros ao direito civil: o dogma da “igualdade entre os entes jurídicos privados” e o dogma da “liberdade contratual”. Ora, ao assumir o desígnio da proteção e um dos sujeitos do contrato (no caso, do trabalhador), as normas laborais revelaram a posição material de inferioridade do empregado frente ao empregador, bem como que sua liberdade contratual é ilusória, ao passo que a assimetria entre as partes, facilmente, transforma-se em ditadura contratual²⁶⁶.

A seguir, essas questões serão aprofundadas, apresentando-se a teoria da hipossuficiência que descreve o vínculo de emprego como uma relação assimétrica, bem como o arcabouço principiológico protetivo desenvolvido para atenuar essa desigualdade material.

²⁶⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015. par. I: Dogmática geral, p. 57-58.

²⁶⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015. par. I: Dogmática geral, p. 58.

2.2.1 Trabalho subordinado como relação assimétrica

A noção da assimetria entre as partes que compõem a relação de emprego foi de essencial relevância para a gestação de uma normatização específica para o âmbito laboral, e, por via de consequência, para o desenvolvimento de uma nova dogmática dotada de autonomia, eis que a premissa de igualdade das relações civis não se mostrou compatível com a relação de emprego.

Conforme Cesarino Júnior, “o direito civil só conhece ‘pessoas’, sujeitos jurídicos, que contratam entre si mediante livres decisões de ambas as partes, e nada sabe do trabalhador, situado numa posição de inferioridade perante o empresário”²⁶⁷. O autor destaca que, por outro lado:

A essência do direito operário consiste, cabalmente, em sua maior proximidade à vida. Não vê só pessoas, como o Direito Civil, senão empresários, operários, empregados; não só pessoas individuais, senão associações e empresas; não só contratos livres, senão também as grandes lutas econômicas que constituem o fundo destes supostos contratos livres²⁶⁸.

Conforme Engels, deve-se entender por “burgueses” aqueles que compõem “a classe dos capitalistas modernos que são proprietários dos meios sociais de produção e utilizam o trabalho assalariado”; por outro lado, “proletários” são aqueles que pertencem à “classe dos modernos trabalhadores assalariados que, não possuindo meios próprios de produção, dependem da venda de sua força de trabalho para sobreviver”²⁶⁹.

Seguindo essa linha, Cesarino Júnior apresenta sua teoria da hipossuficiência, segundo a qual aqueles economicamente débeis que “dependem, para viver e fazer viver sua família, do produto de seu trabalho”, e, para tanto, subordinam-se às ordens de um empregador, são entendidos como hipossuficientes. Por outro lado, na concepção defendida pelo autor, a eventual debilidade econômica relativa do empregador não interessava ao direito laboral, eis que enquadrado como proprietário

²⁶⁷ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980, p. 11.

²⁶⁸ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980, p. 11.

²⁶⁹ Nota que Engels incluiu na edição inglesa de 1888 do Manifesto do partido comunista. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008, p. 66.

“autossuficiente”, não se cogitando a sua proteção²⁷⁰. Ou seja, em sua acepção técnica originária, a hipossuficiência remete à flagrante desigualdade econômica existente entre o empregado e o seu empregador²⁷¹.

Com o tempo, porém, a desigualdade entre os sujeitos da relação de emprego, que havia sido consagrada na noção de “hipossuficiência”, foi normativamente traduzida para o critério de “dependência”. Este, por sua vez, em razão das construções doutrinárias, resultou na ideia triunfante de “subordinação”, como apontam Oliveira e Dorneles²⁷².

Nesse sentido, Ernesto Krotoschin ilustra que é o trabalhador dependente, figura típica do direito do trabalho, que imprime a sua essência e razão de ser²⁷³. Isso porque a “dependência jurídica”, que deriva do poder patronal de dirigir o trabalho e dar ordens ao trabalhador, com o conseqüente dever deste de cumpri-las, acaba por resultar em um certo poder sobre a própria pessoa do trabalhador e sua conduta, traduzindo-se em “dependência pessoal”, ao passo que a execução do trabalho é inseparável da pessoa do trabalhador. Assim, para Krotoschin, a dependência decorrente do vínculo de emprego acaba por significar renúncia do trabalhador ao menos à parte de sua autonomia, tendo o direito do trabalho elaborado princípios e regras justamente voltados a atenuar essa perda²⁷⁴.

Alain Supiot analisa de maneira bastante aprofundada a “tensão latente” que se estabelece entre a autonomia da vontade individual e o vínculo de subordinação que percorre o direito do trabalho. Para o autor, a sujeição contratual da vontade de um indivíduo à de outro é uma fonte inevitável de antinomias ao sistema jurídico do direito contratual, eis que este é dominado pelos princípios de liberdade individual e igualdade²⁷⁵. Supiot observa a contradição estabelecida entre autonomia da vontade

²⁷⁰ CESARINO JÚNIOR, Antônio F. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980, p. 44-45.

²⁷¹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 77.

²⁷² OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 78.

²⁷³ KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de derecho del trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 19.

²⁷⁴ KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de derecho del trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 36-37.

²⁷⁵ SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Tradução de António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 147.

e subordinação sob a ótica de que “no contrato civil, a vontade compromete-se; no contrato de trabalho, submete-se. O compromisso manifesta a liberdade, a submissão nega-a”, redundando em que o trabalhador não é apenas o sujeito, mas também o objeto do contrato de trabalho, de modo a impedir que os princípios jurídicos da autonomia da vontade sejam mantidos intactos, pois restam desfigurados pelo vínculo de subordinação e pela alteração da qualidade do sujeito de direito que ela envolve²⁷⁶.

Nesse contexto, Américo Plá Rodriguez defende que o direito do trabalho surge como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade desiguais conduzia a um resultado exploratório, com as práticas mais abusivas e iníquas, de tal forma que o legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade, inclinando-se para a compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável²⁷⁷.

Quer dizer, é a exigência de correção dessa posição de inferioridade do trabalhador no vínculo laboral que vai cimentar o objetivo norteador de toda a evolução do direito do trabalho em termos sistemáticos e dogmáticos: o objetivo de proteção do trabalhador subordinado. Embora as normas laborais sejam aplicáveis tanto a trabalhadores como a empregadores, o direito do trabalho assume desde o início de seu desenvolvimento sistemático uma vocação unilateral, preferencial ou paternalista, que é a proteção de um determinado grupo social²⁷⁸.

2.2.2 Arcabouço principiológico

Para bem assimilar e tutelar essa relação especial assimétrica, o direito do trabalho desenvolveu regras e princípios particulares que se mostram irredutíveis aos quadros dogmáticos do direito civil, uma vez que contrariam princípios civis fundamentais e se orientam por valores próprios²⁷⁹. Palma Ramalho destaca que os

²⁷⁶ SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Tradução de António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 163.

²⁷⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 62.

²⁷⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 196-197.

²⁷⁹ Evaristo de Moraes Filho enfatiza que “foi justamente reagindo contra o espírito civil que se veio constituindo o direito do trabalho. Não foi um *fiat lux* repentino; pelo contrário, os novos fatos sociais e as novas relações econômicas exigiram paulatinamente uma nova regulação jurídica, baseada

institutos e regimes laborais não são uma simples adaptação das regras civilistas às necessidades e aos problemas laborais, mas correspondem a valorações materiais específicas, concorrentes, alternativas ou contrárias às do direito comum, assim justificando o direito do trabalho como um ramo dotado de autonomia dogmática²⁸⁰.

A autora enfatiza que os princípios juslaborais desempenham um papel fundamental, seja em instância de controle axiológico ou valorativo, nas operações de interpretação e aplicação das normas laborais ao caso concreto e na relação entre o direito do trabalho e o direito civil, para além de constituírem o referencial cultural e ético a ter em conta na evolução do sistema normativo e para efeitos de harmonização interna do próprio sistema²⁸¹.

Nessa mesma senda, Luiz de Pinho Pedreira da Silva defende que os princípios jurídicos constituem as traves mestras de um ramo dogmático, ao passo que a existência de princípios próprios é um pressuposto para a autonomia de uma disciplina jurídica, imprimindo a ela unidade e coesão²⁸².

2.2.2.1 Teoria rodrigueana

No Brasil e na América Latina como um todo ecoou a sistematização principiológica proposta pelo autor uruguaio Américo Plá Rodriguez, na qual elencou como fundamentais para o direito do trabalho clássico os princípios da proteção (em suas três derivações do *in dubio pro operário*, aplicação da norma mais favorável e regra da condição mais benéfica), da irrenunciabilidade dos direitos, da continuidade, da primazia da realidade, da razoabilidade, da boa-fé e da não discriminação²⁸³.

em princípios e institutos também novos, inconfundíveis, homogêneos, capazes de justificar a autonomia de uma nova disciplina". MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 79-80.

²⁸⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015. par. I: Dogmática geral, p. 526-527.

²⁸¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015. par. I: Dogmática geral, p. 531.

²⁸² SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 17-21.

²⁸³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 62.

Tomando-se a obra “Princípios de direito do trabalho” de Plá Rodriguez²⁸⁴ como referencial teórico do arcabouço principiológico orientador da dogmática juslaboral clássica, os princípios nela elencados serão aprofundados a seguir.

a) Princípio da proteção

Dentre a gama de princípios juslaborais, é o da proteção que oferece o critério fundamental ao direito do trabalho, pelo que a ele é outorgado o título de “princípio cardeal”²⁸⁵ ou “princípio-*mater*”²⁸⁶, pois dele são constituídos todos os demais princípios juslaborais como simples derivações²⁸⁷.

De acordo com Plá Rodriguez, “o princípio da proteção resulta da orientação de todo o conjunto de normas, do propósito que as inspira, da ideia central que opera com razão de ser essencial”²⁸⁸. Por esse motivo, o princípio protetor independe de positivação expressa e literal na legislação, mas é emanado pelo conjunto do ordenamento juslaboral, eis que justamente construído com a finalidade de proteger o trabalhador hipossuficiente mediante uma tutela peculiar da relação de emprego.

Luiz de Pinho Pedreira da Silva, considerado por Sússekind como o autor da obra brasileira mais completa sobre a matéria²⁸⁹, apresenta quatro razões para a proteção do trabalhador, sendo elas: a) a subordinação jurídica, que coloca o empregado sob a autoridade do empregador, revestindo o contrato de trabalho da singularidade de ser, entre os contratos, o único em que há entre as partes uma relação de poder, de supremacia de uma delas sobre a outra; b) a dependência econômica do empregado em face do empregador, que, embora não constitua um

²⁸⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

²⁸⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 74.

²⁸⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 117.

²⁸⁷ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 26.

²⁸⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 103.

²⁸⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 116.

elemento conceitual da relação de emprego, normalmente existe, por ser uma regra quase absoluta que quem coloca sua força de trabalho à disposição de outrem o faz porque precisa do emprego para sobreviver com o salário que ele propicia, constituindo seu único ou principal meio de subsistência; c) o comprometimento, na execução do serviço, da própria pessoa do trabalhador, que é indestacável do trabalho, de modo a expô-lo a uma série de perigos à sua incolumidade moral e física; e d) a ignorância pelo empregado acerca das condições de trabalho e dos seus direitos, em virtude dos altos índices de analfabetismo ou quase-analfabetismo do proletariado e seu baixo grau de instrução²⁹⁰, as quais conduzem à definição do princípio da proteção apresentada pelo autor:

Podemos definir o princípio da proteção como aquele em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores²⁹¹.

Outrossim, conforme Mauricio Godinho Delgado, o princípio da proteção informa que o direito do trabalho estrutura uma “teia protetiva” à parte hipossuficiente da relação empregatícia, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao contrato de trabalho, que é tanto socioeconômico quanto de poder:

É que nesse vínculo especial (a relação de emprego) o sujeito empregador age naturalmente como um ser coletivo, isto é, um agente socioeconômico cujas ações – ainda que intraempresariais – têm a natural aptidão de produzir impacto na comunidade mais ampla. Em contrapartida, no outro polo da relação inscreve-se um ser individual, identificado no trabalhador que, enquanto sujeito desse vínculo sociojurídico, não é capaz, isoladamente, de produzir, como regra, ações de impacto comunitário. Essa disparidade de posições na realidade concreta fez emergir um Direito Individual do Trabalho largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego²⁹².

Portanto, ao invés de inspirar-se em um propósito de igualdade entre as partes (característica das relações civis que o direito comum se preocupa em manter),

²⁹⁰ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 24-25.

²⁹¹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 29.

²⁹² DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 74.

segundo Plá Rodriguez, o princípio da proteção responde ao peculiar objetivo juslaboral de estabelecer um amparo claramente preferencial ao trabalhador, sendo essa a razão de ser do direito do trabalho²⁹³.

Guilherme Guimarães Feliciano explica que o “amparo preferencial” deve-se ao imperativo de igualdade material surgido após as iniquidades da primeira revolução industrial, com a segunda geração de direitos humanos, sob o pálio da “solidariedade social”, contrapondo a igualdade meramente liberal-formal para que o lucro capitalista fosse mais bem repartido entre os produtores de riquezas. O autor complementa que esta se trata de uma função geral constitucional, derivada do art. 7º da CRFB, de reequilibrar materialmente as posições jurídicas das partes geralmente antagônicas nos conflitos laborais, visando minimizar a vulnerabilidade dos trabalhadores, decorrente da hipossuficiência econômica que se manifesta como subordinação²⁹⁴.

Na teoria dos princípios trabalhistas de Plá Rodriguez, encontra-se que o princípio da proteção possui uma aplicação multifacetária, expressando-se sob três formas distintas: subprincípio do *in dubio pro* operário; subprincípio da aplicação da norma mais favorável; e subprincípio da condição mais benéfica²⁹⁵.

Quanto à primeira derivação, o *in dubio pro* operário corresponde ao critério de que, no caso de uma norma²⁹⁶ ser suscetível de diferentes interpretações, deve-se preferir aquela que se mostrar mais favorável ao trabalhador.

Trata-se, segundo Plá Rodriguez, de uma clara sobreposição ao princípio *in dubio pro reo*: enquanto o direito privado comum pressupõe que, na generalidade dos casos, o devedor das relações civis ou comerciais é o mais fraco e necessitado, por outro lado, a relação laboral difere-se pelo fato de a parte mais vulnerável figurar, na

²⁹³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 83-85.

²⁹⁴ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 244-245.

²⁹⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 107.

²⁹⁶ Não se trata, portanto, da interpretação dos fatos e das provas no processo do trabalho, cujo problema é absolutamente diverso e demanda solução conforme as regras processuais da distribuição do ônus probatório. O subprincípio do *in dubio pro* operário reporta-se a normas jurídicas e à sua interpretação. FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 251.

maior parte dos casos, na situação de credora²⁹⁷. A isto, Luiz de Pinho Pedreira da Silva denomina “singularidade do princípio interpretativo do direito do trabalho”, pois constitui a inversão do seu congênere do direito comum²⁹⁸.

Isto, porém, não significa que o intérprete esteja liberto das amarras legais, tampouco que o aludido princípio seja um “salvo-conduto para todas as teses jurídicas do trabalhador”, mas sim que, para atender a função geral e reequilibrar materialmente as posições das partes antagônicas, subministra um critério de decisão ao juiz quando incorrer em dúvida razoável na interpretação da fonte formal²⁹⁹.

Como bem sintetiza Plá Rodriguez, há duas condições para a aplicação do *in dubio pro operário*: a) deve haver dúvida *autêntica* sobre o alcance da norma legal, não se tratando de mecanismo para “corrigir a norma”, mas sim para determinar seu verdadeiro sentido em um cenário de diferentes acepções possíveis; e b) não pode desencadear uma conclusão em desacordo com a vontade do legislador³⁰⁰.

A título de exemplo da aplicação do aludido subprincípio, Guilherme Guimarães Feliciano cita a interpretação que prevaleceu no Tribunal Superior do Trabalho no ano de 2008 sobre a natureza jurídica do direito pecuniário titulado pelo empregado quando não concedido ou reduzido o intervalo mínimo para repouso e alimentação previsto no § 4º do art. 71 da CLT (conforme a redação dada pela Lei nº 8.923/1994)³⁰¹. Dentre as duas soluções possíveis (reconhecer a natureza indenizatória ou reconhecer a natureza salarial), o TST deu prevalência à segunda, interpretação mais favorável ao trabalhador, editando a OJ 354 da SDI-1, posteriormente convertida no item III da Súmula 437 do TST³⁰². Esta indefinição legal,

²⁹⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 108.

²⁹⁸ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 42.

²⁹⁹ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 252.

³⁰⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 110-113.

³⁰¹ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 253.

³⁰² Súmula 437, item III, do TST: “Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais”.

porém, veio a ser suprida com a reforma instituída pela Lei nº 13.467/2017, que sedimentou a natureza indenizatória da parcela, imprimindo nova redação ao parágrafo em testilha³⁰³.

De outro lado, a jurisprudência parece ter se consolidado em sentido contrário ao subprincípio do *in dubio pro operário* ao interpretar o art. 193, § 2º, da CLT, que dispõe: “o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”. Afinal, embora o dispositivo suscite dúvida razoável quanto à sua extensão, a jurisprudência majoritária deu preferência à conclusão de que o encarecimento da mão de obra em atividades insalubres e perigosas, na maneira exigida pelo art. 7º, inc. XXXII, da CRFB, não seria cumulável, devendo o trabalhador optar entre um ou outro. Porém, em tal cenário de imprecisão legislativa, afigurar-se-ia mais próxima dos desígnios do *in dubio pro operário* a interpretação do art.193, § 2º, da CLT, no sentido de que, em havendo mais de um agente insalubre, o Empregado não receberá tantos adicionais quantos forem os agentes (caso em que haveria a soma destes conforme os graus respectivos), mas sim o adicional de insalubridade pelo qual optar (grau mais elevado), não dispondo, porém, ao menos com a clareza que seria necessária para não confrontar o subprincípio em questão, que o adicional de insalubridade não seria cumulável com o adicional de periculosidade, inclusive porque visam remunerar gravames distintos.

No que pertine à segunda acepção do princípio protetivo, que diz com a aplicação da norma mais favorável, Plá Rodriguez classifica-a como um aspecto peculiar do direito do trabalho que propicia a quebra da hierarquia das fontes, alterando a ordem resultante do modelo, sob a constatação de que cada uma das normas juslaborais fixa níveis mínimos de proteção, nada impedindo que acima desses níveis (que determinam o piso, mas não o teto), possam ser aprovadas outras normas que melhorem aqueles níveis de proteção³⁰⁴.

³⁰³ Art. 71, § 4º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017: “A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho”.

³⁰⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 123-124.

Trata-se, segundo Guimarães Feliciano, da “hierarquia dinâmica do direito do trabalho”, segundo a qual o intérprete/aplicador deve sempre escolher a norma mais favorável para o trabalhador, independentemente de sua hierarquia formal, ainda que em arrepio dos critérios clássicos kelsenianos³⁰⁵. No âmbito do direito brasileiro essa lógica inversa não suscita maiores complicações, pois a própria Constituição da República, na parte final do *caput* do art. 7º, elenca como direitos dos trabalhadores não apenas os presentes no rol de seus incisos, mas também “outros que visem à melhoria de sua condição social”, apresentando um caráter aberto para recepcionar outras fontes que sejam mais favoráveis aos trabalhadores, ainda que a elas seja atribuída uma inferioridade hierárquica.

Também no sentido da aplicação da norma mais favorável, o art. 19, §8º, da Constituição da OIT³⁰⁶, veda a aplicação das normas internacionais quando forem prejudiciais ao trabalhador, pois o regramento proveniente de uma organização protetiva não deve vilipendiar sua razão de ser. Ora, se houver uma norma interna mais benéfica ao trabalhador, esta não haverá de ser preterida por outra mais prejudicial.

Porém, aferir qual norma é a mais favorável para cumprir os desígnios do subprincípio em questão nem sempre é uma tarefa simples. Pode ser que uma fonte conceda algum direito específico, que não fora previsto na outra; contudo, contrapondo as normas no seu conjunto, aquela que pontualmente se mostrou mais benéfica em um determinado dispositivo resulte menos favorável quando cotejada a integralidade dos diplomas. A doutrina desenvolveu teorias distintas para enfrentar esse problema: a “teoria da acumulação” (ou atomista), que examina, ponto a ponto, a norma mais benéfica em cada um de seus dispositivos, viabilizando a acumulação de direitos advindos de diferentes fontes; a “teoria do conglobamento”, que define a norma mais favorável mediante a aferição do conjunto, analisando as normas como um todo; e a “teoria do conglobamento mitigada”, derivada da segunda, em que a

³⁰⁵ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 253.

³⁰⁶ Art. 19, § 8º, da Constituição da OIT: “Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação”.

comparação se dá por institutos ou grupos que formem uma unicidade conceitual. Conforme a teoria adotada, a solução será diversa, do que é exemplo a discussão relativa à aplicação da Convenção nº 132 da OIT. Ela traz alguns benefícios aos trabalhadores comparativamente à CLT, como, por exemplo, o direito às férias proporcionais a todos os empregados – leia-se, em qualquer modalidade de extinção do contrato de trabalho – (art. 11 da C. 132 da OIT), em sentido oposto à legislação interna que exclui esse direito na hipótese de dispensa por justa causa (arts. 146, parágrafo único, e 147, ambos da CLT). Nesse ponto, portanto, a Convenção 132 da OIT é mais benéfica ao trabalhador do que a CLT, se adotado o critério da acumulação³⁰⁷; contudo, se a análise for pautada pelo critério do conglobamento, a norma interna revelar-se-á mais benéfica³⁰⁸.

³⁰⁷ Defensor da aplicação da teoria da acumulação, Georgenor de Souza Franco Filho sustenta que: “podemos aplicar a Convenção apenas na parte que é mais favorável ao trabalhador. Assim deve ser porque, a partir da teoria da acumulação ou atomista, o sentido de norma mais favorável ou mais benéfica deve permitir esse fracionamento. [...] Cuida-se, apenas, de ajustar o direito interno ao direito internacional incorporado ao nosso ordenamento, naquilo que for mais favorável ao trabalhador. Em outras palavras, a Convenção 132 efetuou algumas alterações no Capítulo IV do Título II da CLT”. FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Férias: Convenção 132 da OIT e o regime da CLT. **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, v. 43, n. 173, p. 219-223, jan. 2017.

