PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

André Araújo Molina

Teoria dos Princípios Trabalhistas: A Inserção do Direito do Trabalho no Modelo Metodológico Pós-Positivista

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

André Araújo Molina

Teoria dos Princípios Trabalhistas: A Inserção do Direito do Trabalho no Modelo Metodológico Pós-Positivista

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, sob orientação do Prof. Doutor Willis Santiago Guerra Filho.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

_____

_____

_____

AGRADECIMENTOS

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

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

Aos meus irmãos, Tiago, Filipe e Mateus, pelo apoio que me proporcionaram, possibilitando a permanência em São Paulo para a realização dos créditos.

À minha esposa Juliana, companheira fiel, que abdicou de sua própria vida, pessoal e profissional, para me acompanhar nos estudos, dando todo o suporte para que eu pudesse desfrutar da tranquilidade para a pesquisa científica. Obrigado.

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

Especialmente agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho, por todas as lições dadas, dentro e fora da sala de aula. A simplicidade, própria daqueles bafejados com o dom da genialidade, proporcionou o contato fraterno e o meu desenvolvimento intelectual, ainda que novos passos precisem ser dados.

Ao amigo e colega, Professor Mestre Edson Bueno de Souza, pelos debates informais, filosóficos, despretensiosos, que despertaram meu interesse pela academia.

RESUMO

O direito como fenômeno social pode ser objeto de estudo nas mais diversas áreas do conhecimento, conforme o recorte dado pelo observador. Os juristas sempre tentaram responder o que é o direito? (objeto da Ciência Jurídica), bem como quais os métodos mais adequados para esse estudo. Dois grandes grupos se formaram. De um lado os jusnaturalistas; de outro lado, os que negam a existência de direitos além do direito positivo, fazendo coincidir o objeto da ciência do direito com a legislação posta em dado momento temporal e espacial. Esse último grupo é o positivista.

Recentemente, uma "terceira via" vem sendo pavimentada, a partir da idéia de que o direito não é formado apenas de regras, como querem os positivistas, mas de regras e princípios. Trata-se de uma posição metodológica intermediária, que não nega algumas das teses do positivismo, mas busca a retomada da moral no direito, por intermédio dos princípios. Essa posição foi, no Brasil, batizada de pós-positivista.

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

O objetivo da dissertação é inserir o Direito do Trabalho brasileiro no modelo metodológico pós-positivista, principalmente utilizando o princípio da proporcionalidade para ponderar princípios em casos de colisão. Para tanto analisamos a formação do direito do trabalho, demonstrando sua raiz social-marxista, bem como que o método positivista empregado pela quase unanimidade dos aplicadores do direito laboral não mais atende às complexidades da pós-modernidade e as diretrizes da Constituição.

Palavras-chave: Direito do Trabalho – Método pós-positivista – Colisão de princípios

ABSTRACT

Law as a social phenomenon may be object of study in various knowledge fields, depending on the observer's view. Jurists have always tried to answer 'What are rights?' (object of Juridical Science), as well as what the best methods for this study are. Two big groups were formed. On one side the jusnaturalists; on the other side those who deny the existence of rights besides the positive right, making the object of law science coincide with the law imposed at certain time and space. This second group is called the positivists.

Recently, a third way has been built embedded in the idea that rights are not only based on rules, as positivists want, but on rules and principles. This is an intermediary methodological position which does not deny some of the positivist theses, but aims to resume moral in Law through principles. In Brazil, this position is called post-positivist.

In our point of view, only the post-positivist method is appropriate to give concreteness to the constituent ideas, creating a mechanism for enforcement of fundamental rights, because they have a framework of principles. And the Labor Law, which is inserted in the frame of the Constitution, also seeks for a new method of interpretation and application that is the post-positivist, as it is lavish in ensuring fundamental rights and the conflict between social and liberal ideals.

The objective of this work is to insert the Brazilian Labor Law in the post-positivist methodology model, mainly using the principle of proportionality to consider principles in cases of collision. Therefore we analyzed the formation of labor law, showing its social-marxist origin as well as that the positivist method employed by the near unanimity of the users of labor law no longer meets the complexities of post-modernity and the guidelines of the Constitution.