³⁰⁸ A respeito, cita-se a detida análise de Vólia Bomfim Cassar: “ao analisar a legislação trabalhista brasileira e a Convenção 132 da OIT, percebe-se que, no seu conjunto, a primeira é a mais benéfica ao trabalhador. A Convenção 132 da OIT tem pontos menos favoráveis ao trabalhador, se comparado com os direitos previstos no Capítulo de férias da CLT, aqui arrolados: a) férias proporcionais adquiridas com pelo menos seis meses de serviço (lei brasileira exige apenas 15 dias para cada 1/12 de férias proporcionais); b) férias de pelo menos três semanas (lei brasileira, 30 dias consecutivos); c) determina que o empregado que entra em gozo de férias deve receber, pelo menos, a sua remuneração média – art. 7º, § 1º, da Convenção 132 (a lei brasileira determina que o pagamento das férias deve ser equivalente ao da época da concessão, incluídas as parcelas habitualmente pagas no período aquisitivo, tudo acrescido de 1/3 – logo, o terço constitucional é benefício a mais); d) possibilita que acordo entre patrão e trabalhador possa estipular outra época de pagamento para as férias, que não seja de forma antecipada – art. 7º, § 2º, da Convenção 132 da OIT (a CLT determina que as férias devem ser pagas com, no máximo, dois dias de antecedência e não autoriza qualquer exceção); e) autoriza que o acordo entre empregado e empregador possa fracionar as férias em quantas partes forem, sem respeitar o limite mínimo de descanso para um dos períodos – art. 8º, § 2º, da Convenção 132 da OIT (a lei brasileira não aceita acordo entre as partes para fracionamento das férias fora das hipóteses previstas em lei); f) autoriza que parte das férias, quando fracionadas, seja gozada nos 18 meses contados da aquisição – art. 9º, § 1º, da Convenção 132 da OIT (a lei brasileira limita o gozo de férias, fracionadas ou não, aos 12 meses subsequentes à aquisição); g) permite que qualquer parte do período de férias que ultrapassar o mínimo estabelecido na Convenção (três semanas) poderá ser postergada com o consentimento do empregado, por um período além dos 18 meses acima mencionados – art. 9º, § 2º, da Convenção nº 132 da OIT (a lei brasileira determina que o gozo das férias, em sua totalidade – 30 dias, ocorra dentro do período concessivo, pena de pagamento em dobro); h) considera nulo o acordo ou a renúncia ao período mínimo de férias previsto no art. 3, § 3º, da Convenção da OIT (isto é, de três semanas) ou a conversão do gozo destas em pecúnia – art. 12 da Convenção 132 da OIT, deixando entender que para a parte excedente (um semana ou sete dias) pode haver renúncia ao direito ou pagamento substitutivo (a CLT considera nulo qualquer ato de disposição do direito às férias ou ao seu gozo de 30 dias. Autoriza, entretanto, na forma da Convenção, que 1/3 de férias possa ser

Por fim, a terceira acepção do princípio protetivo na teoria rodrigueana, traduzida no subprincípio da condição mais benéfica, determina que, em havendo uma situação concreta e determinada, anteriormente reconhecida, ela deve permanecer sendo respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador³⁰⁹.

Nessa senda, Guilherme Guimarães Feliciano sustenta que “o subprincípio da condição mais benéfica é, na verdade, uma micromanifestação do princípio da proibição do retrocesso social”, que possui índole constitucional bem mais ampla³¹⁰.

No sentido macro, o princípio da vedação do retrocesso, segundo Ingo Sarlet, relaciona-se com a questão central de definir até que ponto o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos, quando for o caso), pode voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais sociais e objetivos estabelecidos pelo Constituinte, ainda que não o faça com efeitos retroativos e não esteja em causa uma alteração do texto constitucional³¹¹. Sarlet defende que o princípio da vedação do retrocesso está implícito no sistema brasileiro, apontando uma série de princípios e argumentos de matriz constitucional para tanto³¹².

convertido em pecúnia – abono pecuniário)”. CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2018, p. 734-735.

³⁰⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 131-133.

³¹⁰ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 248.

³¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 15, set./out. 2008, p. 10.

³¹² Conforme o constitucionalista, é possível reconhecer o princípio da vedação ao retrocesso social no sistema brasileiro, designadamente pelos seguintes princípios e argumentos de matriz constitucional: a) princípio do Estado democrático e social de direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, abrangendo proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo e continuidade da ordem jurídica, além de segurança contra medidas retroativas e atos retrocessivos; b) princípio da dignidade da pessoa humana, que exige a satisfação por meio de prestações positivas do Estado para a promoção de uma existência condigna para todos, bem como, na perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar; c) princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CRFB), o qual, portanto, reclama a maior proteção possível ao princípio da segurança jurídica, envolvendo, também, proteção contra medidas de caráter retrocessiva; d) manifestações específicas e expressas da Constituição no sentido de proteção contra medidas de cunho retroativo (proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica; e) princípio da proteção da confiança, que impõe ao Poder Público, como exigência da boa-fé nas relações com os particulares, o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica; f) vinculação dos órgãos estatais (legislador e atos da administração e órgãos jurisdicionais) não apenas às imposições constitucionais de concretização no plano infraconstitucional, mas a uma auto-vinculação aos atos anteriores; g) negar reconhecimento ao

Veja-se que, enquanto a vedação de retrocesso atua em um campo “transindividual”³¹³, o subprincípio protetor da condição mais benéfica tem sua abrangência balizada pelo contrato de trabalho e sempre tem em vista uma situação concreta com projeções particulares sobre um determinado trabalhador (análise *ad personam*)³¹⁴, debruçando-se sobre a condição atingida ao longo do contrato de trabalho e que a este fora incorporada.

Por derradeiro, cabe registrar que, conforme Plá Rodriguez, o subprincípio da condição mais benéfica “tem seu âmbito próprio na sucessão derogatória de normas, ou, em outras palavras, pretende resolver os problemas de direito transitório em matéria trabalhista”³¹⁵. Envolve, pois, na construção rodrigueana, situações de manutenção da aplicação da lei mais benéfica, ainda que esta venha a ser substituída por uma nova disciplina legal, em um contrato que tenha sido por ela regida, tendo como requisito que a relação de trabalho tenha nascido sob o império da antiga norma, de modo que os trabalhadores admitidos na empresa após a sucessão normativa não podem alegar uma situação que não conheceram³¹⁶. No nosso sistema, porém, prevaleceu a posição de que a condição mais benéfica não estabelece um contraponto entre normas – sendo reconhecida a aplicabilidade da inovação legislativa aos fatos futuros dos contratos já existentes, desde que observados o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, consoante o art. 5º, inc. XXXVI, da CRFB, e o art. 6º da LINDB, ao passo que a norma de direito material aplicável é aquela vigente no momento da ocorrência do fato, seguindo o brocardo latino *tempus regit actum* –, mas sim entre cláusulas contratuais, abrangendo vantagens concedidas

princípio da vedação ao retrocesso seria, em última análise, admitir que o poder público poderia tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à Constituição, uma vez que na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito estaria acarretando um retorno à situação de omissão inconstitucional anterior. SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 15, set./out. 2008, p. 23-24.

³¹³ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 250.

³¹⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 133.

³¹⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 133.

³¹⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 133-134.

incorporadas ao contrato³¹⁷, conforme regulado especificamente no art. 468 da CLT, que, sob pena de nulidade, somente admite a alteração das condições de trabalho por mútuo consentimento e desde que dela não resultem prejuízos diretos ou indiretos ao empregado, o que é estendido às condições mais benéficas advindas de regulamento empresarial, na forma do item I da Súmula 51 do TST³¹⁸.

Mas, para além dessas três acepções do princípio protetor (*in dubio pro operário*, aplicação da norma mais favorável e condição mais benéfica), Mauricio Godinho Delgado enfatiza que, sobretudo, os fatos de o princípio da proteção ter sido um dos primeiros revelados no Direito do Trabalho e de ter ele tão larga abrangência, produziram, como consequência, o surgimento de regras, teorias, presunções e, inclusive, outros princípios jurídicos que tiveram o condão de concretizar a diretriz protetiva no plano do ordenamento, acentuando o caráter *informador* do princípio da proteção em detrimento de seu caráter especificamente normativo³¹⁹.

b) Princípio da irrenunciabilidade

O segundo princípio que compõe o arcabouço principiológico proposto por Plá Rodriguez é o da irrenunciabilidade³²⁰, entendido como a “impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio”³²¹.

Como aponta Plá Rodriguez, o princípio da irrenunciabilidade relaciona-se com as noções de indisponibilidade, de imperatividade das normas trabalhistas e seu

³¹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 85.

³¹⁸ Súmula nº 51 do TST, item I: “As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”.

³¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 74.

³²⁰ Maurício Godinho Delgado defende que a melhor denominação seria “princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas”, ao passo que renúncia é ato unilateral, enquanto o princípio em exame vai além para interferir também nos atos bilaterais de disposição de direitos. DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 80.

³²¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 142.

caráter de ordem pública, de limitação à autonomia da vontade e de vício de consentimento presumido³²², todas elas interrelacionadas pelas constatações de que, pela relevância que o trabalho possui na sociedade, pela assimetria que caracteriza o vínculo de emprego e pela subordinação que torna uma parte dependente da outra, não faria sentido o Estado impor limites à exploração do trabalho no campo normativo se suas disposições tutelares pudessem ser objeto de renúncia, ao passo que esta poderia ser imposta pelo empregador como condição para a contratação ou permanência no emprego, o que esvaziaria, por completo, a eficácia das normas laborais.

Não significa, porém, que a autonomia da vontade em si esteja em jogo, mas sim de evitar o abuso mediante o transplante do seu terreno individual para o coletivo. Assim, os entes coletivos são os que, em primeiro lugar, gozam plenamente dessa autonomia, enquanto os indivíduos só desfrutam dela na medida em que o gozo seja compatível com o interesse social³²³.

A irrenunciabilidade, segundo Guimarães Feliciano, “pretende evitar que certos interesses ou valores de máxima magnitude jurídica sejam concretamente menoscabados; e, nessa esteira, adquire uma função preventiva”³²⁴. Mauricio Godinho Delgado destaca a fundamentalidade de tal princípio para o direito do trabalho, *in verbis*:

A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui talvez o veículo principal utilizado pelo direito do trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego. O aparente contingenciamento da liberdade obreira que resultaria da observância desse princípio desponta, na verdade, como instrumento hábil a assegurar efetiva liberdade no contexto da relação empregatícia: é que aquele contingenciamento atenua ao sujeito individual obreiro a inevitável restrição de vontade que naturalmente tem perante o sujeito coletivo empresário³²⁵.

³²² PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 145-164.

³²³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 158.

³²⁴ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 256.

³²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 80.

Esse princípio é, no direito do trabalho brasileiro, consagrado pelos artigos 9º e 444 da CLT, que definem, respectivamente, a nulidade dos atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos direitos trabalhistas; e os limites para o exercício da liberdade contratual, impedindo que afrontem disposições de proteção ao trabalho, normas coletivas e decisões de autoridades competentes.

c) Princípio da continuidade

O terceiro princípio apresentado por Plá Rodriguez é o da continuidade, vinculado à noção de que a relação emprego corresponde a um contrato de trato sucessivo, que perdura no tempo, não se esgotando mediante a realização instantânea de certo ato³²⁶. Soma-se à essa característica o fato de o empregado obter, via de regra, os meios necessários para a subsistência própria e de sua família pelo salário auferido na relação de emprego, de modo que a conservação dessa fonte de renda é uma questão de elevada importância social.

Esse princípio possui indiscutível assento constitucional, eis que consagrado no art. 7º, inc. I, da CRFB, o direito à “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Quer dizer, não obstante a ausência de sua regulamentação conduzir à aplicação da regra prevista no art. 10, inc. I, do ADCT, não restam dúvidas quanto ao valor constitucional da preservação do emprego³²⁷.

Segundo Mauricio Godinho Delgado, a permanência da relação de emprego provoca, em geral, três repercussões favoráveis ao trabalhador, sendo elas: a) a tendencial elevação dos direitos trabalhistas, seja pelo avanço da legislação ou da negociação coletiva, seja pelas conquistas contratuais por promoções ou vantagens agregadas ao tempo de serviço; b) a inclinação do empregador a fazer um investimento profissional e educacional nos empregados vinculados a longos contratos, como fórmula para elevar sua produtividade, cumprindo com a função

³²⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 239.

³²⁷ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 268.

educativa dos vínculos laborais; e c) a afirmação social do sujeito favorecido pelo contrato contínuo, pois aquele que vive apenas de seu trabalho tem neste e na renda por ele propiciada um decisivo instrumento para afirmação no plano da sociedade; se, de outro lado, submetido a um contrato precário, provisório, de curta duração (ou se está desempregado), fica sem o lastro econômico e jurídico para fazer frente às suas necessidades perante a comunidade³²⁸.

No que tange ao alcance do princípio da continuidade, Plá Rodriguez defende que este “se sobrepõe à fraude, à variação, à infração, à arbitrariedade, à interrupção e à substituição”³²⁹, atribuindo-lhe as seguintes projeções:

- 1) Preferência pelos contratos de duração indefinida;
- 2) Amplitude para a admissão das transformações do contrato;
- 3) Facilidade para manter o contrato, apesar dos descumprimentos ou nulidades em que haja incorrido;
- 4) Resistência em admitir a rescisão unilateral do contrato, por vontade patronal;
- 5) Interpretação das interrupções dos contratos como simples suspensões; e
- 6) Manutenção do contrato nos casos de substituição do empregador³³⁰.

Quanto à preferência pela duração indefinida, verifica-se que o direito do trabalho prioriza o contrato por prazo indeterminado, ao passo que somente admite a contratação por prazo determinado em situações específicas (arts. 443, §§ 1º e 2º, e 428, § 3º, ambos da CLT; art. 1º do Decreto-Lei nº 691/1969; art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.019/1974; art. 10, inc. III, da Lei nº 6.533/1978; art. 30 da Lei nº 9.615/1998; e art. 1º da Lei nº 9.601/1998) e manifesta predileção pela sua transformação para a duração indeterminada (arts. 451 e 452 da CLT).

A amplitude para a admissão das transformações do contrato, por sua vez, decorre do dinamismo do contrato de trabalho, que ao longo de sua existência, sofre constantes transformações mediante novações contratuais³³¹, mas somente são

³²⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 91-92.

³²⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 247.

³³⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 247.

³³¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 258-260.

admitidas quando instituídas por mútuo acordo e sem causar prejuízos ao trabalhador (art. 468 da CLT).

No que tange à manutenção da relação apesar do inadimplemento ou nulidade, a tendência de conservação do contrato faz com que este permaneça, substituindo-se a cláusula nula por outra, em consonância com a norma que aquela cláusula infringira, bem como eventuais inadimplementos patronais, via de regra, não conduzem à extinção do contrato³³², salvo em casos graves que autorizam o reconhecimento da despedida indireta (art. 483 da CLT).

Outra projeção do princípio da continuidade é encontrada na resistência juslaboral quanto à rescisão unilateral do vínculo de emprego pela vontade patronal, sendo a despedida encarada como uma “anomalia jurídica” de uma relação constituída para se prolongar no tempo³³³, assimilando-se o princípio com as limitações impróprias à despedida por meio de sua oneração³³⁴, com o direito à estabilidade³³⁵, e com as garantias provisórias no emprego.

O princípio da continuidade também se manifesta, segundo Plá Rodriguez, no fato de que, por se tratar de uma prestação pessoal, é possível que o trabalhador passe por situações de ordem biológica, social ou patológica que o impeçam de cumprir seus deveres obrigacionais, as quais não são tratadas como inadimplemento obrigacional a ensejar a extinção do contrato de trabalho, mas sim como causas de interrupção ou suspensão do contrato, que, uma vez superadas, voltará a produzir integralmente seus efeitos³³⁶.

Por fim, a sexta manifestação do princípio da continuidade elencada por Plá Rodriguez diz com a prorrogação do contrato em casos de substituição do

³³² PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 262.

³³³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 264.

³³⁴ Do que é exemplo a multa fundiária devida no caso de dispensa imotivada (art. 10, inc. I, do ADCT).

³³⁵ Em nosso sistema, o princípio da continuidade encontrou seu apogeu no direito do trabalho vigorante até 1966, que estruturou uma ordem jurídica de forte indução à permanência da relação empregatícia, eis que, atingido o prazo de dez anos de serviço efetivo, o trabalhador adquiria a estabilidade no emprego, inviabilizando a dispensa sem justa causa (art. 492 da CLT). DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 92-93.

³³⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 282-283.

empregador, de modo que as novações subjetivas no polo contratante não acarretam a extinção do vínculo, mas sim sua manutenção com todos os benefícios alcançados pelo empregado. Em nosso sistema, essa derivação do princípio da continuidade está cristalizada nos artigos 10 e 448 da CLT.

Ainda, verifica-se que o princípio da continuidade da relação de emprego estende seus efeitos para o âmbito processual/probatório, ao passo que permite a presunção favorável ao trabalhador quanto à modalidade de extinção do vínculo, consoante entendimento sedimentado na Súmula 212 do TST³³⁷.

d) Princípio da primazia da realidade

O quarto princípio elencado por Plá Rodriguez é o da primazia da realidade, indicativo de que, “em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no campo dos fatos”³³⁸, de modo a consubstanciar um poderoso instrumento para a investigação e encontro da verdade real no processo trabalhista³³⁹.

O autor uruguaio elenca diferentes procedências possíveis de desajuste entre os fatos e a forma ao longo da relação laboral, destacando a) a intenção deliberada de simulação de uma situação jurídica distinta da real; b) o erro sobre a qualificação do trabalhador, que pode estar mais ou menos contaminado por elementos intencionais derivados da falta de consulta; c) a falta de atualização de dados, ao passo que o contrato de trabalho, por ser dinâmico, no qual vão constantemente mudando as condições de prestação de serviços, os documentos necessitam ser permanentemente atualizados para refletirem fielmente todas as modificações produzidas; e d) a falta de cumprimento de certos requisitos formais³⁴⁰.

³³⁷ Súmula nº 212 do TST: “O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.

³³⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 339.

³³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 91.

³⁴⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 352-353.

Destacando a fertilidade do campo de aplicação e alcance prático da primazia da realidade, Plá Rodriguez arrola vinte e um exemplos de utilização desse princípio³⁴¹, dentre os quais, entende-se de maior impacto ao direito do trabalho a diretriz de que a condição de empregado deriva dos fatos e não da interpretação dada pelas partes, isto é, o que realmente importa é o preenchimento dos requisitos legais para a configuração do vínculo de emprego, não sendo relevante a interpretação mais ou menos tendenciosa aposta pelas partes no bojo do contrato³⁴².

A esse respeito, Guilherme Guimarães Feliciano destaca que “no direito do trabalho, importam os fatos como fenomenicamente dados, não as formas como documentados ou o *nomen iuris* como consensuado”³⁴³, de tal modo que o princípio da primazia da realidade impõe o descarte sistemático das ficções que acaso ocultem relações jurídico-laborais.

e) Princípio da razoabilidade

O quinto princípio^{344 345} elencado por Plá Rodriguez como orientador do direito do trabalho é o da razoabilidade, embora reconheça que não se trata de um princípio

³⁴¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 366-379.

³⁴² “No processo judicial, e.g., pouco importa que a empresa-ré traga aos autos um instrumento de contrato de representação comercial autônoma assinado pelo trabalhador; pouco importa, mais, que o trabalhador o reconheça, reconheça a sua assinatura e afirme tê-lo assinado de livre e espontânea vontade, convicto de que se tratava de uma prestação de serviços de caráter autônomo. Diante da ação ajuizada, se as provas apontarem para a existência de trabalho subordinado, pessoal, oneroso e não eventual (art. 3º, *caput*, da CLT), o juiz declarará empregado o ex-trabalhador, assinando-lhe todos os correspondentes direitos sociais, a despeito das suas próprias convicções ao tempo da relação jurídico-material e da documentação formalmente perfeita”. FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 265.

³⁴³ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 264.

³⁴⁴ Cabe, porém, apresentar a ressalva de que, de acordo com Humberto Ávila, o melhor enquadramento da razoabilidade seria na condição de “postulado”, ao invés de princípio. Isto porque os “postulados aplicativos” têm a função de estruturar a aplicação concreta do direito, constituindo normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Ou seja, os postulados funcionam de forma diferente das regras e dos princípios, pois estes são normas objeto da aplicação, enquanto os postulados são normas que orientam a aplicação de outras normas. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 164.

³⁴⁵ Humberto Ávila destaca três acepções do postulado. Primeiro, aponta a razoabilidade como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individuais do caso concreto, mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada e indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Em segundo lugar, apresenta a

exclusivo desse ramo juslaboral, ao passo que a ordem jurídica como um todo é estruturada em torno de critérios de razão e de justiça³⁴⁶.

Plá Rodriguez apresenta o princípio da razoabilidade como aquele que “consiste na afirmação essencial de que o ser humano, em suas relações trabalhistas, procede e deve proceder conforme à razão”³⁴⁷, e complementa:

Trata-se, como se vê, de uma espécie de limite ou freio formal e elástico ao mesmo tempo, aplicável naquelas áreas do comportamento onde a norma não pode prescrever limites muito rígidos, nem em um sentido, nem em outro, e sobretudo onde a norma não pode prever a infinidade de circunstâncias possíveis³⁴⁸.

O autor uruguaio defende que a razoabilidade é um princípio que não possui um conteúdo concreto, mas que, com uma grande dose de imprecisão, assegura e promove sua fecundidade, de tal modo que qualquer tentativa de apreendê-lo em uma definição mais precisa resultaria na restrição de suas possibilidades de aplicação³⁴⁹.

Já Mauricio Godinho Delgado sustenta que o princípio da razoabilidade se erradia em dois comandos: a) um comando positivo de que as condutas humanas devem ser avaliadas de acordo com um critério de verossimilhança, sensatez, prudência e ponderação; e b) um comando negativo, de que se tenha incredulidade, ceticismo, quanto a condutas inverossímeis, assim como no tocante a condutas que, embora verossímeis, mostrem-se insensatas³⁵⁰.

razoabilidade como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, reclamando a existência de um suporte empírico e adequado aos atos jurídicos e demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Por fim, sustenta que a razoabilidade também é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 195.

³⁴⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 393.

³⁴⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 393.

³⁴⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 393.

³⁴⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 400.

³⁵⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 168.

No que pertine à aplicação da razoabilidade à matéria juslaboral, Plá Rodriguez enfatiza que se trata de “princípio muito rico e fecundo em aplicações concretas”³⁵¹, ao que aponta uma lista de exemplos não exaustiva, que envolvem a utilização da razoabilidade para a aferição da legalidade de contratações de profissionais como autônomos, ou por meio de empresas interpostas e terceirizadas, bem como para balizar o exercício do *jus variandi*, do poder disciplinar e da apreciação do “mau procedimento” do trabalhador³⁵² (art. 482, alínea “b”, da CLT).

f) Princípio da boa-fé

O sexto princípio reconhecido por Plá Rodriguez é o da boa-fé, relacionado à noção de que o empregado deve aplicar o empenho normal esperado para o cumprimento da tarefa, assim como o empregador deve cumprir lealmente suas obrigações, de modo a inspirar o trabalhador³⁵³.

O autor uruguaio apresenta as diferentes acepções de “boa-fé crença” e “boa-fé lealdade”. A primeira é a posição de quem, por ignorar certos fatos, acredita que está agindo de forma legítima e sem causar prejuízos (v.g. possuidor de boa-fé); já a segunda acepção diz com a conduta da pessoa que considera cumprir realmente com o seu dever, pressupondo uma posição de honestidade e honradez, contendo implícita a plena consciência de não enganar, não prejudicar e nem causar danos. Plá Rodriguez afirma que a boa-fé que deve vigorar como princípio laboral é a “boa-fé lealdade”, que se refere a um comportamento e não a uma simples convicção³⁵⁴.

A boa-fé, segundo Mauricio Godinho Delgado, incide sobre a conduta de ambas as partes que figuram na relação de emprego, estando subjacente, por exemplo, a diversas figuras de justa causa obreira (v. g. desídia, mau procedimento, negociação habitual em concorrência com o empregador ou em prejuízo ao serviço e na revelação

³⁵¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 404.

³⁵² PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 404-411.

³⁵³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 426.

³⁵⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 425-426.

do segredo da empresa – art. 482 da CLT) e patronal (*v. g.* exigência de serviços superiores às forças do obreiro, tratamento deste com rigor excessivo ou, ainda, redução substantiva da oferta do trabalho quando este for exclusivamente remunerado por produção – art. 483 da CLT)³⁵⁵.

Outrossim, classificando o emprego como uma relação complexa, Francisco Rossal de Araújo apresenta uma série de repercussões da boa-fé na dinâmica contratual, vislumbrando que estas operam tanto na fase de formação³⁵⁶, como na fase de desenvolvimento do contrato de emprego³⁵⁷.

³⁵⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 170.

³⁵⁶ O autor sustenta que a boa-fé opera com intensidade na fase de formação do contrato de emprego, destacando as seguintes repercussões: a) entrevistas (as informações obtidas devem ser utilizadas pelo empregador dentro dos limites da boa-fé, assim como os questionamentos devem guardar relação com o emprego que se trate, pois somente neste caso haverá interesse justificado para penetrar na esfera privada do candidato); b) concursos para preenchimento de vagas (embora não haja obrigação de aplicação de concurso para a contratação privada de empregados, uma vez implementado o certame, o empregador fica vinculado às suas disposições); c) vedação a procedimentos discriminatórios (a boa-fé veda que o empregador adote procedimentos discriminatórios na contratação quanto à religião, filiação sindical, raça, condição econômica e orientação sexual do empregado); d) antecedentes penais (a boa-fé autoriza que o empregado não informe seus antecedentes quando já tiver cumprido pena dentro dos ditames da lei, assim como nos casos de prescrição e anistia); e) direito a mentir (paradoxo de que, em certas situações especialíssimas, quando o empregador realiza perguntas indevidas, de modo a constituir ofensa à privacidade do candidato, a boa-fé autoriza que este responda com uma mentira, *v.g.* pergunta sobre a orientação sexual); f) testes para admissão (além das entrevistas, o candidato pode ser submetido a testes, os quais, porém, pela incidência da boa-fé, devem guardar relação com a vaga e não podem promover atos discriminatórios, como a exigência de teste de estado gravídico); g) deveres de informação (a boa-fé indica que a informação deve ser contínua, desde os contratos preliminares até a celebração definitiva do contrato de emprego, cabendo ao empregador avisar o empregado sobre as situações anormais que envolvam a prestação do trabalho e que ponham em risco a remuneração devida, sobre o maquinário com o qual trabalhará e prestar o treinamento necessário para a operação; por sua vez, o empregado deve prestar esclarecimentos sobre sua aptidão para o desempenho da função ou manejo de determinado equipamento); h) forma contratual (salvo poucas exceções, o contrato de emprego não exige forma especial, podendo ser pactuado de forma verbal; mas, quando há um contrato escrito e há dúvida quanto à cláusula interpretada, decide-se em favor daquele que não preestabeleceu as condições gerais do contrato, ou seja, do empregado; porém, nas situações em que não há desigualdade tão acentuada, como na contratação de empregados para cargos de maior hierarquia, ou que exijam maior conhecimento técnico, o princípio da proteção opera com menor intensidade e, por sua vez, o princípio da boa-fé apresenta-se com maior amplitude); i) comportamentos concludentes (a boa-fé orienta que as partes não devem criar a convicção de que o contrato será celebrado e, depois, de modo injustificado, romper a negociação, sob pena de indenização dos danos efetivamente comprovados). ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p. 237-253.

³⁵⁷ O autor ressalta que enquanto a obrigação principal do empregado é prestar o trabalho e a do empregador é remunerá-lo, o princípio da boa-fé faz com que surjam deveres anexos derivados, ou mesmo independentes, das obrigações principais, descrevendo: a) dever de diligência (o empregado não se compromete apenas a prestar um trabalho, mas deve fazê-lo segundo as ordens do empregador e com um rendimento adequado e razoável, cuja quebra pode importar, inclusive, em despedida por justa causa em virtude de desídia); b) dever de fidelidade (embora não tenha contornos muito precisos, a relação de fidelidade determina parâmetros básicos sobre os quais as

Porém, como alerta Guilherme Guimarães Feliciano, não obstante o princípio da boa-fé receba contornos especiais na relação de emprego, não se deve incorrer em um “aterramento artificial” do princípio no direito do trabalho, ao passo que é no direito civil onde ele deita suas raízes, espalhando-se por toda a enciclopédia jurídica, sob bases dogmáticas comuns. Portanto, deve-se recorrer à doutrina civilista para melhor compreendê-lo^{358 359 360}.

partes pautarão suas condutas, compreendendo, quanto ao empregado, o empenho em cooperar com o interesse objetivo da empresa, a abstenção de tirar proveito pessoal, não devendo aceitar propinas ou vantagens indevidas, e a obrigação de dar conhecimento imediato ao empregador de problemas técnicos que ocorram na execução do trabalho; e, quanto a ambos, o dever de corresponder às expectativas, colaborando para a boa condução do contrato); c) dever de sigilo (o empregado deve manter sigilo quanto aos negócios da empresa, não podendo revelar segredos comerciais que tenha tido conhecimento no curso da relação de emprego, à exceção de irregularidades ou fraudes que constituam ilícito penal); d) dever de não-concorrência (constitui dever básico do empregado não concorrer com a atividade do empregador, havendo quebra do princípio da boa-fé quando há trabalho para empresa da mesma natureza ou atividade e a configuração de prejuízo ao empregador); e) dever decorrente de pacto de exclusividade (embora a exclusividade não seja um requisito da relação de emprego, é possível que as partes pactuem a exclusividade do empregado na prestação dos serviços, especialmente nos casos em que há qualificação acima da média do trabalhador e interesse do empregador de que a sua atividade seja integralmente destinada à empresa); f) dever decorrente de pacto de permanência (ocorre o pacto de permanência quando o empregado se compromete a trabalhar para o empregador durante determinado tempo mínimo, como no caso dos contratos a prazo determinado, ou, mesmo nos contratos a prazo indeterminado, quando essa cláusula é pactuada de modo justificado, como quando o empregador financia cursos de especialização ao empregado); g) obrigações em matéria de saúde laboral (condições de trabalho, higiene e segurança do trabalho constituem deveres do empregador, podendo o empregado recusar-se a trabalhar se houver risco fundado de dano à sua saúde ou à sua integridade física); h) improbidade (sinônimo de ato desonesto, não havendo critérios claros na legislação para a configuração da improbidade, o julgador deve aferir no caso concreto mediante noções éticas pautadas na boa-fé); i) outras obrigações do empregador (ao empregador não cabe apenas pagar o salário, mas, também, dar trabalho ao empregado e tratá-lo com respeito à sua dignidade, honra, boa fama e integridade física). ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p. 254-270.

³⁵⁸ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 242.

³⁵⁹ Judith Martins-Costa distingue “boa-fé subjetiva” de “boa-fé objetiva”, assemelhando-se, respectivamente, à distinção de Plá Rodriguez entre “boa-fé crença” e “boa-fé lealdade”. Segundo a autora, “boa-fé subjetiva” é aquela que diz com um estado de ignorância ou crença errônea acerca da regularidade de uma situação, tendo o sentido de “condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição ‘egoística’ à literalidade do pactuado”; classifica-se, pois, como subjetiva, porque leva em consideração justamente a intenção do agente, o seu estado psicológico ou íntima convicção no campo subjetivo. De outro lado, “boa-fé objetiva” é aquela relacionada como “regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade, e, principalmente, na consideração para com os interesses do outro e expectativas legitimamente geradas; classifica-se, pois, como objetiva, porque pautada em um modelo objetivo de conduta que todos deveriam seguir, independentemente de suas condições subjetivas. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópicos no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 411-412.

³⁶⁰ Reconhecendo que a boa-fé que subverte e transforma o direito obrigacional clássico é a boa-fé objetiva, Martins-Costa apresenta suas três funções: a) cânone hermenêutico-integrativo do

g) Princípio de não discriminação

O sétimo princípio reconhecido por Plá Rodriguez é o de não discriminação, que somente fora inserido a partir da segunda edição da obra³⁶¹, o qual, segundo o professor uruguaio, “leva a excluir todas aquelas diferenciações que põem um trabalhador numa situação de inferioridade ou mais desfavorável que o conjunto, e sem razão válida nem legítima”³⁶².

Giza-se que Plá Rodriguez reconhece o princípio de não discriminação como próprio do direito do trabalho, refutando, porém, o princípio da igualdade no âmbito juslaboral, sob o fundamento de que este último encerraria a ideia da equiparação, a qual entende incompatível com o caráter mínimo das normas laborais, pois impediria a concessão de melhorias e benefícios. Afirma, pois, que a igualdade no direito do trabalho tem sido acolhida por normas que condicionam a aplicação do critério a certos limites e requisitos, de modo que o legislador pode estabelecer o alcance preciso da igualdade em cada norma expressa, não havendo a necessidade de recorrer a um princípio geral de igualdade trabalhista³⁶³.

contrato; b) criação de deveres jurídicos; e c) limitação ao exercício de direitos subjetivos. A primeira função elencada diz com a função integrativa da boa-fé objetiva, que atua como cânone hábil ao preenchimento de lacunas de eventos e situações nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes, permitindo qualificar os comportamentos que, embora não tenham sido previstos, são essenciais à salvaguarda do negócio e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto. Já a segunda função da boa-fé objetiva elencada por Martins-Costa diz com a sua aptidão para criar deveres não necessariamente expressos no contrato, mas que mesmo assim vinculam os contratantes, chamados “deveres instrumentais”, os quais, dirigidos a ambos os participantes do negócio, visam à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística que não se limita pelo mero cumprimento da prestação principal. Segundo a autora, esses deveres instrumentais podem ser exemplificados pelos deveres de cuidado, de segurança, de informação, de colaboração e cooperação, de proteção e cuidado com a pessoa e patrimônio da contraparte, entre outros. Por fim, Martins-Costa elenca como terceira função da boa-fé objetiva a limitação ao exercício de direitos subjetivos, ao passo que ela não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção. A autora cita como demonstrações da sua face as teorias de adimplemento substancial do contrato, exceção do contrato não cumprido, *tu quoque* e *venire contra factum proprium*. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 410-472.

³⁶¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 435.

³⁶² PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 445.

³⁶³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 445.

Para o combate da discriminação, o direito desenvolveu normas que têm como finalidade precípua a proteção vinculada a certas características pessoais às quais, com frequência, são cominadas qualidades de inferioridade no âmbito social, como leciona Ferreira da Silva, que complementa:

Normas de Direito da Antidiscriminação voltam-se a evitar que o fato de pessoas portarem determinadas características seja fator capaz de ensejar – intencionalmente ou não – uma considerável redução das possibilidades de exercício das suas potencialidades sociais em relação a outros membros da mesma sociedade. Em geral, causas históricas determinam quais são essas características. Tomando-se de empréstimo o que usualmente se verifica em normas de Direito Internacional e de Direito Constitucional de diversos países, podem-se dar como exemplos dessas características a raça, a origem, o sexo, a orientação sexual, a idade, o fato de portar alguma deficiência e a religião³⁶⁴.

Embora irradie seus efeitos sobre os diferentes espectros da vida em sociedade, o direito da antidiscriminação possui campo fértil no âmbito das relações de trabalho, de modo que se relaciona profundamente com a seara laboral e recebe tratamento especial pela Organização Internacional do Trabalho.

Percursora na matéria de combate à discriminação no trabalho, a Convenção nº 100 da OIT, aprovada em 1951 na 34ª Conferência Internacional do Trabalho e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 41.721/1957, define que cada membro deverá incentivar e assegurar a aplicação do princípio de igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e feminina por um trabalho de igual valor (art. 2.1).

Posteriormente, a Convenção nº 111 da OIT, aprovada em 1958 na 42ª Conferência Internacional do Trabalho e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 62.150/1968, com conotação mais ampla de combate à discriminação, consagra o compromisso internacional de formulação e aplicação de políticas nacionais que assegurem iguais oportunidades em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar atos discriminatórios no âmbito dos Estados membros. Traz consigo a relevante contribuição de definir o que deve ser entendido como discriminação na seara juslaboral:

a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou ocupação;

³⁶⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Antidiscriminação e contrato**: a integração entre proteção e autonomia. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book* (não paginado).

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha o efeito de anular ou prejudicar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou ocupação que possa ser determinada pelo Estado-membro em causa, após consulta com organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e com outros órgãos pertinentes.

Porém, de acordo com Plá Rodriguez, como a discriminação é um mal que tem múltiplas manifestações, deve ser enfrentada como uma gestão permanente, contínua, inacabável, de modo que a mera ratificação das Convenções nº 100 e 111 da OIT não deve ser a meta, mas o ponto de partida, pois elas apresentam um conteúdo muito programático³⁶⁵.

Nessa senda, cumprindo o compromisso internacional, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 conta com proibições expressas quanto à discriminação no âmbito laboral, vedando a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de deficiência, sexo, idade, cor ou estado civil, bem como a distinção entre funções ou profissões (art. 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, da CRFB).

No nível infraconstitucional, desde seu texto original de 1943, a CLT estabelece em seu artigo 5º que todo trabalho de igual valor deverá receber igual salário. Outrossim, com o advento da Lei nº 9.029/1995, passou a ser expressamente proibida a exigência de atestado de estado gravídico ou esterilização, bem como fora vedada a assim chamada “dispensa discriminatória”, a qual, em certos casos, pode ser inclusive presumida³⁶⁶, assegurando-se a faculdade de a vítima optar pelo exercício do direito de reintegração. Posteriormente, a Lei nº 9.799/1999 acrescentou o artigo 373-A à CLT, arrolando uma série de vedações que se traduzem em medidas antidiscriminatórias³⁶⁷.

³⁶⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 449.

³⁶⁶ Súmula nº 443 do TST: “DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego”.

³⁶⁷ Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a

Outrossim, a partir da Reforma Trabalhista instituída pela Lei nº 13.467/2017, restou inserido um novo § 6º ao artigo 461 da CLT, prevendo o pagamento de multa, no valor de 50% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social³⁶⁸, em favor do empregado que venha a ser discriminado no valor de seu salário por motivo de sexo ou etnia. Embora a previsão legal de multa para tal discriminação seja louvável, o *quantum* prefixado pelo legislador parece não atender às finalidades pedagógico-punitivas que se espera de tal sanção.

2.2.2.2 Valoração fundamental

Vistos, pois, um a um dos princípios elencados por Plá Rodriguez como vetores do direito do trabalho clássico, denota-se que todos eles são fortemente marcados pelo valor fundamental de proteger o trabalhador, como uma forma de atenuar a assimetria das partes que compõem a relação de emprego, de tal modo que o princípio da proteção informa tanto o objetivo quanto a razão de ser do direito do trabalho, dele derivando todo o arranjo normativo juslaboral voltado para atendê-lo.

Soma-se a isso a constatação de que, dentre todo o arcabouço tradicional dos princípios juslaborais, apenas do princípio da boa-fé pode ser extraído algum viés compensatório da larga proteção assegurada ao trabalhador, exigindo deste que aplique as energias esperadas para o cumprimento das funções a ele designadas. Fora isso, na construção rodrigueana, nenhum dos princípios clássicos³⁶⁹ informam,

natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

³⁶⁸ O que corresponde, em 2021, a R\$ 3.216,78, haja vista o valor-teto de R\$ 6.433,57 estabelecido na Portaria nº 477/2021 da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.

³⁶⁹ Ainda que a pesquisa seja expandida para análise da doutrina espanhola clássica de Hernainz Marquez, igualmente, a razão empresarial não é assimilada pelos princípios tradicionais do direito do trabalho. Segundo o arcabouço principiológico proposto pelo jurista espanhol, a conformação do princípio da proteção se daria exclusivamente pelo *princípio do rendimento*, o qual seria fundado em interesses nacionais de incremento produtivo, entendidos como superiores aos valores particulares dos componentes da relação de emprego (prevalência do interesse público-estatal

tampouco são capazes de explicar uma lógica normativa que atenua a proteção do trabalhador em prol da salvaguarda dos interesses de gestão.

Nessa senda, conforme Palma Ramalho, o desígnio geral da proteção do trabalhador exerceu papel essencial ao desenvolvimento do direito do trabalho em dois níveis, tanto sistemático quanto dogmático. Ao nível sistemático, segundo a autora, o princípio da proteção orientou a produção das normas laborais com um objetivo vertical de melhoria progressiva dos patamares de tutela do trabalhador, de modo a assegurar-lhe cada vez mais direitos, alinhado com um objetivo horizontal de universalização progressiva da proteção laboral³⁷⁰, isto é, não limitada ao trabalhador fabril, alargando suas fronteiras para abranger todo o trabalhador subordinado. Já, quanto às repercussões do princípio da proteção a nível dogmático, de especial relevância para esta pesquisa, a autora destaca, *in verbis*:

Ao nível dogmático, o princípio da proteção do trabalhador vai-se afirmando como a instância justificativa das soluções laborais (designadamente, quando estas se afastam das soluções do direito comum) e vai viabilizar a autonomização deste novo ramo do direito em relação ao direito civil. Nesta dimensão, a proteção do trabalhador será o princípio fundamental geral do direito do trabalho³⁷¹.

Assim, sob o estandarte da proteção, o direito do trabalho consolidou-se como disciplina autônoma e criou fortes raízes doutrinárias voltadas a favorecer o hipossuficiente que se encontra sujeito a uma relação desigual ao longo do contrato de trabalho. Essa pujança do direito do trabalho tradicional atribuiu a ele as características de completo, tutelar, garantista e de vocação expansionista³⁷².

2.3 Dogmática juslaboral tradicional em crise

Apesar de sua importância para o alcance da maioria científica do direito do trabalho como disciplina jurídica autônoma, a dogmática tradicional teve abalada a

sobre os interesses de classe). HERNAINZ MARQUEZ, Miguel. **Tratado Elemental de Derecho del Trabajo**. 10. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 88-91.

³⁷⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015. par. I: Dogmática geral, p. 59.

³⁷¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015. par. I: Dogmática geral, p. 59.

³⁷² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. 100 anos de direito do trabalho em Portugal: algumas notas. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, dez. 2019. *E-book* (não paginado).

estrutura sobre a qual fora edificada diante da modificação dos pressupostos que ampararam a sua gênese e desenvolvimento.

Leandro do Amaral D. de Dorneles constata que na sociedade pós-industrial os modelos de gestão e de normatização até então consagrados foram substancialmente alterados. A anterior homogeneidade da classe trabalhadora deu lugar a uma pluralidade internamente diversificada em estratos e frações cada vez mais distintos, bem como a regulação protetiva consolidada na sociedade industrial teve abalada a sua sustentação ideológica e institucional em meio a uma crise econômica e institucional do Estado social³⁷³. Nesse contexto de profundas transformações sócio-político-econômicas no âmbito laboral, segundo o autor, desencadeou-se um déficit entre demanda e resposta, consubstanciando a crise do direito do trabalho:

Muitos dos principais alicerces teóricos juslaborais foram concebidos em outro contexto – na passagem do século XIX para o século XX, marcadamente, ou seja, em meio à sociedade industrial. Basta imaginarmos como era a realidade social nesse período e compará-la com os dias atuais que facilmente constataremos as profundas transformações sócio-político-econômicas havidas – o que é ainda mais acentuado quando focamos exclusivamente a experiência brasileira. Esse é o ponto central da questão. O direito do trabalho foi arquitetado para responder a determinadas demandas que eram legítimas, correntes, expressivas no início do século passado. E o fez em linhas gerais satisfatoriamente, embora, com algumas insuficiências; mas, na medida em que o mundo do trabalho foi se transformando, novas demandas foram formando-se e se legitimando, e grande parte delas vai se ressentindo de uma resposta adequada por parte do direito laboral. Esse déficit entre demanda/resposta é a razão da crise³⁷⁴.

Nessa mesma senda, Palma Ramalho sustenta que o direito do trabalho tradicionalmente protetivo encontrava esteio em três fatores extrajurídicos: na relativa uniformidade da categoria dos trabalhadores subordinados, na grande empresa como unidade modelo de desenvolvimento dos vínculos laborais e na crença de

³⁷³ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas para superação. In: FINCATO, Denise; VIDALETTI, Leiliane Piovesani. (Org.). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho**, v. III, 1. ed. Porto Alegre: Lex Magister, 2019, p. 97-115.

³⁷⁴ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas para superação. In: FINCATO, Denise; VIDALETTI, Leiliane Piovesani. (Org.). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho**, v. III, 1. ed. Porto Alegre: Lex Magister, 2019, p. 97-115.

sustentabilidade econômica do sistema laboral protetivo³⁷⁵. No entanto, esses fatores foram sucessivamente modificados ao longo do tempo.

Quanto ao primeiro pressuposto de desenvolvimento, denominado “relativa uniformidade da categoria dos trabalhadores subordinados”, Palma Ramalho aponta como “sujeito típico” tutelado pelo direito do trabalho tradicional o empregado homem, usualmente sem grandes qualificações e que depende economicamente do trabalho para subsistir, que trabalha a tempo integral para um empregador e, com frequência, faz toda a sua carreira no seio de uma única unidade empresarial, tendo pouca ou nenhuma liberdade na fixação das condições do seu contrato de trabalho em virtude de sua dependência econômica.

Contudo, a tendência expansionista do direito do trabalho a nível horizontal, consagrada na universalização da tutela protetiva do trabalhador subordinado, contribuiu para a alteração dessa figura típica de empregado que conduzia, segundo Palma Ramalho, a uma noção de “incapacidade genética permanente” do trabalhador³⁷⁶. Com a expansão das fronteiras juslaborais para tutelar novas categorias de trabalhadores como mulheres, jovens, estudantes, temporários, muito especializados, técnicos e dirigentes, que não correspondem à mesma imagem do trabalhador fabril, acabou-se por fragilizar a lógica da fixação uniforme das condições de trabalho, evidenciando diferentes graus de capacidade negocial³⁷⁷.