Keywords: Labor Law - Post-positivist Method - Collision of Principles

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

1. Considerações sobre o Direito do Trabalho brasileiro 14

1.1. Formação histórica do Direito do Trabalho 14

1.2. Princípios de Direito do Trabalho 20

1.2.1. Princípio da proteção 22

1.2.2. Princípio da irrenunciabilidade de direitos 24

1.2.3. Princípio da primazia da realidade 28

1.2.4. Princípio da continuidade da relação de emprego 29

1.3. Modelo clássico de aplicação dos princípios de Direito do Trabalho 30

1.4. As posições da doutrina e da jurisprudência trabalhista 35

1.5. Visão panorâmica do direito estrangeiro 44

2. A Ciência Jurídica 50

2.1. A evolução da ciência jurídica 50

2.1.1. Jusnaturalismo 51

2.1.2. Positivismo jurídico 54

2.1.3. Pós-positivismo 58

2.2. A posição de Ronald Dworkin 61

2.3. A posição de Robert Alexy 66

2.4. A posição de Willis Santiago Guerra Filho 72

2.5. Constituição Federal de 1988 e a sua opção político-ideológica 76

3. Direitos Fundamentais 91

3.1. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais 91

3.2. Desenvolvimento da teoria na Alemanha 99

3.2.1. A posição de Claus-Wilhelm Canaris 104

3.2.2. A posição de Jörg Neuner 109

3.3. Desenvolvimento da teoria em Portugal 112

3.4. Desenvolvimento da teoria na Espanha 121

3.5. Desenvolvimento da teoria nos Estados Unidos da América 132

3.6. O panorama brasileiro 136

3.6.1. Ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas 137

3.6.2. Eficácia indireta e aplicabilidade mediata 137

3.6.3. Eficácia direta e aplicabilidade imediata 140

3.6.4. Teoria Eclética ou Mista 140

3.6.5. Posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal 143

3.6.6. Posição adotada pela jurisprudência trabalhista 144

3.7. Princípio da proibição do retrocesso 148

4. A Constitucionalização do Direito do Trabalho 159

4.1. A inserção do Direito do Trabalho na interpretação constitucional pós-moderna 159

4.2. Colisão de princípios e o método de solução 165

4.2.1. Razoabilidade 168

4.2.2. Proporcionalidade 173

4.3. Conflito entre regra e princípio 176

4.4. Limitação dos direitos fundamentais trabalhistas 179

4.5. A dignidade da pessoa humana 183

CONCLUSÕES 188

BIBLIOGRAFIA 190

INTRODUÇÃO

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

O estudo gnosiológico do conhecimento científico trabalhista é profícuo, pois entendemos que o sujeito observador trabalhista traz consigo uma *pré-compreensão* de viés socialista, tendente a privilegiar os direitos dos trabalhadores até a última medida, de modo que acaba por deturpar o método e altera, por conseguinte, o objeto, assim considerado o objeto como resultado descritivo. É muito relevante investigar essa pré-compreensão para, compreendendo-a, buscar alterá-la, para que deixe de ser socialista e passe a ser democrática de direito, uma terceira via que não abandona princípios socialistas, nem também aqueles de viés liberal, mas acaba por ser a compatibilização harmônica entre essas duas vertentes. A pré-compreensão democrática de direito é fruto da Constituição Federal de 1988, que adotou diversos princípios socialistas e outros liberais, sem precedência *prima facie* e abstrata entre eles, incumbindo aos poderes públicos realizar a compatibilização desses interesses, contrapostos e carentes de harmonização nos casos concretos. Vivemos no tempo do multiculturalismo. As soluções abstratas e generalizantes não são mais satisfatórias, por isso as soluções dadas aos casos concretos devem obedecer a um itinerário seguro de fundamentação.

Conseqüência da alteração gnosiológica será a alteração do método, pois o método positivista normativista, estribado apenas na existência de regras no sistema jurídico, que se aplicam no modelo "tudo ou nada", não mais atende à pré-compreensão democrática de direito. Dentro desse novo modelo metodológico pós-positivista existem

os princípios, com a mesma força normativa das regras, contudo eles se aplicam com ponderação, na maior medida possível e de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Basicamente, são essas as hipóteses do trabalho: 1) investigar a formação do Direito do Trabalho, a fim de buscar as raízes da sua pré-compreensão socialista; 2) Ao depois, inseri-lo no paradigma constitucional atual, com a adoção da fórmula política Democrática de Direito; 3) Como conseqüência, a adoção do método pós-positivista para o Direito do Trabalho, na qualidade de ferramenta adequada para lidar com os princípios jurídicos em um sistema que não é mais composto apenas de regras.