Fato é que, passado um século de direito do trabalho, o trabalhador não é mais o mesmo. A tendência de universalização da tutela juslaboral alterou qualitativamente a categoria dos trabalhadores subordinados, que estão longe de corresponder à categoria social homogênea dos operários início do século XX, e hoje representam a maior parte da população ativa, tendo acumulado garantias ao longo dos anos. Há agora trabalhadores com altas habilitações acadêmicas e/ou profissionais e um certo grau de capacidade negocial. Palma Ramalho, então, enfatiza: “o pressuposto da

³⁷⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, **Tratado de direito do trabalho**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015. par. I: Dogmática geral, p. 66-67.

³⁷⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. 100 anos de direito do trabalho em Portugal: algumas notas. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, dez. 2019, *E-book* (não paginado).

³⁷⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, **Tratado de direito do trabalho**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015. par. I: Dogmática geral, p. 62-63.

incapacidade genética e da uniformidade social dos trabalhadores subordinados transformou-se num mito”³⁷⁸.

Quanto ao segundo pressuposto “grande empresa como unidade modelo de desenvolvimento dos vínculos laborais”, Palma Ramalho vislumbra que o modelo único da grande indústria, destinatária típica das normas laborais, cedeu lugar, ante o crescimento do setor de serviços, a uma multiplicidade de modelos empresariais em que muitos adotam formatos de organização interna mais flexíveis e menos verticalizadas e hierarquizadas³⁷⁹. Segundo a autora, essa nova cultura empresarial de aproximação dos trabalhadores à gestão da empresa vai ao arrepio da ótica classista e, de certo modo, belicista, do direito do trabalho tradicional³⁸⁰.

Outrossim, no que tange ao terceiro pressuposto de desenvolvimento “crença de sustentabilidade econômica do sistema laboral protetivo”, Palma Ramalho destaca que as repercussões da crise petrolífera de 1973 e as que se sucederam ciclicamente desde então, com as flutuações econômicas atinentes, levaram as empresas a refletirem sobre os custos associados ao trabalho subordinado e a uma tendência de busca pela redução desses custos³⁸¹, de modo que os empregadores passam a atribuir os altos índices de desemprego e a própria crise econômica à severidade das normas laborais, não mais se acreditando na sustentabilidade econômica do sistema laboral exclusivamente protetivo³⁸².

A propósito, Bauman destaca que, na sociedade pós-moderna, “‘racionalizar’ significa *cortar* e não criar empregos”, sendo o progresso avaliado pelo emagrecimento da força de trabalho, fechamento de divisões e redução de funcionários. O teórico é enfático: “empregos vitalícios já não existem. Na verdade,

³⁷⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. 100 anos de direito do trabalho em Portugal: algumas notas. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, dez. 2019, *E-book* (não paginado).

³⁷⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, **Tratado de direito do trabalho**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015. par. I: Dogmática geral, p. 64-65.

³⁸⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. 100 anos de direito do trabalho em Portugal: algumas notas. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, dez. 2019, *E-book* (não paginado).

³⁸¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, **Tratado de direito do trabalho**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015. par. I: Dogmática geral., p. 69.

³⁸² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. 100 anos de direito do trabalho em Portugal: algumas notas. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, dez. 2019, *E-book* (não paginado).

empregos como tais, da maneira como outrora os compreendíamos, já não existem”³⁸³

³⁸⁴.

Desenvolve-se, por consequência, uma “sociedade de austeridade”, vinculada à noção de que as soluções para a crise financeira e para o déficit público do Estado e seus modelos econômicos e sociais serão encontradas por meio de privações subjetivas e objetivas dos indivíduos, de modo a operar uma transferência para os cidadãos dos custos de recuperação do sistema, difundindo-se a ideia de que “não há alternativa”³⁸⁵. Com isso, segundo António Casimiro Ferreira, é desencadeado um “direito de exceção” que desencadeia a ruptura paradigmática com os pressupostos do direito do trabalho, eliminando o conflito como elemento dinâmico das relações laborais e a proteção do trabalhador como condição de liberdade³⁸⁶.

Destarte, com a modificação dos pressupostos extrajurídicos que o sustentavam, o modelo rígido passou a ter questionada a sua adequação ao direito do trabalho pós-industrial. É nesse contexto que o sistema laboral vai reagindo com um conjunto de normas de adaptação, em uma tendência de flexibilização³⁸⁷.

O processo flexibilizador altera substancialmente o direito do trabalho quando analisado sob a referência do modelo clássico, que era marcado pela supressão de liberdades, restrição de possibilidades e limitação de opções ao empregador, como destaca Plá Rodriguez. Segundo o autor, a flexibilização vem no sentido oposto,

³⁸³ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica de Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 50.

³⁸⁴ Em outra passagem de sua obra, ao abordar as dimensões de incerteza da pós-modernidade, o sociólogo sustenta: “nenhum emprego é garantido, nenhuma posição é inteiramente segura, nenhuma perícia é de utilidade duradoura, a experiência e a prática se convertem em responsabilidade logo que se tornam haveres, carreiras sedutoras muito frequentemente se revelam vias suicidas. Em sua versão presente, os direitos humanos não trazem consigo a aquisição do direito a um emprego, por mais que desempenhado, ou – de um modo mais geral – o direito ao cuidado e à consideração por causa de méritos passados. Meio de vida, posição social, reconhecimento da utilidade e merecimento da autoestima podem todos desvanecer-se simultaneamente da noite para o dia e sem se perceber”. BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica de Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 35.

³⁸⁵ FERREIRA, António Casimiro. A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 95, p. 119-136, dez. 2011, p. 119-122.

³⁸⁶ FERREIRA, António Casimiro. A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 95, p. 119-136, dez. 2011, p. 130.

³⁸⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. 100 anos de direito do trabalho em Portugal: algumas notas. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, dez. 2019, *E-book* (não paginado).

prezando por recuperar liberdades e facilidades ao empregador³⁸⁸. De acordo com Sérgio Pinto Martins, a flexibilização surge como uma reação aos padrões legais até então vigentes que se mostraram em descompasso com a situação de crise (especialmente de índole econômica) por serem extremamente rígidos e incapazes de resolver os problemas trabalhistas³⁸⁹.

Em artigo no qual aborda especificamente a temática da flexibilização, Plá Rodriguez destaca as consequências diretas desta aos princípios do direito do trabalho, mormente sobre o princípio da proteção. Embora não seja atingido em si (pois, caso contrário, entende que teria de se questionar a própria razão de ser do direito do trabalho), as projeções de aplicação da norma mais favorável e da condição mais benéfica restam prejudicadas³⁹⁰.

Isto porque, em sua *summa opera*, Plá Rodriguez defende a posição dogmática de que os princípios não são criados pela doutrina, mas sim emanados das normas vigentes, razão pela qual são descobertos em um esforço de indagação do essencial e de esclarecimento da tendência que se observa nesse processo de afirmação, consolidação e garantia. Ao passo que são retirados do direito positivo, Plá Rodriguez defende que não pode haver contradição entre os princípios do direito do trabalho e os preceitos legais. Assim, enfatiza que os princípios “estão acima do direito positivo enquanto lhe servem de inspiração, mas não podem tornar-se independentes dele”³⁹¹. Disso conclui que um conteúdo novo no direito positivo que revele que princípios não foram os seus inspiradores³⁹² demanda, por consequência, a modificação do

³⁸⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Un enfoque sobre la flexibilización. In: FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos (Org.). **Doctrinas esenciales: derecho del trabajo**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 1024.

³⁸⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 23.

³⁹⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 1024.

³⁹¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 49.

³⁹² Segundo o autor, exemplo disso é a modificação do direito laboral protetor para organizador da vida econômica, como ocorrido no Uruguai em 1968 com a Lei nº 13.720 que criou a Comissão de Produtividade, Preços e Receitas (COPRIN), a qual tinha poderes para fixar salários máximos e ajustar as convenções coletivas, impedindo que as partes elevassem as normas gerais. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 50.

enunciado dos princípios³⁹³. Enfatiza, então, que o valor de um princípio de direito do trabalho “não pode ser tal que se imponha contra uma norma de direito positivo. Poderá aplicar-se sem ela, mas não contra ela”³⁹⁴.

Leandro do Amaral D. de Dorneles ressalta que o legislador reformista operou um verdadeiro reequacionamento dos princípios regentes do direito do trabalho por meio da Lei nº 13.467/2017. Destaca que se anteriormente era atribuído um *status* de princípio normativo ou dogmático fundamental à propriedade expansiva do direito do trabalho, face à sua avidez histórica por melhorias, buscando o constante estímulo à ampliação dos contornos protetivos, a reforma trabalhista intenta um estreitamento (ou conformação) dos princípios da proteção e da promoção da melhoria da condição social do trabalhador em prol de uma abertura a princípios privatistas como aqueles que circundam o instituto da autonomia da vontade³⁹⁵.

Em meio a reformas flexibilizadoras, o direito do trabalho não mais mostra perseguir um objetivo retilíneo, nem parece influenciado por raízes doutrinárias claras, mas apenas pela necessidade de dar uma resposta rápida a exigências pragmáticas urgentes³⁹⁶. Sob essa constatação, Palma Ramalho aponta que “o processo de flexibilização confirma, no plano normativo, a profunda crise de valores do direito do trabalho hodierno”, haja vista a fragilidade do princípio da proteção como sua valoração fundamental e a aparente ausência de valores alternativos³⁹⁷.

Diante desse déficit valorativo (esgotamento do princípio da proteção), Palma Ramalho cita doutrina radical que chega a pugnar pelo fim do direito do trabalho com sua completa absorção pelo direito civil³⁹⁸, razão pela qual a autora defende que

³⁹³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 47-50.

³⁹⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 104.

³⁹⁵ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. A reforma trabalhista e o princípio da autodeterminação das vontades coletivas. In: AZEVEDO, André Jobim de (org.). **Reforma trabalhista: desafio nacional**. Porto Alegre: Lexmagister, 2018, p. 179-197.

³⁹⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 689-690.

³⁹⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 700.

³⁹⁸ Palma Ramalho enfatiza que: “não falta, aliás, quem veja na crise do direito do trabalho não só uma dimensão sistemática (no sentido em que, nos últimas dezenas de anos, muitas normas laborais passaram a prosseguir o objetivo da flexibilização e não já o objetivo inicial da tutela dos trabalhadores e no sentido em que o retrocesso do nível de tutela dos trabalhadores subordinados

solucionar essa incoerência valorativa é fundamental para a manutenção da autonomia dogmática do direito do trabalho³⁹⁹, ao passo que enunciar novos princípios permite contextualizar a crise do direito do trabalho como crise de um de seus valores (da proteção do trabalhador), e não de toda a área jurídica⁴⁰⁰.

Frisa-se, embora seja muito propagada a ideia de “crise do direito do trabalho”, Palma Ramalho defende que não estamos diante de uma crise deste como área jurídica, mas apenas quanto a um de seus princípios (o da proteção), situação esta que agora abre espaço para que também seja reconhecido o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador⁴⁰¹, o qual será abordado no próximo capítulo.

Trata-se de reconhecer que a crise está limitada à dimensão dogmática do direito do trabalho, decorrente da incompatibilidade da construção teórica tradicional face à reforma da legislação trabalhista: a visão exclusivamente unilateral não mais explica integralmente as normas e os institutos do direito do trabalho contemporâneo. A superação dessa crise dogmática, portanto, desafia um processo de reconstrução.

Certo é que, como leciona Dorneles, o contexto de crise demanda “novas respostas ao lado das velhas repostas. Em suma, a crise há de ser superada pelo aperfeiçoamento do instrumental juslaboral, e não pela sua subversão”⁴⁰².

é, de fato, uma realidade) mas uma dimensão dogmática, vaticinando o fim do direito do trabalho como área jurídica dotada de autonomia dogmática (*i.e.*, com princípios próprios diferenciados dos princípios do direito privado comum), pelo esgotamento da sua finalidade protetiva. Nessa linha, em termos dogmáticos, o direito do trabalho estaria destinado a ser reabsorvido pelo direito civil e o princípio de proteção do trabalhador deixar-se-ia dissolver nos princípios civis da liberdade contratual e da igualdade, até porque, no direito civil hodierno, esses grandes pilares do direito privado podem e devem ser lidos em termos substancialistas, sendo assim compatíveis com um princípio geral de tutela do contraente débil – que, como observa MENEZES CORDEIRO, permite proteger a parte fraca dos vínculos jurídicos privados (no caso, seria o trabalhador) onde quer que ela se encontre”. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. 100 anos de direito do trabalho em Portugal: algumas notas. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, dez. 2019. *E-book* (não paginado).

³⁹⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 690-691.

⁴⁰⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.038.

⁴⁰¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. 100 anos de direito do trabalho em Portugal: algumas notas. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, dez. 2019. *E-book* (não paginado).

⁴⁰² DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas para superação. *In*: FINCATO, Denise; VIDALETTI, Leiliane Piovesani. (Org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho**, v. III, 1. ed. Porto Alegre: Lex Magister, 2019, p. 97-115.

3 RECONSTRUÇÃO DA DOGMÁTICA JUSLABORAL

Neste terceiro capítulo, visando a superação da crise teórico-valorativa constatada na última sessão do capítulo anterior, será investigada a viabilidade de reconstrução da dogmática juslaboral mediante o reconhecimento de uma tutela bilateral caldada não somente no tradicional princípio da proteção, mas, também, no princípio da salvaguarda dos interesses de gestão, analisando-se a sua assimilação pelo ordenamento jurídico pátrio.

3.1 Princípio da salvaguarda dos interesses de gestão

Como visto no segundo capítulo desta dissertação, embora seja muito propagada a ideia de “crise do direito do trabalho”, Palma Ramalho defende que não estamos diante de uma crise de toda a área jurídica, mas apenas quanto à visão dogmática tradicional de que o direito do trabalho seria unilateral, exclusivamente justificado pelo princípio da proteção do trabalhador, contexto que propicia o reconhecimento de um novo princípio: o da salvaguarda dos interesses de gestão⁴⁰³. A seguir, será apresentado o conceito e as funções desse novo princípio.

3.1.1 Conceito

As medidas flexibilizadoras tem claras implicações sobre o edifício dogmático clássico, eis que são atingidos tanto o princípio da proteção como a configuração tradicionalmente unilateral do direito do trabalho, passando a ser incorporada a ponderação dos interesses do empregador em algumas soluções normativas⁴⁰⁴. Das entrelinhas da proposta de Palma Ramalho, Guilherme Feliciano extrai que “pressupostos históricos diferentes reclamam construções dogmáticas diferentes”,

⁴⁰³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. 100 anos de direito do trabalho em Portugal: algumas notas. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, dez. 2019. *E-book* (não paginado).

⁴⁰⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 689.

dado que os princípios juslaborais correspondem às valorações materiais subjacentes ao conjunto de normas vigentes no seu tempo⁴⁰⁵.

A autora portuguesa defende que o contrato de trabalho se afasta dos seus congêneres em virtude de seu elemento organizacional (inserção do prestador do trabalho no seio da organização do empregador); e de seu elemento pessoal e dominial (indeterminação relativa, mas permanente, da atividade laboral e sua inseparabilidade da pessoa do trabalhador), justificando os poderes de direção e de disciplina do empregador. Assim, vislumbra que a complexidade estrutural do vínculo de emprego projeta-se na posição debitória das partes: o trabalhador não se obriga apenas a prestar o trabalho sob as orientações do empregador, mas compromete-se a colaborar com ele na empresa; submete-se, dentro de certos limites, às regras da organização; sujeita-se a modificações impostas pelo empregador; e assume deveres perante terceiros em relação ao negócio, como colegas de trabalho. Por sua vez, o empregador não se obriga apenas a pagar o salário, mas assume responsabilidades patrimoniais e pessoais acrescidas perante o trabalhador, suportando o risco da não obtenção dos resultados pretendidos com a atividade, remunerando diversas situações de inatividade do trabalhador, sacrificando o acordo às necessidades do obreiro e, finalmente, sujeitando-se a certas limitações em nome da estabilidade⁴⁰⁶ do trabalhador⁴⁰⁷.

Assim, segundo Maria do Rosário Palma Ramalho, o princípio da compensação debitória revela tal complexidade inerente à relação de emprego e concretiza-se em duas vertentes: no princípio da proteção do trabalhador e no princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador, ambos com o objetivo de compensar a posição debitória das partes, mas cada um de sua forma. Para o trabalhador, o objetivo é compensar a sua posição debitória de inferioridade, tanto decorrente da essência dominial do vínculo laboral e da inseparabilidade da prestação da pessoa do

⁴⁰⁵ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 27, p. 85-105, jul./dez. 2005, p. 91-92.

⁴⁰⁶ No ordenamento português, no qual está inserida a autora, há vedação constitucional expressa da dispensa sem justa causa: “É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos” (art. 53 da Constituição da República Portuguesa de 1976).

⁴⁰⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 971.

trabalhador (inferioridade jurídica), como da função alimentar do salário, não controlando o empregado o destino das utilidades que produz (inferioridade econômica). Por outro lado, para o empregador, a necessidade de tutela diz com o reconhecimento de que a posição de domínio, a possibilidade de organização da sua empresa e de persecução dos seus interesses de gestão em autonomia e liberdade viabilizam o cumprimento dos deveres remuneratórios e pessoais amplos que lhe incumbem no contrato. Palma Ramalho arremata que enquanto o princípio da proteção acautela o trabalhador perante o vínculo de emprego, o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão garante a subsistência do próprio vínculo laboral, com a estrutura complexa que o sistema jurídico lhe atribuiu⁴⁰⁸.

Assim, aponta a doutrinadora portuguesa que o princípio da compensação devida complexa (composto pelos princípios da proteção e da salvaguarda dos interesses de gestão) alicerça-se no sistema laboral positivo, sendo justificado na estrutura complexa e no regime jurídico do contrato de trabalho, que vai oscilando entre a proteção dos interesses do trabalhador e a salvaguarda dos interesses de gestão do empregador, fazendo prevalecer ora uns ora outros⁴⁰⁹.

Segundo Palma Ramalho, no caso português, o subprincípio da proteção concretiza-se na segurança no emprego, na suficiência salarial, na conciliação da vida profissional com a vida privada e familiar, na assistência ao trabalhador e no *favor laboratoris*. Por sua vez, o subprincípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador assegura-lhe as condições necessárias ao cumprimento das suas obrigações contratuais e, indiretamente, viabiliza o contrato de trabalho, concretizando-se nos deveres de colaboração na empresa e nos poderes diretivo e disciplinar⁴¹⁰.

Mais especificamente, a autora descreve que o princípio da salvaguarda é encontrado na adaptabilidade de horários, na polivalência funcional, nos regulamentos internos, no *jus variandi*, no regime de prestação de trabalho suplementar, na

⁴⁰⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 972-973.

⁴⁰⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 973.

⁴¹⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.036.

admissão de contratos de trabalho precários (trabalho temporário e a prazo determinado) e a possibilidade de cessação do contrato por iniciativa do empregador⁴¹¹.

Palma Ramalho conclui que a relação dialética entre o princípio da proteção do trabalhador e o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador impede a caracterização do direito do trabalho como um direito unilateral e confirma o seu caráter compromissório, no que vislumbra que a dialeticidade, para além de explicar o movimento pendular do direito laboral ao longo de seus cem anos de existência, contribui para explicar que a crise hoje enfrentada não é do direito do trabalho em si, mas apenas de um de seus princípios (proteção), o qual não é o único e, na sua ponderação com outros princípios (especialmente da salvaguarda dos interesses de gestão), a ciência jurídica laboral poderá encontrar novas soluções que permitam a superação da crise e a renovação dogmática⁴¹². Nessa senda, sustenta a autora:

Ora, se contextualizarmos a propalada crise do direito do trabalho neste quadro dogmático mais completo, teremos que concluir que, a existir, tal crise se reporta apenas a um dos seus princípios: o princípio da proteção do trabalhador, que, nesta última fase da evolução da área jurídica, teve que ceder um pouco perante o princípio da prevalência dos interesses de gestão do empregador.

Assim, a nosso ver, estamos longe do momento em que se possa profetizar o fim do direito do trabalho, pelo esgotamento do seu fim e pela sua recondução ao direito privado comum. Bem pelo contrário, com o seu dinamismo habitual, a área jurídica equacionou e corrigiu os efeitos perversos de um dos seus princípios, fazendo prevalecer um outro princípio, para melhor se adaptar às alterações dos pressupostos socioeconômicos em que assentou tradicionalmente o seu desenvolvimento normativo e aos novos desafios resultantes dessas alterações. E essa capacidade de adaptação é um bom sinal da maturidade e da pujança dogmática deste ramo do direito⁴¹³.

Destarte, após ser analisada a construção teórica desenvolvida por Maria do Rosário Palma Ramalho, propõe-se o seguinte conceito: “o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão é aquele que explica e justifica axiologicamente as normas

⁴¹¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 978-979.

⁴¹² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 981.

⁴¹³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. 100 anos de direito do trabalho em Portugal: algumas notas. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, dez. 2019. *E-book* (não paginado).

juslaborais de matriz flexibilizadora que mitigam a proteção imediata do trabalhador para, tutelando interesses de gestão empresarial em algumas de suas soluções, viabilizar o desenvolvimento do vínculo de emprego”⁴¹⁴.

Assim como o princípio da proteção encontra na revelação da assimetria entre as partes uma de suas premissas fundamentais⁴¹⁵, o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão está lastreado no reconhecimento de que o vínculo de emprego atribui ao empregador significativos deveres e obrigações, a tal ponto que este também carece de um certo grau de “proteção”⁴¹⁶ para exercer a atividade empresária e gerar empregos, especialmente em um cenário de crise econômica. Paradoxalmente, no mais das vezes, essa “proteção” patronal se dá por meio da ampliação da liberdade para a gestão do negócio, enquanto a proteção do trabalhador se traduz em maior intervenção estatal sobre a relação de emprego.

Há, porém, de ser feita uma ressalva. O princípio da salvaguarda não deve ser compreendido como atrelado às ideias de que o direito do trabalho seria o principal culpado pela crise econômica e que a superação desta dependeria do rompimento com as normas protetivas da classe trabalhadora, em um cenário de império absoluto da autonomia da vontade.

A bem da verdade, o princípio da salvaguarda tem como principal objetivo *viabilizar o vínculo de emprego*, mormente em tempos de graves crises econômicas, sendo revelado como subjacente ao processo de adequação das normas juslaborais à dinamicidade do trabalho como fato social. Quer dizer, o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão não surge como “ataque” ao direito do trabalho, mas sim como uma ferramenta de aprimoramento que permitirá a subsistência do vínculo de emprego no contexto pós-industrial.

⁴¹⁴ O princípio da salvaguarda dos interesses de gestão, portanto, não deve ser confundido com o princípio da preservação da empresa, advindo do Direito Empresarial / Falimentar. Embora ambos sejam corolário do reconhecimento da função social da empresa, enquanto o *princípio da preservação* visa evitar a quebra empresarial, deixando o propósito liquidatório individual em segundo plano para, sempre que possível, dar preferência ao interesse coletivo de preservação da empresa (TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v.3: Falência e recuperação de empresas, p. 53-54), o *princípio da salvaguarda dos interesses de gestão* tem por objetivo acautelar o vínculo de emprego, tornando-o viável.

⁴¹⁵ A esse respeito, ver a seção 2.2.1 desta dissertação.

⁴¹⁶ A propósito, a terminologia “salvaguarda dos interesses de gestão” poderia ser perfeitamente substituída por “proteção dos interesses de gestão”, cabendo a opção pela primeira exclusivamente para evitar confusões com o tradicional princípio protetivo dos trabalhadores.

Se o princípio da proteção foi o responsável pela “independência” do direito do trabalho como ramo dotado de autonomia científica no marco fundacional, o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão, por meio de razoáveis medidas de adequação, poderá vir a ser o responsável pela longevidade da dogmática juslaboral.

3.1.2 Funções

Diante do exposto na seção anterior, defende-se três principais funções para o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão.

A primeira a que se dá destaque é a “função de justificação axiológica” das normas voltadas à “modernização” do direito do trabalho, permitindo, mesmo diante delas, a defesa da manutenção da autonomia dogmática juslaboral.

Ora, tendo a dogmática tradicional do direito do trabalho sido erigida em uma perspectiva de proteção unilateral do trabalhador, sendo este o seu principal traço distintivo face ao direito comum⁴¹⁷, a falta de uma fundamentação axiológica capaz de justificar as normas de matriz flexibilizadora que, em suas soluções, dão maior ênfase aos interesses empresariais, coloca em questão a subsistência da autonomia dogmática do direito do trabalho. Isto é, à medida em que deixa de perseguir o objetivo exclusivo da proteção do hipossuficiente e passa a apresentar traços voltados também aos interesses empresariais, poder-se-ia cogitar o fim do direito do trabalho pelo esgotamento de sua finalidade exclusivamente protetiva, que constituíra sua principal característica no momento fundacional em que concretizada a separação do direito comum. Afinal, se as normas que regulam a relação de emprego não são mais voltadas apenas à proteção, mas tutelam as partes da relação de uma forma mais harmônica, torna-se nebuloso o traço distintivo do direito do trabalho em detrimento do direito comum que, mesmo pressupondo um igual tratamento entre as partes, evoluiu para tutelar de uma forma mais sensível a parte débil⁴¹⁸.

O princípio da salvaguarda dos interesses de gestão, na “função de justificação axiológica”, viabiliza a superação desse problema, permitindo incorporar as normas

⁴¹⁷ Vide capítulo 2 desta dissertação.

⁴¹⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2018. v. I: direito europeu, dogmática geral, direito coletivo, p. 435.

flexibilizadoras dentro do edifício dogmático juslaboral como peças que nele se encaixam sem desencadear a sua erosão e retorno às matrizes do direito comum.

Pautado no reconhecimento de que ambas as partes possuem posições debitórias – não só o trabalhador (pela indiscutível assimetria inerente à dependência e subordinação, demandando tutela pelo princípio da proteção), mas também o empregador (pelas responsabilidades que lhe são atribuídas como empreendedor que viabiliza o vínculo e gera empregos, demandando tutela pelo princípio da salvaguarda dos interesses de gestão) –, o direito do trabalho moderniza-se para uma acepção mais harmônica com os desígnios constitucionais (art. 1º, inc. IV, da CRFB) e, ao mesmo tempo, fortalece-se dogmaticamente, sem colocar em questão o seu futuro como área jurídica autônoma a cada nova norma que venha a ser editada em padrões que não sejam exclusivamente voltados à proteção do trabalhador.

Afirma-se, portanto, que a “função de justificação axiológica” do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão relaciona-se com a manutenção da autonomia dogmática do direito do trabalho, ao passo em que permite estabelecer uma relação íntegra e coerente entre as normas laborais vigentes de matriz flexibilizadora e a dogmática contemporânea própria do direito do trabalho.

Reconhece-se, em segundo lugar, a “função informativa” do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão. Ela possibilita esclarecer quais são os objetivos a serem alcançados por meio de normas juslaborais flexibilizadoras, facilitando sua compreensão e inserção lógica dentro do sistema em uma operação dialética com o princípio da proteção. Trata-se, aqui, de reconhecer que tais normas que dão prevalência a certos interesses empresariais servem, sobretudo, para viabilizar o vínculo de emprego na forma complexa como ele é juridicamente regulado.

Quer dizer, a “função informativa” acarreta repercussões hermenêuticas, fornecendo uma moldura teórica do objetivo a ser atingido (maior liberdade de gestão ao empregador para viabilizar o vínculo de emprego) dentro da qual as normas flexibilizadoras devem ser interpretadas e aplicadas, propiciando a maximização do princípio que está subjacente a essas normas.

Em terceiro lugar, defende-se a “função de fundamentação decisória” do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão.

Como visto na seção 1.2.4 desta dissertação, a corrente pós-positivista atribui força normativa aos princípios. Funcionando como “mandados de otimização” que

apontam para um “dever ser ideal”, os princípios jurídicos dependem, para sua realização, das possibilidades fáticas (determináveis diante dos fatos do caso concreto) e das possibilidades jurídicas (determináveis diante dos demais princípios ou regras que a ele se contrapõem)⁴¹⁹.

Assim, a fundamentação das decisões de casos difíceis perpassa, no mais das vezes, pela solução de um problema de colisão entre princípios antagônicos segundo sua dimensão de peso, mediante a aplicação da regra da ponderação de Alexy: “quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio”⁴²⁰. O jusfilósofo alemão apresenta três níveis de aplicação da regra da ponderação:

No primeiro nível trata-se do grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio. A ele se segue, no próximo nível, a identificação da importância do cumprimento do princípio oposto. Finalmente, no terceiro nível, identifica-se se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele⁴²¹.

Nessa senda, face ao reconhecimento do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão, passa ele a desempenhar também a “função de fundamentação decisória” para a resolução de demandas em que, no caso concreto, reste vencedor após ser submetido à ponderação em detrimento do princípio da proteção.

A posição aqui adotada assemelha-se à defendida por André Araújo Molina, no sentido de que, a partir da Constituição de 1988⁴²², as demandas juslaborais devem ser resolvidas pela ponderação entre os princípios colidentes em cada caso concreto, e não mais sempre em favor do trabalhador mediante a aplicação “estática” do princípio da proteção⁴²³.

⁴¹⁹ ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book* (não paginado).

⁴²⁰ ALEXY, Robert. A construção dos direitos fundamentais. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book* (não paginado).

⁴²¹ ALEXY, Robert. A construção dos direitos fundamentais. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book* (não paginado).

⁴²² A questão constitucional será desenvolvida na seção 3.2.1 desta dissertação.

⁴²³ MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas**: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013, p. 231.

Porém, Molina não aponta um princípio específico a ser ponderado com o princípio da proteção, mas apenas fornece exemplo da aplicação do princípio da boa-fé em relações em que o empregado conta com maior autonomia negocial⁴²⁴. Pelo aqui exposto, o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão, na sua “função de fundamentação decisória”, cumpre esse papel de realizar o contraponto e, pela compreensão de seus fins, viabiliza que a ponderação com o princípio da proteção se dê de uma maneira menos generalizada e mais técnica.

3.2 Aplicação ao direito do trabalho brasileiro

Por se tratar, como visto, de uma construção advinda da doutrina portuguesa, no âmbito europeu, cuja legislação, cultura e desenvolvimento econômico e social são distintos da experiência brasileira, a internalização do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão não se dá de forma automática, mas deve ser criteriosamente analisada.

Assim, nesta seção será investigada a assimilação do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão pelo direito do trabalho pátrio.

3.2.1 Esteio constitucional

Preliminarmente ao cotejo dos dispositivos infraconstitucionais em tese capazes de ensejar o reconhecimento do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão, há de se perquirir sobre o esteio constitucional dessa proposta de renovação dogmática. Ora, não seria dotada do menor sentido qualquer digressão dogmática acerca da suposta assimilação de um novo princípio se este e suas normas justificantes restassem eivados de inconstitucionalidade.

Bem, como constata André Araújo Molina, ao definir os princípios regentes do país, as forças antagônicas da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 adotaram ideologias conflitantes⁴²⁵.

⁴²⁴ MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas**: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013, p. 231.

⁴²⁵ MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas**: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013, p. 208.

Isto se verifica, especialmente, pelo art. 1º da CRFB de 1988. Na importantíssima função de estabelecer aqueles que seriam os fundamentos da República em sua redemocratização, o poder constituinte originário optou por elencar, no seu inciso IV, simultaneamente, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Gilberto Stürmer enfatiza que o comando constitucional é de que o social e o econômico devem andar juntos, rompendo com a dicotomia “capital-trabalho”. Conforme o autor, “um não tem razão de ser sem o outro. Mais: um não se concretiza sem o outro”⁴²⁶. Nessa mesma senda, Ana Paula Tauceda Branco extrai que a disposição “lado a lado” de ambos os valores constitucionais, em um mesmo inciso, simboliza que os desígnios constitucionais não podem ser compreendidos apenas em função da lógica de só um desses princípios, ao passo que seu conteúdo vai muito além das evidências que cada qual deles isoladamente demonstraria⁴²⁷.

Outrossim, de acordo com Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa guardam íntima relação com o princípio geral de proteção à liberdade (tanto na dimensão profissional quanto econômica), bem como com a realização da dignidade da pessoa humana. Destacam que o art. 1º, inc. IV, da CRFB, possui um conteúdo essencialmente principiológico, estabelecendo determinado estado de coisas a ser atingido, sem, contudo, definir precisamente os meios para tanto⁴²⁸, de modo a exigir a concretização máxima da sua finalidade dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes⁴²⁹. Os autores complementam que o fundamento do Estado brasileiro não é apenas o trabalho humano ou a livre-iniciativa, mas os valores sociais de ambos, o que acarreta duas consequências:

Em primeiro lugar, a reunião das duas figuras em um só inciso implica não apenas a igual dignidade de ambas, mas também que a interpretação a ser dada ao dispositivo não pode ser extraída isoladamente, do valor social do trabalho ou da livre-iniciativa. Dito de outra forma, a técnica legislativa demonstra a importância conferida pelo constituinte à inter-relação dos dois valores. Nesse sentido, compreende-se que a Constituição garante a liberdade de iniciativa

⁴²⁶ STÜRMER, Gilberto. **Direito constitucional do trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23.

⁴²⁷ BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 73.

⁴²⁸ Observa-se que o art. 4º da Lei nº 13.87/2019, intitulada “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica” elenca algumas garantias decorrentes da livre iniciativa.

⁴²⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Os valores sociais da livre-iniciativa. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 275.

como uma forma de valorizar o trabalho humano, permitindo seu livre desenvolvimento; por sua vez, aquela liberdade só é exercida legitimamente se der ao trabalho seu devido valor.

Em segundo lugar, o uso da expressão “valores sociais” evoca uma ideia de transindividualidade: o fundamento da República não é constituído apenas pela livre iniciativa e pela valorização do trabalho, mas também, e especialmente, pela repercussão social de ambas as figuras. Impossível, portanto, não associar a “valores sociais” a noção de “função social” da maior relevância para a Constituição de 1988: o direito, mesmo em sua vertente subjetiva, é instituído para possibilitar e regular a coexistência minimamente pacífica dos indivíduos, sendo uma decorrência necessária da vida em sociedade. Por isso, exige-se que o seu exercício, mesmo que se cuide de direito tipicamente privado, atenda a uma finalidade social, gerando benefícios não apenas para o seu titular, mas também para toda a coletividade⁴³⁰.

A propósito, o Ministro Luiz Fux, na condição de relator do Recurso Extraordinário nº 958.252/MG (tema 725 da repercussão geral), paradigmático julgamento do STF em que reputada inconstitucional a vedação à terceirização da atividade fim⁴³¹, sustentou o voto condutor na equivalência e dialeticidade entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa:

Inaugura-se a nossa Carta Magna com o elenco dos fundamentos da República, reunindo, curiosamente, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa em um mesmo inciso (art. 1º, IV). A observação topográfica não é desimportante, pois denota que a inspiração axiológica do constituinte é refratária a uma suposta “guerra de classes”, senão que reputa essencial para o progresso dos trabalhadores brasileiros a liberdade de organização produtiva dos cidadãos, entendida esta como balizamento do poder regulatório para evitar intervenções na dinâmica da economia incompatíveis com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. Em outras palavras, os valores do trabalho e da livre iniciativa são intrinsecamente conectados, em uma relação dialógica que impede seja rotulada determinada providência como maximizadora de apenas um desses princípios. Não se pode legitimar, binariamente, a

⁴³⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Os valores sociais da livre-iniciativa. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 277.

⁴³¹ Ao final, por maioria, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade dos itens I, III, IV e VI da Súmula 331 do TST, e fixou a seguinte tese: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 958.252/MG**. Rel. Min. Luiz Fux, DF, 30 de agosto de 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília-DF, 13 de setembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021, p. 31.

intervenção restritiva em um sob o pretexto de homenagem ao outro, porquanto componentes de um mesmo núcleo comum e harmônico⁴³².

É importante observar que, como alerta Eros Grau, muitas vezes, o dispositivo do art. 1º, inc. IV, da CRFB é lido como, de um lado, os “valores sociais do trabalho”, e, de outro, a “livre iniciativa”, quando o correto seria o “valor social do trabalho” e, também, o “valor social da livre iniciativa”. Isso significa que a livre iniciativa não é tomada como fundamento da República em sua expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso⁴³³.

Pelo exposto, extrai-se que a Constituição da República reconhece a interdependência que há entre o trabalho e a livre iniciativa, apontando para a necessidade de o direito propiciar a conciliação de ambos os valores, de modo a maximizá-los tanto quanto possível.

Destarte, por constituir a contraface do princípio da proteção do trabalhador que justamente proporciona a dialeticidade enaltecida pela Carta Magna (trabalho-livre iniciativa), o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão é compatível com a Constituição da República, trazendo luzes à dogmática juslaboral para orientá-la conforme os desígnios constitucionais.

3.2.2 Período pré-reforma de 2017

Encontrou-se, na revisão literatura nacional publicada em data anterior à vigência da reforma trabalhista de 2017, autores de destaque que já defendiam a adequação do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão ao direito pátrio.

Guilherme Guimarães Feliciano destacara em 2005 que o princípio da compensação debitória complexa (composto pelos subprincípios da proteção do trabalhador e da salvaguarda dos interesses de gestão) tornou-se um princípio do direito do trabalho no mundo contemporâneo, enfatizando tratar-se de uma evolução sistemática do direito do trabalho:

⁴³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 958.252/MG**. Rel. Min. Luiz Fux, DF, 30 de agosto de 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília-DF, 13 de setembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021, p. 31.

⁴³³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 202.

Nota-se, aqui, uma irrecusável evolução sistemática do Direito do Trabalho, mais coerente com o princípio democrático e com a vocação pluralista dos Estados Democráticos de Direito. Rompe-se com um paradigma ideológico que se justifica sob a lógica política do fascismo, na qual o papel do Estado era coordenar, “*ex auctoritas*”, as corporações profissionais e econômicas. E, ao mesmo tempo, não se perde de vista o cerne maior da proteção jurídico-laboral, a saber, a especial vulnerabilidade dos trabalhadores subordinados, cuja dignidade humana ergue-se como anteparo intransponível diante do exercício voluntarioso do poder hierárquico do empregador⁴³⁴.

Conforme Guimarães Feliciano, somente o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão poderia justificar a dispensa do empregado que goza de garantia provisória no emprego por motivos disciplinares, técnicos, econômicos ou financeiros (art. 165, *caput*, da CLT); o exercício do *jus variandi* pelo empregador (arts. 61, 468, § 1º, 469, § 1º, da CLT); bem como os contratos de trabalho a prazo determinado (art. 443, § 1º, da CLT), a tempo parcial (art. 58-A da CLT) e temporários (Lei nº 6.019/1974)⁴³⁵, ao passo que tais institutos reduzem o espectro protetivo ao trabalhador para atender interesses empresariais.

Outrossim, ao abordar as tendências do direito do trabalho em publicação datada de 2010, Amauri Mascaro Nascimento defendeu que “além da proteção do trabalhador, a lei, em uma das direções, salvaguarda os interesses da gestão empresarial e a dogmática não absorveu inteiramente esse fenômeno”⁴³⁶. Em seu curso de direito do trabalho, na edição publicada em 2014, verifica-se que Mascaro Nascimento também teceu considerações de comparação entre a obra clássica de Plá Rodriguez e a doutrina portuguesa contemporânea, ressaltando a pertinência desse estudo:

Comparadas as duas construções teóricas, a de Plá Rodriguez, fundamental para os estudos do tema, e a dos críticos contemporâneos, verifica-se que naquela construção há uma concepção universalista e unilateralista nem sempre coincidente com a realidade do direito positivo de um país em determinado momento, enquanto as proposições dos autores portugueses mostram uma

⁴³⁴ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 27, p. 85-105, jul./dez. 2005, p. 94.

⁴³⁵ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 27, p. 85-105, jul./dez. 2005, p. 104.

⁴³⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. As novas tendências do direito do trabalho, **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 36, p. 21-36, 2010, p. 32.

concepção dialética e multilateral, vindo no sistema legal a base do suporte dogmático dos princípios doutrinários.

Admitem a compensação – referem-se ao desequilíbrio entre os sujeitos do contrato de trabalho – necessária em favor do empregado diante da sua posição subordinada no contrato individual de trabalho, porém reconhecem que ao empregador o direito do trabalho faz concessões e atribui poderes inerentes a toda a organização para que se viabilize como tal, entre os quais o poder diretivo, sem pôr em causa o valor da proteção do trabalhador, mas permitindo, no enunciado dos princípios, o reposicionamento da atual crise do direito do trabalho na procura de respostas para os desafios que enfrenta.

[...]

Tratar do tema no período contemporâneo é um desafio dos mais instigantes para quem deseja compreender em toda a sua complexidade o mundo das ideias fundantes do direito do trabalho. Uma nova visão do tema está surgindo, adequada aos imperativos da época que atravessamos e às crises econômicas que caminham na história com o direito do trabalho⁴³⁷.

Oliveira e Dorneles, por outro lado, em sua obra igualmente publicada no marco anterior à reforma de 2017, embora reconhecessem que “a abordagem dos princípios restaria incompleta sem, ao menos, uma referência ao que Palma Ramalho chama de ‘princípio da salvaguarda dos interesses de gestão’”, reputavam ainda ser muito difícil afirmar peremptoriamente a existência desse princípio no ordenamento brasileiro, embora, em algumas hipóteses, a legislação juslaboral pátria já admitisse a restrição de mecanismos protetivos em prol da razão empresarial, como o exercício do *jus variandi* no plano individual, e, no direito coletivo do trabalho, a manutenção dos serviços cuja paralisação resultaria em prejuízo irreparável durante a greve (art. 9º da Lei nº 7.783/1989)⁴³⁸.

3.2.3 Cotejo de dispositivos reformistas que assimilam o princípio

Foi com a reforma trabalhista instituída a partir do ano de 2017 que o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão alcançou papel de protagonismo, passando a corresponder à justificação axiológica de diversos dispositivos vigentes no direito do trabalho pátrio e, por isso, a merecer destaque na dogmática juslaboral.

⁴³⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 349.

⁴³⁸ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 32.

Frisa-se que, como a abordagem desta dissertação é dogmática e, portanto, busca extrair do ordenamento vigente os seus princípios orientadores, apresentar-se-á os dispositivos que sustentam a assimilação do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão.

a) Terceirização da atividade-fim (arts. 4º-A e 5º-A da Lei nº 6.019/1974)

A admissão da terceirização da atividade-fim consubstancia uma das principais referências de assimilação do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão pelo ordenamento jurídico pátrio a partir da reforma trabalhista encetada em 2017.

Apesar de ter se tornado um fenômeno global de grande impacto sobre as relações laborais, com indiscutível relevância social, no Brasil, por décadas, a terceirização foi implementada em um cenário árido de ausência de regramento legal da matéria. Restando ao Poder Judiciário a tarefa de resolver os conflitos decorrentes dessa espécie de organização produtiva, historicamente, a jurisprudência mostrou-se refratária à terceirização.

Consoante se verifica da Súmula 256 do TST⁴³⁹, editada em 1986, somente era admitida a terceirização nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, pois, nessas hipóteses, a legislação de referência autorizava que a prestação dos serviços pelos trabalhadores se desse de forma intermediada por uma empresa contratada. Posteriormente, com o advento da Súmula 331 do TST⁴⁴⁰, editada em 1993, o rol de permissões foi estendido para também admitir a terceirização dos serviços de conservação e limpeza, bem como dos serviços especializados, ligados à atividade-meio do tomador. Paralelamente a essa ampliação, na ausência de uma regulação específica da terceirização pela lei, a jurisprudência buscou fundamento nos institutos civilistas da culpa *in contrahendo*, *in eligendo* e *in vigilando*, bem como

⁴³⁹ Súmula 256 do TST: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

⁴⁴⁰ Súmula 331 do TST: “I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). [...] III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”.

nos dispositivos dos artigos 186, 187, 927 e 942 do Código Civil, para disciplinar a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, cristalizada no item IV da Súmula 331 do TST⁴⁴¹.

Assim, conforme Luciano Martinez, em sua definição tradicional, a terceirização era entendida como a técnica de produção segundo a qual uma empresa, visando concentrar esforços na consecução do seu objeto social (atividade-fim), contrata outra empresa, entendida como periférica, para lhe dar suporte em serviços que lhe pareçam meramente instrumentais, tais como limpeza, segurança, transporte e alimentação (atividades-meio)⁴⁴².

No entanto, rompendo com a dogmática tradicional, a Lei nº 6.019/1974, que era exclusivamente voltada à regulação do trabalho temporário, fora sucessivamente modificada pelas Leis nº 13.429, de 31 de março de 2017, e 13.467, de 13 de julho de 2017, para acrescentar uma série de dispositivos voltados a disciplinar a “prestação de serviços a terceiros”, destacando-se os artigos 4º-A, *caput* e § 2º⁴⁴³, e 5º-A, *caput*⁴⁴⁴, nos quais passou a ser expressamente admitida a terceirização da atividade-fim ou principal do tomador dos serviços. A partir de então, o conceito de terceirização é modificado por Luciano Martinez, que passa a defini-la como a técnica de produção segundo a qual uma empresa, entendida como tomadora ou cliente, *por conveniência ou oportunidade*, contrata outra empresa, compreendida como prestadora, para prestar-lhe qualquer serviço em uma das suas atividades, *inclusive no âmbito de sua atividade principal*⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Súmula 331 do TST: “IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”.