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

Em palavras outras, o Direito do Trabalho não pode ter a pretensão de se isolar do ambiente em que vive, mantendo teorias e interpretações próprias, desfocadas da evolução da interpretação jurídico-constitucional vivida no país.

Logo, com o objetivo alhures, dividiremos o trabalho em várias etapas para melhor exposição das posições e a conclusão de nossa teoria. Inicialmente cuidaremos de demonstrar a evolução histórica do Direito do Trabalho, a sua principiologia e seus fundamentos de sustentação. Ato contínuo, faremos exposição das doutrinas nacionais e dos dispositivos legais em que se apóiam os princípios trabalhistas em nosso sistema positivo. Cuidaremos de situá-los em relação ao direito comparado, em uma remissão panorâmica, e mostrar a sua manipulação nos mais diversos sistemas. Na seqüência, traremos o novo método para análise do Direito, intitulado de modelo pós-positivista, calcado na força normativa dos princípios e a merecida crítica acerca do dogma dos princípios absolutos. Por fim, procuraremos dar adequação aos princípios frente à moderna doutrina constitucional, construindo a dissertação na idéia de ponderação de

interesses dos trabalhadores e dos empregadores, sem precedência *prima facie* entre eles, balizada pelo princípio da proporcionalidade e limitando as concessões recíprocas de modo a preservar a dignidade da pessoa humana (núcleo essencial dos direitos fundamentais), concluindo nosso trabalho com a proposição de novas idéias para reflexão e para o debate.

Tais idéias radicam, mais especificamente, na necessidade de compatibilizar o moderno conceito de princípio, ínsito na idéia de ponderação (*rectius*: flexibilidade) quando em caso de colisão com outro princípio, importando em retração e renúncia, bem ao contrário do que sempre pregou a doutrina e a jurisprudência especializadas.

Não se pretende apregoar ideais liberalistas, muito ao contrário, o que se pretende é dar um tratamento rigoroso ao tema, sem os casuísmos e a utilização de *topos* argumentativos quase inexplicáveis, muito ao gosto da doutrina trabalhista, no que é refletida pela jurisprudência dominante. Pretendemos dar a feição científica que a principiologia especializada reclama, mas mantendo, por evidente, sua característica especial de direito tutelar, por essência.

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

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

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

1.1. Formação histórica do Direito do Trabalho

O trabalho sempre fez parte da realidade dos povos, eis que "toda energia humana, física ou intelectual, empregada com um fim produtivo, constitui trabalho"[1]. O trabalho humano sofreu diversas modificações em sua forma de realização, passando pelo extrativismo de subsistência, escravidão, servidão, corporações de ofício, até a locação de trabalho livre, ainda na antiguidade[2], mas todas essas modalidades não eram regradas, autonomamente, por um direito especial, até o início da idade moderna.

O Direito do Trabalho, como ramo jurídico autônomo, é fruto do panorama histórico da revolução industrial, filho direto do capitalismo. E o é na medida em que com a ascensão do regime político-liberal, marcando a transição do modelo artesanal de produção para o sistema capitalista, as corporações de ofício foram extintas (Édito de Turgot, França, 1776) e os trabalhadores passaram a ser autônomos, gozando de liberdade para a realização de seu trabalho, desde que condicionada às exigências legais. A Lei Chapelier, de 1791, na França, em seu artigo 7º, confirmou o que o Édito de Turgot tinha feito:

> A partir de 1º de abril, todo homem é livre para dedicar-se ao trabalho, profissão, arte ou ofício que achar conveniente, porém estará obrigado a prover-se de uma licença, a pagar os impostos de acordo com as tarifas seguintes e a conformar-se com os regulamentos da polícia que existam ou que se expeçam no futuro.[3]

Com a ampla liberdade de contratação e a regência pelo Código Civil, de viés liberal, teve início a exploração institucionalizada dos trabalhadores em razão da desigualdade de condições no momento da celebração contratual e a eqüidistância

---

[1] Süssekind, Curso de Direito do Trabalho, p. 3.

[2] Cf. Süssekind, op. cit., p. 5, embora excepcional, desde a antiguidade o trabalho livre em benefício de terceiros já era praticado e regulado genericamente pelo Código de Hammurabi, na Babilônia, no século XXI, a.C., avançando até o direito romano (*locatio conducto operis* e *locatio conducto operarum*).

[3] Cf. Barros, Curso de Direito do Trabalho, p. 57.

mantida pelo Estado, na medida em que também era diretriz legal basilar a impossibilidade de associações de trabalhadores, o que poderia diminuir a diferença de condições de negociação. Bem por isso, praticamente todas as teorias filosóficas da época tiveram o objetivo de buscar uma ordem social mais justa, de modo que já no século XIX, vivendo todos os agouros da primeira etapa da revolução industrial inglesa, na qual se verificou a ampliação do fosso entre ricos e pobres, ou proprietários dos meios de produção e proletariado, ganhou corpo o debate acerca da "questão social".

Inclusive, naquela época, as tentativas operárias de congregação para busca de melhores condições de trabalho foram sufocadas pela interveniência estatal, como já dito. Foi comum entre os países em processo de industrialização a criminalização das condutas operárias de reunião para reivindicações. A mesma Lei Chapelier previa que:

> Art. 1º Sendo uma das bases fundamentais da Constituição francesa a abolição de toda classe de corporações de cidadãos do mesmo estado ou profissão, fica proibido restabelecê-las de fato, sob qualquer pretexto e com qualquer forma.
>
> Art. 2º Os cidadãos do mesmo estado ou profissão, os empresários, os que têm estabelecimento aberto, os operários e oficiais de qualquer arte não poderão, quando se encontrem reunidos, nomear presidente nem secretário sindical, organizar registros, adotar ou deliberar, nem elaborar regulamentos sobre seus pretendidos interesses comuns.[4]

Para Alice Monteiro de Barros a Lei Chapelier teve "(...) um aspecto positivo e um aspecto negativo. O aspecto positivo foi a obtenção da liberdade de trabalho e o negativo, o impedimento da possibilidade de existência de qualquer órgão entre indivíduo e Estado, pois as associações foram vedadas."[5]

A eqüidistância do Estado em relação aos contratos de trabalho foi efêmera, já que em 1802 foi editada a primeira lei que regulou a questão trabalhista: o *Peel's Act* inglês, restringindo a utilização da força de trabalho dos menores. Na França, Napoleão instituiu os *Conseils de prud'hommes*, em 1806, como organismos destinados a solver

---

[4] Cf. Süssekind, op. cit., p. 14.

[5] Barros, ibidem.

discussões entre os operários e industriais. Não se falava ainda em Direito do Trabalho como ramo autônomo, mas apenas existiam algumas legislações a respeito do tema. Tratavam-se de esforços pontuais para contenção da exploração das crianças e das mulheres (considerados “meias-forças”) pelo novo modelo econômico capitalista.

Nada obstante a criação de algumas leis para regular questões trabalhistas, os contratos de trabalho continuaram sendo regrados pelo Código Civil, observando, com isso, as suas diretrizes básicas. Na França, o Código de Napoleão dizia que o contrato fazia lei entre as partes (artigo 1.134), apenas havendo rescisão em caso de mútua concordância ou quando a lei expressamente determine sua invalidade (artigo 1.115). Referido código disciplinou as relações de trabalho dentro do gênero da locação de coisas, destinando apenas dois dispositivos especificamente ao tema. No primeiro dizia que os contratos de trabalho só poderiam obrigar por tempo determinado (para evitar a escravidão – contraposta pelo ideal de liberdade) e que as declarações dos empregadores quanto à matéria de salário mereceriam crédito (como uma presunção).

Diversos Códigos ocidentais seguiram a mesma diretriz, tanto é que o nosso Código Civil de 1916 regulava nos artigos 1.216 a 1.236 a locação de serviços. É bom recordar que no Brasil, apenas em 1943 é que foi editada a CLT, quando os contratos de emprego passaram a ser regulados pela legislação específica.

O primeiro grande impacto contra a situação jurídica trabalhista da revolução industrial foi em 1848, por meio do *Manifesto Comunista* de Marx e Engels, quando surgiu a doutrina da mais-valia defendendo que é o trabalhador quem produz os lucros do industrial, contudo apenas parte desse incremento é repassado ao proletário em forma de remuneração, na medida em que a diferença entre os valores que foram agregados à matéria-prima e aquele pago ao operário é que gera o lucro do capitalista, que apropriava-se indevidamente do trabalho alheio. A teoria socialista de Karl Marx[6] contribuiu para a difusão da idéia de injustiça, pois aquele que produzia efetivamente o

[6] MARX, Karl. **O Capital:** Crítica da Economia Política. Livro Primeiro. Tradução de Reginaldo Sant’Ana. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, vol. 1 e 2.

bem da vida era quem ficava com a menor parte dos rendimentos, institucionalizando a exploração de uma classe social por outra.