⁴⁴² MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 300.

⁴⁴³ Art. 4º-A da Lei 6.019/1974 (redação dada pela Lei 13.467/2017): “Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. [...] § 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante”.

⁴⁴⁴ Art. 5º-A da Lei 6.019/1974 (redação dada pela Lei 13.467/2017): “Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal”.

⁴⁴⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 301.

Portanto, cabe a observação de que, enquanto a dogmática tradicional do direito do trabalho vedava a terceirização da atividade-fim, de modo a limitar as possibilidades de gestão empresarial em prol de uma maior proteção do trabalhador, sob a constatação de que trabalhadores terceirizados, via de regra, contam com remuneração e condições de trabalho inferiores comparativamente àquelas reservadas aos empregados da tomadora⁴⁴⁶, essa lógica é alterada a partir das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, que passam a outorgar maior liberdade às empresas na alocação de seus recursos e na gestão da mão de obra, podendo optar por terceirizar segmentos de sua atividade, desimportando o grau de relevância destes para o objeto social.

Como visto, a admissão da terceirização da atividade-fim fora referendada pela Suprema Corte no julgamento do Recurso Extraordinário nº 958.252/MG (tema 725 da repercussão geral). Embora não estivesse em causa o controle concentrado de constitucionalidade dos artigos 4º-A e 5º-A da Lei nº 6.019/1974, mas sim o controle difuso de constitucionalidade da Súmula 331 do TST, o STF entendeu, por maioria, pela licitude da terceirização, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mesmo antes da vigência das Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017. O voto condutor do julgamento, proferido pelo Ministro Relator Luiz Fux amparou-se na dialeticidade entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV, da

⁴⁴⁶ De acordo com Jorge Luiz Souto Maior, a terceirização desvincula-se da função histórica do direito do trabalho, que é o da proteção do trabalhador. Segundo o autor, embora seja apresentada como método de eficiência da produção, a terceirização acaba por forçar as empresas prestadoras de serviço a precarizarem as relações de trabalho, para, com a diminuição do custo-da-obra, oferecerem serviços a um preço mais acessível, ganhando, assim, a concorrência perante outras empresas prestadoras de serviço. Souto Maior aponta como exemplo dessa precarização que os trabalhadores deixam de ser considerados como empregados da empresa onde prestam seus serviços, com a óbvia redução de salários; que os terceirizados acabam sendo “deixados de lado” pela tomadora, até para que não se diga que houve subordinação direta; e que há uma irresponsabilidade concreta quanto à proteção dos trabalhadores terceirizados, que não se integram à CIPA e não tendo representação sindical no ambiente de trabalho, subordinam-se a trabalhar nas condições que lhe são apresentadas, sem possibilidade de rejeição institucional. MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A terceirização sob uma perspectiva humanista*. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, v. 1, p. 1235-1248, set. 2012.

CRFB)⁴⁴⁷, bem como na afirmação de que a terceirização apresentaria benefícios tanto à empresa⁴⁴⁸ como aos trabalhadores em geral⁴⁴⁹.

Independentemente do mérito da terceirização da atividade-fim como política juslaboral e do debate que lhe é inerente – se a sua admissão precariza ou não as relações de trabalho –, uma constatação é inegável: o disposto nos artigos 4-A e 5º-A da Lei nº 6.019/1974, com a redação dada pelas Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, imprime no ordenamento jurídico pátrio uma nítida feição de salvaguarda dos interesses de gestão, ao passo em que é maximizada a liberdade da empresa para a alocação dos recursos e gestão da mão de obra. Nessa extensão, demonstra-se a assimilação pelo ordenamento jurídico pátrio do princípio que constitui o objeto desta investigação.

⁴⁴⁷ Este ponto do julgamento fora objeto de análise na seção 3.2.1 desta dissertação.

⁴⁴⁸ “A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xvi) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 958.252/MG**. Rel. Min. Luiz Fux, DF, 30 de agosto de 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília-DF, 13 de setembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021, p. 5-6.

⁴⁴⁹ “A terceirização, segundo estudos empíricos criteriosos, longe de “precarizar”, “reificar” ou prejudicar os empregados, resulta em inegáveis benefícios aos trabalhadores em geral, como a redução do desemprego, diminuição do *turnover*, crescimento econômico e aumento de salários, permitindo a concretização de mandamentos constitucionais como ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’, ‘redução das desigualdades regionais e sociais’ e a ‘busca do pleno emprego’ (arts. 3º, III, e 170 CRFB). [...] A realidade brasileira, apurada em estudo específico, revela que ‘os trabalhadores das atividades de Segurança/vigilância recebem, em média, 5% a mais quando são terceirizados’, que ‘ocupações de alta qualificação e que necessitam de acúmulo de capital humano específico, como P&D [pesquisa e desenvolvimento] e TI [tecnologia da informação], pagam salários maiores aos terceirizados’, bem como afirmou ser ‘possível que [em] serviços nos quais os salários dos terceirizados são menores, o nível do emprego seja maior exatamente porque o ‘preço’ (salário) é menor’”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 958.252/MG**. Rel. Min. Luiz Fux, DF, 30 de agosto de 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília-DF, 13 de setembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021, p. 7.

b) Prevalência do negociado sobre o legislado (arts. 611-A e 611-B da CLT)

Se antes a doutrina especializada amplamente majoritária não admitia a negociação coletiva prejudicial ao trabalhador além das três exceções constitucionais (art. 7º, inc. VI, XIII e XIV, da CRFB), voltadas ao gerenciamento de crises, a partir da inclusão dos artigos 611-A⁴⁵⁰ e 611-B⁴⁵¹ à CLT pela Lei nº 13.467/2017, o reformador

⁴⁵⁰ Art. 611-A da CLT: “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa”.

⁴⁵¹ Art. 611-B da CLT: “Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV - salário mínimo; V - valor nominal do décimo terceiro salário; VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII - salário-família; IX - repouso semanal remunerado; X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI - número de dias de férias devidas ao empregado; XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX - aposentadoria; XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX - tributos e outros

pretendeu aumentar significativamente o rol de direitos passíveis de redução⁴⁵², resultando na própria “descaracterização da negociação coletiva como um instrumento essencialmente promotor de melhoria da condição social do trabalhador”^{453 454}, embora tenha restado mantido o sistema de unicidade sindical obrigatória⁴⁵⁵.

Nesse contexto, Enoque Ribeiro dos Santos sustenta que a interpretação do direito do trabalho brasileiro passa a ser bidimensional, isto é, a mesma lei deve ser “imperativa” e “irrenunciável” no contrato individual de trabalho e “dispositiva”, “facultativa”, “supletiva”, no âmbito do direito coletivo do trabalho, eis que entre os entes coletivos não há a premissa de desigualdade a macular a manifestação da sua vontade⁴⁵⁶.

Esse entendimento, inclusive, já havia sido exposto pelo Supremo Tribunal Federal em duas oportunidades anteriores à reforma. Inicialmente, no Recurso Extraordinário 590.415, julgado em abril de 2015, cuja relatoria incumbiu ao Ministro Luís Roberto Barroso, restou definido que, em se tratando de plano de dispensa incentivada (PDI) que esteja amparado em negociação coletiva, a quitação do contrato

créditos de terceiros; XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação”.

⁴⁵² Giza-se que o artigo 611-A da CLT traz em seu bojo a expressão “entre outros”, sugerindo que o rol apresentado em seus incisos é meramente exemplificativo, somente encontrando limitações no artigo 611-B da CLT, relacionadas às normas que encontram agasalho constitucional.

⁴⁵³ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedêutica juslaboral. *In*: STÜRMER, Gilberto; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. (org.). **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 82.

⁴⁵⁴ O reformador preocupou-se em criar amarras para impedir embaraços ao novo sistema, inserindo o § 3º ao artigo 8º da CLT para disciplinar que, no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, o juiz analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico (art. 104 do Código Civil), balizando a sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. A respeito do tema, ver DORNELES, Leandro do Amaral D. de; JAHN, Vitor Kaiser. As balizas da intervenção da justiça do trabalho sobre os instrumentos da vontade coletiva e a possibilidade de superação *in concreto* da regra contida no artigo 8º, § 3º, da CLT. *In*: IV Seminário Internacional de Pesquisa (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo: o futuro do trabalho, 2019, Ribeirão Preto. **Anais Seminário (RE) Pensando o Trabalho Contemporâneo**. Franca: UNESP- FCHS, 2019. v. 3. p. 295-311.

⁴⁵⁵ Vólia Bomfim Cassar denuncia a incompatibilidade da prevalência do negociado sobre o legislado em um sistema de unicidade sindical, ao passo que as normas coletivas são aplicáveis a associados e não associados de toda a categoria da base territorial, sem conceder ao trabalhador a prerrogativa de escolha do melhor sindicato. CASSAR, Vólia Bomfim. Flexibilização dos direitos trabalhistas: prevalência do negociado coletivamente sobre o legislado. **Revista de direito do trabalho**, v. 187, p. 91-107, mar. 2018.

⁴⁵⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Negociação coletiva de trabalho**. 3. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 194.

é ampla, geral e irrestrita, não limitada às parcelas e valores efetivamente pagos, de modo a assim se definir que a vontade coletiva poderia rechaçar o disposto no artigo 477, § 2º, da CLT, ainda que caracterizado prejuízo ao trabalhador⁴⁵⁷. Após, no Recurso Extraordinário 895.759, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado em dezembro de 2016, o Supremo entendeu possível afastar a obrigação de pagamento das horas *in itinere* em transporte oferecido pelo empregador quando assim fosse estipulado em negociação coletiva, de modo a afastar a aplicação do disposto no § 2º do artigo 58 da CLT, na redação então vigente⁴⁵⁸.

Assim, com os artigos 611-A e 611-B inseridos à CLT pela Lei nº 13.467/2017, e como já havia sido convalidado pelo Supremo nos Recursos Extraordinários nº 590.415/SC e 895.759/PE, a negociação coletiva deixa de ser exclusivamente voltada à melhoria da condição social dos trabalhadores, passando a também ser manejada como um instrumento para o empregador adequar seus custos, gerir seus recursos humanos e adequar sua empresa, com ampla liberdade negocial⁴⁵⁹. Quer dizer, a negociação coletiva passa a constituir instrumento também voltado à salvaguarda dos interesses de gestão dos empregadores, de modo a demonstrar a assimilação do princípio investigado.

c) Prevalência do acordo coletivo sobre a convenção coletiva (art. 620 da CLT)

Tradicionalmente, em consonância com o subprincípio protetor da aplicação da norma mais benéfica, a legislação laboral tinha por regra que as condições estabelecidas em convenção coletiva deveriam prevalecer sobre as estipuladas em acordo coletivo quando fossem mais benéficas.

⁴⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 590.415/SC**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DF, 30 de abril de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília-DF, 29 de maio de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306937669&ext=.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2021.

⁴⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 895.759/PE**. Rel. Min. Teori Zavascki, DF, 09 de dezembro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília-DF, 29 de maio de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311840680&ext=.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2021.

⁴⁵⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Negociação coletiva de trabalho**. 3. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 100.

Contudo, com a Lei nº 13.467/2017, a redação do art. 620 da CLT fora alterada para disciplinar que: “as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”, de modo que o critério da especialidade é sobreposto ao da norma mais benéfica para definir qual o instrumento aplicável⁴⁶⁰.

Isto é, uma vez que, como visto, passa-se a admitir a prevalência do negociado sobre o legislado (arts. 611-A e 611-B da CLT), sendo o acordo coletivo o instrumento voltado por excelência ao atendimento das especificidades das relações de emprego desenvolvidas no seio de uma ou mais empresas (art. 611, § 1º, da CLT), a prevalência do acordo coletivo sobre a convenção coletiva, independentemente de qual for a norma mais benéfica *in casu*, vem cimentar a conclusão de que a negociação coletiva passa a ser um instrumento não exclusivamente voltado à melhoria da condição social do trabalhador, mas que também serve à efetividade do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão.

d) Prevalência da negociação individual do *hipoempregado*⁴⁶¹ sobre a lei e os instrumentos coletivos (art. 444, parágrafo único, da CLT)

O artigo 444, *caput*, da CLT, estabelece as balizas da estipulação individual de cláusulas e condições de trabalho, sujeitando-a às restrições impostas pela legislação, pelas normas coletivas e às decisões das autoridades competentes. É nesse dispositivo que está fundada a liberdade de fixação do salário a ser percebido pelo empregado, do turno em que o trabalho será exercido, bem como as funções exigidas e demais cláusulas acessórias, havendo, porém, de ser observada a submissão aos

⁴⁶⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 127.

⁴⁶¹ Encontra-se, na literatura atual, diversos autores que denominam o trabalhador descrito no parágrafo único do art. 444 da CLT como “*hipersuficiente*” (p. ex. MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 106). Contudo, ante a dificuldade de se cogitar alguém que seja “hipersuficiente” (pois, *s.m.j.* “hipossuficiente” é antônimo de “autossuficiente”, e não de “hipersuficiente”), adota-se a nomenclatura “hipoempregado”, em conformidade com a doutrina de Martins Catharino que, reconhecendo diferentes grau de subordinação, distingue entre o “hiperempregado” (*v. g.* servente, que possui um alto grau de subordinação) e o “hipoempregado” (*v.g.* gerente ou superintendente, que está sujeito a uma subordinação mais rarefeita). CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 1, 209-214.

preceitos legais e decorrentes de instrumentos coletivos. A título de exemplo, a liberdade de estipulação de salário não pode afrontar o mínimo estabelecido por lei, tampouco eventual piso salarial previsto em norma coletiva.

Assim, verifica-se que, via de regra, o objetivo do ajuste individual é o da ampliação de direitos, estabelecendo a lei um “direito mínimo” que não pode ser vilipendiado, a partir do qual as partes são livres para pactuar cláusulas que visem à melhoria da condição social do trabalhador (art. 7º, *caput*, da CRFB). Portanto, o *caput* do artigo 444 da CLT apresenta-se em perfeita sintonia com os princípios tradicionais da proteção e da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

Porém, a reforma trabalhista instituída pela Lei nº 13.467/2017 inseriu um parágrafo único ao artigo em tela, alargando consideravelmente as balizas negociais do contrato individual quando o empregado contar com diploma de curso superior⁴⁶² e remuneração igual ou mais elevada que o dobro do limite máximo dos benefícios da previdência social⁴⁶³, com a indicação de que este poderá se sobrepor aos ditames legais na forma do artigo 611-A da CLT, com preponderância sobre os instrumentos coletivos. Verifica-se, pois, que no parágrafo único do artigo 444 da CLT está inserido o grau mais intenso de modulação do princípio da indisponibilidade⁴⁶⁴.

Ou seja, de acordo com novel artigo 444, parágrafo único, da CLT, aquele que for detentor de diploma de nível superior e receber remuneração igual ou equivalente a R\$ 12.867,14 mensais poderá negociar um amplo rol de direitos trabalhistas assegurados por lei por meio de mero ajuste individual, desde que as disposições não esbarrem na cláusula de barreira do art. 611-B da CLT. Traz consigo a concepção de que, uma vez formalmente superada a hipossuficiência econômica e técnica do empregado, este é alçado a uma situação de paridade negocial perante o

⁴⁶² Conforme Homero Batista Mateus da Silva, é necessário atentar à “queda livre em que se encontra a qualidade dos bacharelados brasileiros e a proliferação dos cursos vagos, à distância e sem compromisso com o conteúdo. Mas isso pertence a outro âmbito de discussão”. SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 98.

⁴⁶³ Valor este que, no presente ano de 2021, corresponde a R\$ 12.867,14, haja vista o valor-teto de R\$ 6.433,57 estabelecido na Portaria nº 477/2021 da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.

⁴⁶⁴ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedêutica juslaboral. In: STÜRMER, Gilberto; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. (org.). **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 78.

empregador, pressuposto este que fora historicamente reservado aos entes sindicais e retirado do âmbito individual.

A saída até então encontrada pelo direito do trabalho para equacionar o exercício da autonomia da vontade com a subordinação foi transplantar esta do seu terreno individual para o coletivo⁴⁶⁵, uma vez que, não sendo o ente sindical subordinado ao empregador, não estaria ele sujeito a sofrer pressões ou retaliações⁴⁶⁶. Conforme Supiot:

Foi a invenção do coletivo, e dos seus correlatos – os direitos coletivos, as liberdades coletivas, a negociação e as convenções coletivas –, que permitiu sair dos impasses da submissão voluntária e definir um direito em que a subordinação e a liberdade pudessem coabitar. A dimensão coletiva das relações de trabalho só tem sentido, em direito francês, na perspectiva da superação das aporias da subordinação da vontade. O reconhecimento das liberdades coletivas dos trabalhadores radica, como vamos ver, na privação de liberdade inerente ao contrato individual de trabalho⁴⁶⁷.

Tal outorga do exercício da autonomia ao ente coletivo fazia do sistema harmônico: conciliava a tensão entre autonomia e subordinação. Protegia o empregado, evitando que dele o empregador exigisse alguma renúncia, uma vez que não teria poderes para fazê-la. Se de um ajuste necessitasse o polo patronal, este teria que entrar em acerto com o sindicato, o qual, por sua vez, teria forças para exercer a autonomia da vontade em sua integralidade, avaliando os prós e contras do negócio para o trabalhador e podendo exigir contrapartidas.

A reforma, porém, colocou em xeque esse sistema de condicionamento do exercício da autonomia da vontade mediante transferência ao plano coletivo. A presunção da reforma é outra: a hipovulnerabilidade negocial estaria conjugada a supostas hipovulnerabilidades econômica e técnica⁴⁶⁸, concluindo o legislador que

⁴⁶⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 158.

⁴⁶⁶ “Tendo em vista que agem em nome do grupo (os sindicatos), atuam com liberdade, sem a pressão ou possibilidade de retaliação por parte do empregador, poupando o trabalhador, que certamente sofreria perseguições, se enfrentasse sozinho a negociação”. CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2018, p. 1254.

⁴⁶⁷ SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Tradução de António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 165.

⁴⁶⁸ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedêutica juslaboral. In: STÜRMER, Gilberto; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. (org.). **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 78.

trabalhadores que auferem um melhor salário e possuem formação em grau superior estão em condições de igualdade negocial para com o empregador⁴⁶⁹. O novo parâmetro instituído pela reforma, de certo modo, guarda relação com a doutrina de André Araújo Molina⁴⁷⁰.

Destarte, a partir da reforma trabalhista instituída pela Lei nº 13.467/2017, o acordo individual dos *hipoempregados* passa a também constituir instrumento hábil à salvaguarda dos interesses de gestão dos empregadores, com prevalência sobre a lei e normas coletivas⁴⁷¹, de modo a conformar o princípio da proteção e demonstrar a assimilação do princípio investigado.

e) Contrato de trabalho intermitente (arts. 443, § 3º, e 452-A, da CLT)

O contrato de trabalho intermitente, criado pela Lei nº 13.467/2017, é aquele no qual “a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses [...]” (art. 443, §3º, da CLT) sumariamente regulamentado nos parágrafos do art. 452-A da CLT⁴⁷².

⁴⁶⁹ Em sentido contrário, Oliveira e Figueiredo sustentam: “Percebe-se que a reforma trabalhista, que tanto evidenciara a autonomia da vontade do empregado como se a esse fosse possível exercer livremente suas aspirações, esvazia a matriz principiológica da qual erigiu o Direito do Trabalho, justamente a proteção e a regulação estatal. Ocorre que a proteção não se justifica apenas em razão da vulnerabilidade econômica do empregado, mas é necessária diante da situação de poder que tanto diferencia a relação de emprego das demais relações jurídicas”. OLIVEIRA, Lourival José de; FIGUEIREDO, Mayra Freire de. A reforma trabalhista e liberdade contratual: o direito ao trabalho construído sob a perspectiva puramente econômica. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 93-121, dez. 2017, p. 110.

⁴⁷⁰ “Em alguns casos limítrofes, quando as condições de negociação são equivalentes, econômica e faticamente, deve-se afastar a proteção para prestigiar a liberdade contratual das partes. Nesse caso extremo não há falar em eficácia do princípio da proteção para regular a situação concreta entre as partes contratantes. O que estamos a defender, nesse caso limítrofe, é a ineficácia episódica do princípio da proteção, nada obstante continue existente, válido e eficaz para a universalidade das situações, abstratamente consideradas”. MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas**: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013, p. 231.

⁴⁷¹ Dorneles reputa “manifestamente inconstitucional” o art. 444, parágrafo único, da CLT, no ponto em que dispõe que a negociação individual terá prevalência sobre a autonomia coletiva privada, por afronta ao art. 7º, inc. XXVI, da CRFB. DORNELES, Leandro do Amaral D. de. A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedêutica juslaboral. *In*: STÜRMER, Gilberto; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. (org.). **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 78-79.

⁴⁷² Importa frisar que a Medida Provisória nº 808/2017 havia preenchido uma série de lacunas deixadas pela Lei nº 13.467/2017 quanto à regulamentação do trabalho intermitente, definindo critérios para

Com a contratação na modalidade intermitente, as empresas que realizam suas atividades em ramos que possuem picos de demanda (v. g. restaurantes em datas especiais como o “dia das mães” ou o “dia dos namorados”), podem, pontualmente, convocar trabalhadores para a prestação de serviços quando estes forem necessários, não necessitando contratar um número expressivo de empregados por tempo integral, os quais consubstanciaríamos excedente de mão de obra nos dias de baixo movimento.

Embora se possa reconhecer uma certa conformação ao princípio da proteção, pois o contrato de trabalho intermitente consiste em uma modalidade em que o obreiro é remunerado se e quando trabalhar efetivamente, sendo mais precário do que o contrato de trabalho padrão⁴⁷³, deve-se atentar que, nos casos de demanda muito pontual, a prática revela que as empresas costumavam chamar trabalhadores como *freelancers*, remunerando-os apenas pelo dia trabalhado, sem quaisquer direitos relativos à relação de emprego, pelo o que o regramento do contrato de trabalho intermitente, nesses casos, pode até ser vislumbrado como um certo avanço protetivo.

Porém, a lei não restringe a adoção do trabalho intermitente em atividades muito pontuais, tampouco apresenta limites à sua utilização (apenas sendo excetuados os aeronautas, conforme dispõe o § 3º do art. 443). Nesse cenário, há uma nítida repercussão sobre o princípio da proteção do trabalhador, que deixa de contar com a segurança de uma remuneração mensal e resta sem previsibilidade quanto à jornada de trabalho, podendo ser ou não convocado para trabalhar.

Com efeito, a admissão do contrato de trabalho intermitente revela-se como mais uma manifestação da assimilação do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão pela reforma trabalhista, ao passo que amplia as possibilidades de o empregador gerir a mão de obra utilizada para o exercício da atividade empresária

cálculo das verbas rescisórias, prazo para pagamento da remuneração, aviso prévio, férias, licença-maternidade, auxílio-doença, entre outras. No entanto, a aludida MP caducou no dia 23 de abril de 2018, retornando-se à aridez normativa da Lei nº 13.467/2017 para essa espécie contratual.

⁴⁷³ Martins e Nunes classificam o trabalho intermitente como um contrato precário, dada a incerteza da remuneração a ser recebida pelo obreiro e a flexibilidade e imprevisibilidade da jornada de trabalho, ferindo o princípio da continuidade da relação de emprego e a noção de trabalho digno. MARTINS, Juliane Caravieri; NUNES, Círcia Araújo. Contratos de emprego precários no Brasil e na Argentina: estudo comparado entre o trabalho intermitente e o trabalho eventual. *Convergências e dissensões. Revista de Direito do Trabalho*, v. 209, p. 159-178, jan. 2020.

com a redução de custos mediante a contratação pontual de trabalhadores remunerados especificamente pelas horas trabalhadas quando há demanda.

f) Dispensa coletiva (art. 477-A da CLT)

No Brasil, no período anterior à vigência da Lei nº 13.467/2017, não havia qualquer regulamentação especificamente voltada às dispensas coletivas, razão pela qual estas foram tradicionalmente tratadas como dispensas individuais⁴⁷⁴.

Esse quadro, porém, foi alterado pelo Tribunal Superior do Trabalho a partir do julgamento do Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº 309/2009, que envolvia a dispensa coletiva de mais de 4.200 trabalhadores da Empresa Brasileira de Aeronáutica S/A (EMBRAER), no âmbito do qual fora definida a tese jurídica de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”. Exercendo o poder normativo, o TST lastreou a conclusão nas noções de Estado Democrático de Direito, de direitos humanos e de ordem constitucional e infraconstitucional democrática, bem como na posição de que, pela dispensa em massa se tratar de matéria de direito coletivo, seria imprescindível a intervenção sindical⁴⁷⁵. Segundo apontam Viegas, Rocha e Oliveira, o aludido julgamento

⁴⁷⁴ VIEGAS, Cláudia M. de Almeida Rabelo; ROCHA, Cláudio Jannotti da; OLIVEIRA, Marcos Paulo da Silva. A dispensa coletiva na reforma trabalhista e o emprego que “parece um sonho”: o luto pela perda do trabalho e o luto pela perda de direitos. **Revista dos Tribunais**, v. 1021, p. 277-296, nov. 2020.

⁴⁷⁵ “As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social [...]. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontrastável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que ‘a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores’. [...] A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social,

consubstanciou precedente judicial decisivo para a análise da validade das dispensas coletivas no Brasil a partir de então⁴⁷⁶, sendo entendida como imprescindível a prévia negociação coletiva para a dispensa em massa.

Opondo-se à adesão jurisprudencial ao precedente referido, o reformador ocupou-se de inserir o art. 477-A à CLT por meio da Lei nº 13.467/2017, para dispor: “as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”.

Ou seja, se na ausência de regramento específico das dispensas coletivas a Justiça do Trabalho havia exercido o poder normativo para declarar a necessidade de prévia negociação coletiva como condição de validade da dispensa coletiva, o reformador utilizou-se da Lei 13.467/2017 para cimentar a desnecessidade da intervenção sindical e a equiparação da dispensa em massa à individual⁴⁷⁷.

Frisa-se que o “caso EMBRAER”, que ensejou a fixação da tese pelo TST, encontra-se, atualmente, submetido à apreciação do STF no Recurso Extraordinário nº 999.435. Reconhecida a repercussão geral em 2013, a votação teve início neste ano de 2021. Até a conclusão desta pesquisa, houve a manifestação dos Ministros Marco Aurélio (relator), Nunes Marques e Alexandre de Moraes pelo provimento do

econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo [...]”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº 30900-12.2009.5.15.0000**. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DF, 10 de agosto de 2009. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília-DF, 04 de setembro de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/670390d2c88ece04f76346f2e5081589>. Acesso em: 12 mar. 2021.

⁴⁷⁶ VIEGAS, Cláudia M. de Almeida Rabelo; ROCHA, Cláudio Jannotti da; OLIVEIRA, Marcos Paulo da Silva. A dispensa coletiva na reforma trabalhista e o emprego que “parece um sonho”: o luto pela perda do trabalho e o luto pela perda de direitos. **Revista dos Tribunais**, v. 1021, p. 277-296, nov. 2020.

⁴⁷⁷ Não obstante, mesmo após a reforma trabalhista ainda são proferidas algumas decisões em sentido diametralmente oposto ao art. 477-A da CLT, como se vislumbra, exemplificativamente: a) da sentença exarada pela 52ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro nos autos da ACP nº 0100413-12.2020.5.01.0052, lavrada em 05/03/2021, no âmbito da qual a Churrascaria Fogo de Chão fora condenada a indenizar dano moral coletivo no montante R\$ 17.000.000,00 (dezessete milhões de reais) por ter despedido em torno de cem funcionários a partir de 20 de março de 2020, no início da pandemia do novo coronavírus; bem como b) das medidas liminares concedidas em 05/02/2021 pela 2ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP (ACP nº 0010097-70.2021.5.15.0102) e pela 3ª Vara do Trabalho de Camaçari/BA (ACP nº 0000053-72.2021.5.05.0133), nas quais, após ter anunciado o encerramento de suas atividades no Brasil, a montadora Ford restou proibida de dispensar seus trabalhadores em massa sem prévia negociação coletiva, sendo obrigada a manter o pagamento dos salários, sob pena de incidência de expressivas penalidades.

Recurso Extraordinário manejado pelo polo patronal para afastar a tese proposta pelo TST e fixar que: “a dispensa em massa de trabalhadores prescinde de negociação coletiva”, sob o fundamento de que o poder normativo da justiça do trabalho não autoriza a criação de obrigações além daquelas previstas no art. 10 do ADCT e na legislação própria, que devem prevalecer enquanto não editada a norma complementar. De outro lado, os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso votaram pelo desprovimento do recurso, entendendo pela manutenção do entendimento do TST ante a imprescindibilidade da prévia negociação coletiva para a dispensa em massa. O processo foi retirado do plenário virtual pelo pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, apresentado no dia 20 de maio de 2021, e aguarda reinclusão em pauta.

Destarte, ressaltando-se que a matéria, no seu viés constitucional, encontra-se submetida ao crivo da Suprema Corte, entende-se que a inserção do art. 477-A à CLT vem reforçar a assimilação do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão pelo ordenamento jurídico pátrio, ao passo que, com a conformação do princípio da proteção comparativamente à tese fixada pelo TST, o dispositivo em análise outorga maior liberdade à empresa para gerir seus recursos e mão de obra, com autonomia para encerrar suas atividades quando bem entender, de modo a não sofrer embaraços além das consequências previstas em lei para a dispensa de seus empregados (v.g. pagamento de verbas rescisórias com a indenização prevista no art. 10, inc. I, do ADCT).

g) Quitação decorrente de Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada (art. 477-B da CLT)

Outra manifestação da assimilação do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão é encontrada no artigo 477-B, inserido à CLT pela Lei nº 13.467/2017 para disciplinar que os planos de demissão voluntária ou incentivada previstos nos instrumentos de negociação coletiva são aptos a ensejar a quitação plena e irrevogável de direitos trabalhistas⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ Art. 477-B da CLT: “Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e

Em compasso com o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho havia, tradicionalmente, firmado a posição de que “a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo” (Orientação Jurisprudencial nº 270 da SBDI do TST, inserida em 2002).

No entanto, esse entendimento fora superado pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da reforma trabalhista instituída em 2017. No julgamento do Recurso Extraordinário 590.415/SC, ocorrido em abril de 2015, cuja relatoria incumbiu ao Ministro Luís Roberto Barroso, a Suprema Corte entendeu que, em se tratando de plano de dispensa incentivada que esteja amparado em negociação coletiva, a quitação do contrato é ampla, geral e irrestrita, não limitada às parcelas e valores efetivamente pagos, restando definido que a vontade coletiva poderia rechaçar o disposto no artigo 477, § 2º, da CLT, em virtude de, no campo coletivo, a manifestação da vontade não estar sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual⁴⁷⁹.

A inserção do art. 477-B à CLT veio no sentido de positivar aquilo que já havia sido decidido com repercussão geral pelo Supremo. Trata-se, pois, de mais uma manifestação de que a negociação coletiva não se presta apenas à promoção da melhoria da condição social do trabalhador, mas também constitui ferramenta de assimilação do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão, a possibilitar que a empresa obtenha a quitação geral e irrestrita das verbas trabalhistas, caso convença o sindicato obreiro e os trabalhadores a aceitá-la em regime de plano de demissão voluntária ou incentivada.

h) Banco de horas semestral (art. 59, § 5º, da CLT)

No período anterior à reforma trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho havia pacificado o entendimento de que a compensação de jornada mediante banco de

irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes”.

⁴⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 590.415/SC**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DF, 30 de abril de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília-DF, 29 de maio de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306937669&ext=.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2021.

horas somente poderia ser instituída por meio de negociação coletiva, consoante se extrai da Súmula 85, item V, do TST⁴⁸⁰.

Maurício Godinho Delgado apresenta a evolução da jurisprudência sobre a matéria ao longo dos anos. Segundo o autor, o disposto no art. 7º, inc. XIII, da Constituição de 1988⁴⁸¹, desencadeou grande debate doutrinário sobre qual seria o instrumento jurídico autorizador do estabelecimento da compensação de jornada. Para uma corrente, a Constituição teria claramente prestigiado a negociação coletiva e, portanto, toda e qualquer medida flexibilizadora demandaria tutela coletiva sindical, inclusive a compensação de jornada. Porém, prevaleceu o entendimento de que o regime compensatório clássico (o único existente à época) era mais benéfico ao trabalhador à medida em que propiciava a diminuição dos dias de trabalho ao longo da semana, motivo pelo qual não haveria impeditivo para que o seu ajuste se desse por meio de instrumento individual. O debate foi reaberto em 1998 com o advento da figura do banco de horas, que passou a permitir uma compensação muito mais extensa⁴⁸², e, portanto, com acentuado potencial lesivo ao trabalhador. Nesse quadro, a jurisprudência pacificou-se pela necessidade de autorização por negociação coletiva para os casos de banco de horas⁴⁸³.

Isto porque, no banco de horas, cumula-se a exigibilidade de prestação de horas suplementares sem prévio aviso e sem qualquer pagamento com a imprevisibilidade dos instantes de concessão das folgas compensatórias⁴⁸⁴, diferentemente da compensação semanal, entendida como mais benéfica ao trabalhador.

⁴⁸⁰ Súmula nº 85, item V, do TST: “As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade ‘banco de horas’, que somente pode ser instituído por negociação coletiva”.

⁴⁸¹ Art. 7º, inc. XIII, CRFB: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

⁴⁸² Originalmente, quando instituído o banco de horas, este tinha prazo de compensação máxima em 120 dias (Lei nº 9.601/1998), porém, poucos meses depois, a MP nº 1.709/1998 conferiu nova redação ao art. 59, § 2º, da CLT, autorizando a compensação em até um ano.

⁴⁸³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 1054-1057.

⁴⁸⁴ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 481.

A Lei nº 13.467/2017, porém, incluiu o § 5º ao art. 59 da CLT para dispor que o banco de horas semestral poderá ser pactuado mediante acordo individual escrito, de modo a facilitar a sua implementação, superando o entendimento jurisprudencial que exigia o instrumento coletivo⁴⁸⁵.

Ao transferir para o plano da negociação individual, a reforma facilita a implementação do banco de horas e, por via de consequência, passa o empregador a gozar de maior liberdade para dirigir o trabalho de acordo com as necessidades do empreendimento, podendo exigir horas suplementares quando há picos de demanda mediante a concessão de folga correspondente nos períodos de menor movimento, dentro de até seis meses. Trata-se, pois, de mais uma demonstração da assimilação do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão pelo ordenamento jurídico pátrio.

3.3 Tutela protetiva bilateral

Desde a sua origem, o direito laboral exerce a função de impor limites à exploração do trabalho pelo capital, visando torná-la menos gravosa ao trabalhador, sem, contudo, romper com o regime capitalista de busca de lucro pelo empresário e com certas particularidades inerentes ao trabalho subordinado. Quer dizer, há, no próprio DNA do direito do trabalho, uma feição de conciliação de interesses que são, por natureza, conflitantes *a priori* (lucro *versus* melhores condições de trabalho).

Não obstante, tradicionalmente, a dogmática trabalhista consolidou-se seguindo a vertente unilateral, isto é, de que a proteção do trabalhador (apenas dele) seria a razão de ser essencial do direito do trabalho⁴⁸⁶, não estando a salvaguarda dos interesses do empregador elencada como algo juridicamente tutelável no âmbito do direito do trabalho.

⁴⁸⁵ Maurício Godinho Delgado afirma que “o desrespeito à Constituição da República (art. 7º, XIII, CF) mostra-se claro. Afinal, trata-se de regime compensatório potencialmente desfavorável (banco de horas), sem garantias significativas para o trabalhador – o que torna imprescindível a intervenção do ser coletivo obreiro, o sindicato, via negociação coletiva trabalhista. A flexibilização trabalhista autorizada pela Constituição, em especial no art. 7º, XIII, tem de ser realizada mediante os instrumentos coletivos negociados”. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 1056.

⁴⁸⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 103.

Destoando dessa concepção unilateral, em publicação datada de 2002, Arion Sayão Romita já sustentava que não seria função do direito do trabalho proteger exclusivamente o empregado, mas sim regular a relação de emprego, dado que o reconhecimento de uma função protecionista estaria em descompasso com a bilateralidade do vínculo. Aceito o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, seria, então, de rigor, a aceitação de igual dose de proteção ao empregador, segundo Romita⁴⁸⁷. Sua posição, à época, não angariou maiores adeptos.

Hoje, porém, à medida em que passa a conjugar soluções de preservação do interesse empresarial ao lado da proteção do trabalhador, o direito do trabalho parece assumir a feição bilateral preconizada por Romita.

Reconhecer um direito do trabalho bilateral significa, em primeiro lugar (e aqui não há nada de novo), que a proteção do trabalhador permanece sendo um objetivo a ser seguido pelo direito do trabalho, sem o qual não haveria motivo para defendermos a autonomia dogmática dessa área jurídica, que justamente desmembrou-se do direito comum para proteger o hipossuficiente.

A proteção do trabalhador é, sempre foi e continuará sendo uma valoração fundamental à dogmática do direito do trabalho. Afinal, permanecem válidas as premissas de que os empregados são hipossuficientes, dependendo do salário para fazer frente às necessidades de subsistência própria e de sua família⁴⁸⁸, bem como de que o trabalho subordinado estabelece uma relação de poder, pois as ordens emanadas pelo empregador repercutem sobre a própria pessoa do empregado (impossibilidade de separar a execução do trabalho da pessoa do trabalhador)⁴⁸⁹, fazendo deste objeto do contrato de trabalho⁴⁹⁰. Esses elementos, que revelam a assimetria entre os sujeitos da relação de emprego e justificam a necessidade de um direito do trabalho voltado à proteção do trabalhador hipossuficiente, continuam assimilados pelo ordenamento laboral vigente. Embora mitigado pela reforma, o

⁴⁸⁷ ROMITA, Arion Sayão. O princípio da proteção em xeque. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 4, n. 36, mai. 2002, p. 2. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/838>. Acesso em 08 jan. 2021.

⁴⁸⁸ CESARINO JÚNIOR, Antônio F. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980, p. 44-45.

⁴⁸⁹ KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de derecho del trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 36-37.

⁴⁹⁰ SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Tradução de António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 163.

princípio da proteção continua presente em princípios derivados e dispositivos-chave do direito do trabalho vigente, como reconhece Leandro do Amaral D. de Dorneles:

[...] O tom dado pelo princípio protetivo ainda está presente no sistema juslaboral. Para subsidiar esta afirmação temos dois argumentos principais. Em primeiro lugar, convém recordar que o núcleo essencial de direitos fundamentais dos trabalhadores arrolados no art. 7º da Constituição resta preservado – nem poderia ser diferente, afinal, trata-se de cláusula pétrea. Em segundo lugar, como defendemos no tópico anterior, a proteção, enquanto princípio fundamental (e, como tal, dotado de extrema abstração), apenas precisa seus contornos por intermédio de outros princípios derivados (mais específicos) ou de regras normativas estabelecidas. Nesse aspecto, não conseguimos visualizar, na reforma em comento, impactos diretos ou significativos em princípios protetivos derivados como o da primazia da realidade ou da liberdade associativa (sindical). Da mesma forma, determinados dispositivos-chave que traduzem verdadeiras cláusulas gerais de proteção e promoção de melhoria, tais como o art. 9º e o art. 468 *caput* da CLT, isoladamente, não foram alterados – embora, em uma leitura sistemática de confronto com outros dispositivos introduzidos, possam encontrar conformações. É verdade que podemos aferir impactos em regras demarcadas pelos princípios da continuidade, da proteção salarial e do *in dubio pro operario*, mas não a ponto de afastá-los por completo de nosso sistema. [...] O princípio da proteção, embora mitigado quando comparado com o sistema anterior, ainda se faz presente na regência das relações de trabalho brasileiras⁴⁹¹.

A “novidade” da reconstrução dogmática proposta está em reconhecer que, aliada à proteção do trabalhador, passa a também constituir traço característico da tutela juslaboral a salvaguarda dos interesses de gestão, amparada na premissa de que o vínculo de emprego atribui ao empregador significativos deveres e obrigações, a tal ponto que este também carece de um certo grau de “proteção” para exercer a atividade empresária e gerar empregos, especialmente em um cenário de crise econômica.

Passa-se, portanto, para uma concepção de tutela bilateral, mediante a conjugação de ambos os objetivos em uma visão paralela⁴⁹²: de um lado, protege-se o empregado por reconhecer a desigualdade material decorrente da assimetria que permeia a relação de trabalho subordinado; e, de outro, salvaguarda-se os interesses de gestão, visando, sobretudo, viabilizar o vínculo de emprego.

⁴⁹¹ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedêutica juslaboral. *In*: STÜRMER, Gilberto; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. (org.). **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 82-83.

⁴⁹² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 981.

É verdade que, no período anterior à vigência da reforma trabalhista o ordenamento já fornecia alguns indicativos da assimilação do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão pelo direito pátrio. Houve a substituição do regime estável pelo sistema do FGTS (art. 7º, incs. I e III, da CRFB de 1988, c/c art. 10, inc. I, do ADCT), o que ampliou consideravelmente os poderes de gestão dos empregadores. Ainda, seria possível reconhecer o princípio no exercício do *jus variandi* pelo empregador (arts. 61, 468, § 1º, 469, § 1º, da CLT), na viabilidade de fixação de banco de horas (art. 59, § 2º, da CLT), bem como nos contratos precários de trabalho temporário (Lei nº 6.019/1974), a prazo determinado (art. 443, § 1º, da CLT) e a tempo parcial (art. 58-A da CLT). Todos esses institutos, que não são novos, já indicavam a redução do espectro protetivo do trabalhador para o atendimento de interesses empresariais. No entanto, essas manifestações iniciais do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão não animaram a dogmática tradicional a incluí-lo em seu arcabouço principiológico.

O cenário foi alterado a partir da reforma trabalhista de 2017. Consoante delineado na seção anterior, somente o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão explica e justifica as normas que: a) autorizam a terceirização da atividade-fim (arts. 4º-A e 5º-A da Lei nº 6.019/1974); b) asseguram a prevalência do negociado sobre o legislado de forma não necessariamente vinculada à promoção da melhoria da condição social do trabalhador (arts. 611-A e 611-B da CLT); c) determinam a prevalência do acordo coletivo sobre a convenção coletiva, independentemente de qual seja a norma mais favorável (art. 620 da CLT); d) estabelecem a prevalência da negociação individual do *hipoempregado* sobre a lei e os instrumentos coletivos, ampliando o exercício da autonomia da vontade individual nas relações laborais (art. 444, parágrafo único, da CLT); e) autorizam a contratação na modalidade de trabalho intermitente (arts. 443, § 3º, e 452-A, da CLT); f) permitem que a dispensa em massa seja procedida sem quaisquer embaraços, não sendo exigida a intervenção sindical (art. 477-A da CLT); g) disciplinam que a quitação decorrente de Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada é plena e irrevogável de todos os direitos decorrentes da relação de emprego (art. 477-B da CLT); e que h) permitem a estipulação de banco de horas semestral por mera negociação individual (art. 59, § 5º, da CLT).

Embora sejam inegavelmente disruptivos com a dogmática tradicional, passados já mais de três anos de vigência da reforma trabalhista, esses dispositivos

foram inseridos ao ordenamento jurídico pátrio e estão produzindo efeitos, alguns deles já convalidados pelo Supremo Tribunal Federal. Devem, portanto, ser incorporados à dogmática em um processo de reconstrução do essencial, a fim de que se possa restabelecer uma relação íntegra, coerente e harmônica entre a dogmática do direito do trabalho e as normas juslaborais vigentes.

O direito do trabalho não mais persegue, exclusivamente, o objetivo da proteção unilateral do trabalhador, mas expande seus horizontes para preocupar-se, também, com a salvaguarda dos interesses de gestão do empregador. Em uma operação dialética de tutela bilateral, o intérprete deve buscar harmonizar essas duas grandezas da forma mais equilibrada possível, de tal modo que nenhum dos dois princípios seja aplicado de modo a sacrificar completamente o outro.

Destarte, torna-se viável reconhecer que a flexibilização da legislação laboral, com a aprovação de normas voltadas à salvaguarda dos interesses empresariais não desencadeia um processo de “crise” sobre a área juslaboral como um todo, mas, tão somente, sobre a visão tradicional de que o direito do trabalho corresponderia a um ramo unilateral voltado exclusivamente à proteção do trabalhador.

Frisa-se, a visão unilateral está em crise porque não mais consegue explicar e justificar o sistema pós-reforma trabalhista de modo coerente. Como ensina Palma Ramalho, a sobrevivência da autonomia dogmática do direito do trabalho perpassa pela sua necessária reconstrução mediante o reconhecimento de que a tutela trabalhista passa a ser bilateral, compreendendo tanto a proteção do trabalhador quanto a salvaguarda dos interesses de gestão⁴⁹³.

As valorações axiológicas que a dogmática juslaboral extrai do ordenamento funcionam como *lentes* para a interpretação das normas. Caso utilize as mesmas lentes de outrora (ajustadas na perspectiva unilateral), o intérprete não conseguirá compreender, com nitidez, as normas trabalhistas vigentes, pois destoam da lógica anterior, voltada exclusivamente à proteção do trabalhador. Assim como as lentes, de tempos em tempos, devem ter seu grau adaptado para que a representação da

⁴⁹³ “A relação dialética entre o princípio da proteção do trabalhador e o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador impede a caracterização do direito do trabalho como um direito unilateral e confirma seu caráter compromissório [...] O enunciado dos princípios laborais permite contextualizar a ‘crise’ do direito do trabalho como a crise de um dos seus valores (o valor da proteção do trabalhador) e não da área jurídica. O direito laboral poderá encontrar as respostas para os desafios que hoje enfrenta na conjugação de todos os seus valores” RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1037-1038.

realidade não sofra interferências, a dogmática contemporânea deve ser ajustada para acompanhar o processo de adequação das normas laborais ao trabalho que, como fato social, é dinâmico e está em constante transformação. É com novas lentes dogmáticas (ajustadas na perspectiva bilateral) que o intérprete conseguirá compreender o movimento pendular do direito do trabalho brasileiro vigente, o qual se afasta da perspectiva exclusivamente protetiva do trabalhador para, também, preconizar a salvaguarda dos interesses de gestão em uma operação dialética entre o social e a livre iniciativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de considerações finais, propõe-se a sintetização dos argumentos construídos a partir da revisão da literatura realizada ao longo do trajeto investigatório e reflexivo percorrido para a resolução da questão norteadora: “a reforma operada sobre o material normativo autoriza o reconhecimento de uma nova dogmática juslaboral, fundada não só no princípio protetivo do trabalhador, mas, também, no princípio da salvaguarda dos interesses de gestão?”

Para tanto, apresentou-se o conceito, as funções e a aplicação da dogmática jurídica, desvendando como se dá a sua interação com as normas no processo de sistematização do ordenamento. Apurou-se que, no paradigma dogmático, as normas são elevadas ao status de *dogmas* prefixados (elementos subtraídos da dúvida) que constituem pontos de partida necessários para as séries argumentativas, arquitetando o *iter* para uma resposta lógica sempre voltada a orientar a ação e viabilizar uma decisão, bem como permitindo a exploração de textos e experiências em um nível de flexibilidade, de modo que o intérprete passa a contar com uma gama de princípios, institutos e conceitos que sistematizam o direito posto em causa.

Abordadas as diferentes fases do pensamento jurídico, verificou-se que a teoria pós-positivista do direito confere força normativa aos princípios, os quais, então, passam a também consubstanciar pontos de partida para as séries argumentativas da dogmática contemporânea, apontando para um “dever ser ideal” a ser concretizado conforme as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Nessa senda, asseverou-se que a dogmática jurídica pós-positivista fornece elementos para o reconhecimento de princípios jurídicos subjacentes ao ordenamento, classificados como implícitos ou latentes, entendidos como aqueles que justificam axiologicamente um determinado conjunto de normas vigentes, de modo a definir a lógica e a racionalidade normativa, outorgando um sentido harmônico ao sistema com a compreensão do todo unitário.

Constatou-se que a modificação do direito vigente demanda um repensar da dogmática jurídica, alertando-se quanto aos perniciosos efeitos que podem decorrer da valorização excessiva do aspecto estabilizador da dogmática. Apontou-se o paradoxo de que negar a transformação, ou seja, deixar de fazer o esforço de reconstrução e incorporação do novo ao sistema jurídico dogmático, ao invés de

preservar a tradição, resulta na sua erosão e conseqüente perda do poder de sua força estabilizadora, ao passo que a dogmática restaria, então, divorciada do ordenamento jurídico que deveria lhe servir de esteio.

Adentrou-se, então, na dogmática juslaboral tradicional, entendida como matéria dotada de autonomia e arcabouço principiológico próprio que se separa do direito comum para fornecer uma regulação especial de tutela ao trabalhador hipossuficiente. Na obra de Plá Rodriguez, adotado como referencial teórico da principilogia desenvolvida na dogmática tradicional do direito do trabalho, verificou-se que os princípios vetores da concepção clássica – proteção (em suas três derivações do *in dubio pro operário*, aplicação da norma mais favorável e regra da condição mais benéfica), da irrenunciabilidade dos direitos, da continuidade, da primazia da realidade, da razoabilidade, da boa-fé e da não discriminação – foram fortemente marcados pela valoração fundamental da proteção do trabalhador, com o objetivo de atenuar a assimetria das partes que compõem a relação de emprego. Dessa forma, a dogmática juslaboral, em sua concepção tradicional, adotou a feição de ramo jurídico unilateral, voltado a fornecer um amparo claramente preferencial ao trabalhador.

No entanto, encontrou-se na literatura que as profundas transformações ocorridas em nível social, político e econômico no âmbito laboral desencadearam a flexibilização da legislação e, por conseqüência, a crise da dogmática tradicional. Os fatores extrajurídicos que amparavam a concepção de tutela unilateral – a relativa uniformidade da categoria dos trabalhadores; a grande empresa como unidade modelo de desenvolvimento dos vínculos; e a crença de sustentabilidade econômica do sistema laboral protetivo – foram sucessivamente alterados ao longo do tempo. O trabalhador diversificou-se pela tendência de universalização da tutela juslaboral; a grande indústria cedeu lugar a uma multiplicidade de modelos empresariais que adotam formatos de organização interna mais flexíveis e menos verticalizadas e hierarquizadas; e a crise petrolífera de 1973 e as que se sucederam ciclicamente desde então, com as flutuações econômicas atinentes, abalaram a crença na sustentabilidade econômica do direito do trabalho exclusivamente protetivo, desencadeando uma tendência de busca por redução dos custos associados ao trabalho subordinado. Asseverou-se, então, o processo de flexibilização da legislação laboral, em virtude do qual o direito do trabalho não mais mostra perseguir um objetivo

retilíneo de melhoria da condição social do trabalhador, revelando a fragilidade do princípio da proteção como a única valoração fundamental.

Visando a superação da crise teórico-valorativa do direito do trabalho, investigou-se a viabilidade de reconstrução da dogmática juslaboral mediante o reconhecimento do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão, entendido como a tutela destinada ao empregador, decorrente da compreensão de que a posição de domínio, bem como a possibilidade de organização da empresa e de persecução dos interesses de gestão com maior autonomia e liberdade, viabilizam o cumprimento dos amplos deveres que incumbem ao empregador no contrato de trabalho.

Constatou-se, pois, que em uma operação dialética, os princípios da proteção e da salvaguarda dos interesses de gestão compensam as posições debitórias das partes que compõem a relação de emprego mediante uma tutela bilateral, de modo a suprir as demandas laborais contemporâneas, sem que isto signifique retornar à dogmática do direito comum, eis que as suas soluções são encontradas e justificadas no seio do próprio direito do trabalho. Afinal, à medida em que o princípio da proteção – apontado pela dogmática tradicional como traço distintivo do direito do trabalho ante a concepção civilista – não mais explica integralmente os valores subjacentes às normas juslaborais vigentes na atualidade, o reconhecimento do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão, nascido no seio do direito do trabalho em atenção às especificidades da relação laboral, revela a manutenção da autonomia dogmática da área jurídica.

Desenvolveu-se, então, o seguinte conceito: “o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão é aquele que explica e justifica axiologicamente as normas juslaborais de matriz flexibilizadora que mitigam a proteção imediata do trabalhador para, tutelando interesses de gestão empresarial em algumas de suas soluções, viabilizar o desenvolvimento do vínculo de emprego”.

Foram atribuídas três funções fundamentais ao princípio investigado, as quais se interrelacionam: a) pela “função de justificação axiológica”, reconheceu-se que o princípio permite incorporar as normas flexibilizadoras dentro do edifício dogmático juslaboral como peças que nele se encaixam sem desencadear a sua erosão e retorno às matrizes do direito comum; b) pela “função informativa”, vislumbrou-se que o princípio fornece uma moldura hermenêutica para a compreensão dos objetivos a

serem atingidos pelas normas flexibilizadoras dentro do sistema laboral; e c) pela “função de fundamentação decisória”, relacionada com a força normativa dos princípios na dogmática pós-positivista, constatou-se que o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão pode servir como critério para a resolução de casos difíceis nas hipóteses em que se sagrar vencedor após a criteriosa ponderação de suas possibilidades fáticas e jurídicas concretas em detrimento do princípio da proteção.

Em seguida, analisou-se a assimilação do princípio investigado pelo ordenamento juslaboral brasileiro. Preliminarmente, fora reconhecido o esteio constitucional da reconstrução dogmática, constatando-se que, na importantíssima função de estabelecer aqueles que seriam os fundamentos da República em sua redemocratização, o poder constituinte originário de 1988 optou por elencar, no inciso IV do art. 1º da CRFB, simultaneamente, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Destarte, confirmou-se que, como contraface do princípio da proteção do trabalhador que justamente proporciona a dialeticidade enaltecida pela Carta Magna, o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão é compatível com a Constituição da República, trazendo luzes à dogmática juslaboral para orientá-la conforme os desígnios constitucionais.

Prosseguindo à análise da ordem infraconstitucional, no período anterior à vigência da reforma trabalhista o ordenamento já fornecia alguns indicativos da assimilação do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão pelo direito pátrio, mas ainda de forma tímida: a) substituição do regime estabilitário pelo sistema do FGTS (art. 7º, incs. I e III, da CRFB de 1988, c/c art. 10, inc. I, do ADCT); b) exercício do *jus variandi* pelo empregador (arts. 61, 468, § 1º, 469, § 1º, da CLT); c) implementação de banco de horas (art. 59, § 2º, da CLT); bem como d) contratos de trabalho temporário (Lei nº 6.019/1974), a prazo determinado (art. 443, § 1º, da CLT) e a tempo parcial (art. 58-A da CLT), ao passo que tais institutos já indicavam a redução do espectro protetivo ao trabalhador para o atendimento de interesses empresariais. Tais indicativos, porém, não animaram a dogmática tradicional do direito do trabalho a incluir a salvaguarda dos interesses de gestão no seu arcabouço principiológico.

Apurou-se que esse cenário foi alterado a partir da reforma trabalhista instituída no ano de 2017, momento em que o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão alcançou papel de protagonismo ao lado do princípio da proteção do trabalhador,

passando a corresponder à justificação axiológica de diversos dispositivos vigentes no direito do trabalho pátrio e, por isso, merecer destaque na dogmática juslaboral. Afinal, somente o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão explica e justifica as normas que: a) autorizam a terceirização da atividade-fim (arts. 4º-A e 5º-A da Lei nº 6.019/1974); b) asseguram a prevalência do negociado sobre o legislado de forma não necessariamente vinculada à promoção da melhoria da condição social do trabalhador (arts. 611-A e 611-B da CLT); c) determinam a prevalência do acordo coletivo sobre a convenção coletiva, independentemente de qual seja a norma mais favorável (art. 620 da CLT); d) estabelecem a prevalência da negociação individual do *hipoempregado* sobre a lei e os instrumentos coletivos, ampliando o exercício da autonomia da vontade individual nas relações laborais (art. 444, parágrafo único, da CLT); e) autorizam a contratação na modalidade de trabalho intermitente (arts. 443, § 3º, e 452-A, da CLT); f) permitem que a dispensa em massa seja procedida sem quaisquer embaraços, não sendo exigida a intervenção sindical (art. 477-A da CLT); g) disciplinam que a quitação decorrente de Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada é plena e irrevogável, afetando todos os direitos decorrentes da relação de emprego (art. 477-B da CLT); e que h) permitem a estipulação de banco de horas semestral por mera negociação individual (art. 59, § 5º, da CLT).

Embora sejam inegavelmente disruptivos com a dogmática tradicional, passados já mais de três anos de vigência da reforma trabalhista, esses dispositivos foram inseridos ao ordenamento jurídico pátrio e estão produzindo efeitos, alguns, inclusive, já convalidados pelo Supremo Tribunal Federal. Diante disso, defendeu-se que devem ser incorporados à dogmática em um processo de reconstrução do essencial, a fim de que se possa restabelecer uma relação íntegra, coerente e harmônica entre a dogmática do direito do trabalho e as normas juslaborais vigentes.

A análise desses resultados foi permeada por muitas idas e vindas que demandaram intensas reflexões, próprias da complexidade e sensibilidade do tema investigado. Na conclusão desta pesquisa, percebe-se que o caminho percorrido culminou no reconhecimento de que a reforma operada sobre o material normativo autoriza o reconhecimento do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador pelo direito do trabalho brasileiro, de modo a atingir o objetivo geral proposto, resolver o problema de pesquisa e confirmar a hipótese que orientou a investigação.

Frisa-se, não basta simplesmente reconhecer que a reforma trabalhista tocou no cerne do direito do trabalho até então constituído e, contraditoriamente, seguir elencando o mesmo rol principiológico de outrora para fundamentar posições estabilizadoras; faz-se necessário pôr à prova a atualidade da dogmática juslaboral tradicional em face das normas vigentes e da conjuntura hoje vivenciada. Tendo a isso se proposto a presente dissertação, os resultados apontaram para o reconhecimento da natureza bilateral da tutela contemporânea, voltada, de um lado, à tradicional correção da assimetria entre as partes por meio da proteção do trabalhador, e, paralelamente, de outro, à salvaguarda dos interesses de gestão do empregador. Somente assim a dogmática juslaboral será fiel ao compromisso de desempenhar a sua função social de orientar a ação e viabilizar a decisão de uma forma coerente com os fins e valores subjacentes ao ordenamento vigente e em conformidade desígnios constitucionais (art. 1º, inc. IV, da CRFB).

Conclui-se, pois, que o direito do trabalho não está em crise, mas sim *em reforma*, processo que demanda o reconhecimento de um novo arcabouço principiológico no qual o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador é posicionado ao lado do princípio da proteção do trabalhador. Somente pela conjugação de ambos os princípios é possível justificar axiologicamente o direito do trabalho contemporâneo e explicar o movimento pendular da legislação laboral, que oscila entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A simples reprodução do conhecimento anterior não mais se afigura suficiente; é imperioso que a academia faça um esforço de reconstrução para o aperfeiçoamento da dogmática juslaboral, a fim de que seja restabelecida uma relação de coerência desta com a ordem vigente, tornando-a apta a outorgar respostas mais adequadas às demandas atuais do trabalho pós-industrial.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEXY, Robert. A construção dos direitos fundamentais. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ALONSO OLEA, Manuel. **Introducción al derecho del trabajo**. 7. ed. rev., ren. e ampl. por Maria Emília Casas Baamonde e Enrique Alonso García. Madrid: Thomson Reuters, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Os valores sociais da livre-iniciativa. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 275-277.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

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

BELTRÃO, Demétrius Amaral; GUIMARÃES, Henrique Cassalho. Dogmática jurídica: notas para reflexão. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 12, 2018, p. 1-17.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia de direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 590.415/SC**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DF, 30 de abril de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília-DF, 29 de maio de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306937669&ext=.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 895.759/PE**. Rel. Min. Teori Zavascki, DF, 09 de dezembro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília-DF, 29 de maio de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311840680&ext=.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 958.252/MG**. Rel. Min. Luiz Fux, DF, 30 de agosto de 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília-DF, 13 de setembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341103626&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº 30900-12.2009.5.15.0000**. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DF, 10 de agosto de 2009. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília-DF, 04 de setembro de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/670390d2c88ece04f76346f2e5081589>. Acesso em: 12 mar. 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. Flexibilização dos direitos trabalhistas: prevalência do negociado coletivamente sobre o legislado. **Revista de direito do trabalho**, v. 187, p. 91-107, mar. 2018.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio universitário de direito do trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. v. I.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 1.

CESARINO JÚNIOR, Antônio F. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980.

CORDEIRO, António Menezes. Da situação jurídica laboral: perspectivas dogmáticas do direito do trabalho. **Revista da Ordem dos Advogados Portugueses**, Lisboa, ano 42, v. I, jan./abr. 1982.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito do trabalho**: Coimbra: Almedina, 2018. v. I: direito europeu, dogmática geral, direito coletivo.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DEVEALI, Mario L. **Lineamentos de derecho del trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. A reforma trabalhista e o princípio da autodeterminação das vontades coletivas. *In*: AZEVEDO, André Jobim de (org.). **Reforma trabalhista: desafio nacional**. Porto Alegre: Lexmagister, 2018, p. 179-197.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedêutica juslaboral. *In*: STÜRMER, Gilberto; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. (org.). **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de; JAHN, Vitor Kaiser. As balizas da intervenção da justiça do trabalho sobre os instrumentos da vontade coletiva e a possibilidade de superação *in concreto* da regra contida no artigo 8º, § 3º, da CLT. *In*: IV Seminário Internacional de Pesquisa (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo: o futuro do trabalho, 2019, Ribeirão Preto. **Anais Seminário (RE)Pensando o Trabalho Contemporâneo**. Franca: UNESP- FCHS. v. 3. p. 295-311, 2019.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Teoria geral clássica do direito do trabalho e sociedade pós-industrial: faces de uma crise e perspectivas para superação. *In*: FINCATO, Denise; VIDALETTI, Leiliane Piovesani. (Org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho**, v. III, 1. ed. Porto Alegre: Lex Magister, 2019, p. 97-115.

DWORKIN, Ronald M. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, 1967. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol35/iss1/3/>. Acesso em: 02 jan. 2021.

DWORKIN, Ronald M. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald M. O modelo de regras II. *In*: DWORKIN, Ronald M. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 27, p. 85-105, jul./dez. 2005.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, António Casimiro. A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 95, p. 119-136, dez. 2011.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Férias: Convenção 132 da OIT e o regime da CLT. **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, v. 43, n. 173, p. 219-223, jan. 2017.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERNAINZ MARQUEZ, Miguel. **Tratado Elemental de Derecho del Trabajo**. 10. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969.

HOBBSBAWM, Eric. **Mundos do trabalho: novos estudos sobre a história operária**. Tradução de Waldea Barcellos e Sandra Bedran. 5. ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2008.

JHERING, Rudolf von. **A dogmática jurídica**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. Revisão de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KONZEN, Lucas Pizzolatto. A ciência jurídica na encruzilhada: uma reflexão sobre paradigmas. **Revista Sociologia Jurídica**, n. 10, 2010, n. p. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/a-ciencia-juridica-na-encruzilhada-uma-reflexao-sobre-paradigmas/>. Acesso em 30 mai. 2021.

KONZEN, Lucas Pizzolatto; BORDINI, Henrique S. Sociologia do direito contra dogmática: revisitando o debate Ehrlich-Kelsen. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2019, p. 303-334.

KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de derecho del trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968.

LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Tradução de Luis E. Marcano Salazar e equipe. 1. ed. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A terceirização sob uma perspectiva humanista. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, v. 1, p. 1235-1248, set. 2012.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2017. v. I: par. II.

MARTINS, Juliane Caravieri; NUNES, Cíclia Araújo. Contratos de emprego precários no Brasil e na Argentina: estudo comparado entre o trabalho intermitente e o trabalho eventual. Convergências e dissensões. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 209, p. 159-178, jan. 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil**: seus fundamentos sociológicos. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MUÑOZ RAMON, Roberto. **Derecho del trabajo**. México: Porrúa, 1976. Tomo I: teoría fundamental.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. As novas tendências do direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 36, p. 21-36, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: relações individuais e coletivas de trabalho. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

OLIVEIRA, Lourival José de; FIGUEIREDO, Mayra Freire de. A reforma trabalhista e liberdade contratual: o direito ao trabalho construído sob a perspectiva puramente econômica. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 93-121, dez. 2017.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Monografia jurídica**: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso. 3. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Un enfoque sobre la flexibilización. *In*: FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos (Org.). **Doctrinas esenciales: derecho del trabajo**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2010.

PÜSCHEL, Flavia Portella; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Invejar Sísifo: a dogmática jurídica entre tradição e inovação. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO Marta Rodriguez de Assis (Org.). **Dogmática é conflito**: uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89-99.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015. par. I: Dogmática geral.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. 100 anos de direito do trabalho em Portugal: algumas notas. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 208, dez. 2019.

RASO DELGUE, Juan. América Latina: El impacto de las tecnologías en el empleo y las reformas laborales. *In*: MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela (coord.). **Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo**, v. 6, n. 1, Modena (Itália): ADAPT University Press, jan./mar. 2018.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. 9. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Para uma pedagogia da incerteza: a dogmática jurídica como experimento e como imaginação. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO Marta Rodriguez de Assis (Org.). **Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55-74.

ROMITA, Arion Sayão. O princípio da proteção em xeque. **Revista Jurídica Virtual da Presidência**, Brasília, v. 4, n. 36, mai. 2002.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico**. Lima: Palestra; Bogotá: Temis, 2013.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. tir. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegómenos a uma concepção pós-moderna do direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 24, p. 139-172, mar. 1988.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Negociação coletiva de trabalho**. 3. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 15, set./out. 2008.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book (não paginado).

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STÜRMER, Gilberto. **A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção no 87 da Organização Internacional do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STÜRMER, Gilberto. **Direito constitucional do trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Tradução de António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

THOMPSON, Edward P. **A formação da classe operária inglesa**. Tradução de Denise Bottmann. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra. 2002. v. II: A maldição de Adão.

THOMPSON, Edward P. **A formação da classe operária inglesa**. Tradução de Denise Bottmann. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra. 2004. v. I: A árvore da liberdade.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v.3: Falência e recuperação de empresas.

VATICANO. **Carta Encíclica *Rerum Novarum* do Sumo Pontífice Papa Leão XIII sobre a condição dos operários**. 15 mai. 1891. Disponível em: w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 20 dez. 2020.

VIEGAS, Cláudia M. de Almeida Rabelo; ROCHA, Cláudio Jannotti da; OLIVEIRA, Marcos Paulo da Silva. A dispensa coletiva na reforma trabalhista e o emprego que “parece um sonho”: o luto pela perda do trabalho e o luto pela perda de direitos. **Revista dos Tribunais**, v. 1021, p. 277-296, nov. 2020.

VIEHWEG, Theodor. Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. Revisão de E. Garzón Valdés e Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 1991.

VIEHWEG, Theodor. Apuntes sobre una teoría retórica de la argumentación jurídica. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. Revisão de E. Garzón Valdés e Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 1991.

VIEHWEG, Theodor. Ideología y dogmática jurídica. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. Revisão de E. Garzón Valdés e Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 1991.

VIEHWEG, Theodor. Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. Revisão de E. Garzón Valdés e Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 1991.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Fundamentais de Terceira Geração. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, 1998, p. 227-232.

ZULETA PUCEIRO, Enrique. **Paradigma dogmático y evolución científica en el saber jurídico**. 1980. 498f. Tese (Doutorado) – Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1980.