Paralelamente à doutrina marxista, Léon Duguit[7] também passou a pregar a necessidade de uma revisão do sistema capitalista da época, que era centrado no ideário da propriedade privada, com viés individualista[8], fruto do Código de Napoleão e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, para que se alcançasse uma função social do sistema jurídico, voltado à promoção do cidadão como um ser em desenvolvimento. Difundiu-se a idéia de um conflito entre o Direito Civil (individualista) e os ideais do Direito do Trabalho (socialista), este último que deveria ser criado como um contraponto e um ramo autônomo do direito.

Mario De La Cueva, na linha do mestre francês alhures citado, diz:

> A existência das relações entre o capital e o trabalho não depende da vontade de trabalhadores e patrões, mas tem um caráter de necessidade. O liberalismo considerou que sua regulamentação deveria ser deixada à vontade de cada trabalhador e patrão e por isso consignou no Código Napoleônico o princípio da autonomia da vontade. A injustiça e desigualdade social que esta pretensa autonomia da vontade produziu fizeram com que o Estado interviesse para garantir aos trabalhadores um mínimo de vida[9].

O terceiro fator concomitante foi a intervenção da Igreja Católica, com a divulgação da encíclica papal de Leão XIII, *Rerum Novarum* de 1891, a qual difundia a idéia de que dever-se-ía dar solução aos problemas da sociedade por meio de uma ordem social justa, focada no ideal cristão. Na manifestação, a Igreja conclamou o Estado a intervir com urgência nas relações de exploração dos operários.

---

[7] DUGUIT, León. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon**. Paris: Félix Alcan, 1920.

[8] O individualismo foi o ápice do desenvolvimento de uma passagem histórica que se seguiu com a Renascença, a Reforma e o Iluminismo do século XVIII, representado por estudiosos europeus, entre os quais David Hume, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant.

[9] De La Cueva, Derecho Mexicano del Trabajo, p. 222.

Complementando o impacto causado pela encíclica eclesiástica, em 1897 os professores Franz Brentano, da Universidade de Leipzig, Alemanha, e Ernesto Mahaim, da Universidade de Liège, Bélgica, realizaram o Congresso Internacional de Legislação do Trabalho, em Bruxelas, em cujo evento foram congregados professores, juristas, administradores, entre outros estudiosos envolvidos na questão trabalhista e de todas as vertentes ideológicas, com o objetivo de criação de uma associação privada. Na reunião seguinte, em Paris, 1900, foi criada a Associação Internacional para a Proteção Legal dos Trabalhadores. Pode-se dizer que a entidade foi o germe para o surgimento da Organização Internacional do Trabalho em 1919, eis que, por intermédio daquela entidade, França e Itália celebraram o primeiro tratado de natureza bilateral para regular questões trabalhistas (Basiléia, 1909).

A junção dos quatro fatores expostos acima é que levou à confirmação das primeiras leis de proteção aos trabalhadores que haviam surgido anos antes e firmou a necessidade de expansão da legislação, empolgadas pela idéia de que o proprietário era quem massacrava o operário e não lhe repassava o total daquilo que era seu por direito, colocando-o em situação de inferioridade e carente de proteção oficial.

Para Arnaldo Süssekind todos os citados fatores levaram “a intervenção do Estado para conciliar as liberdades individuais com os direitos sociais.”[10]

A internacionalização do Direito do Trabalho deve-se a fatores capitalistas, eis que a Alemanha teve intensa pratica legislativa de proteção aos operários, por influência dos germânicos K. Marx e F. Engels, com criação de proteção previdenciária decorrente de acidente, doenças e idade, fatores que, por evidente, sobrecarregaram os proprietários dos meios de produção, com aumento do custo da mão-de-obra. Esses mesmos industriais pressionaram o Kaiser Guilherme II a internacionalizar os mesmos custos de produção, para que pudesse haver igualdade de concorrência. Foi realizada, em 1890, a Conferência de Berlim para fixação de regras internacionais mínimas.

---

[10] Süssekind, op. cit., p. 27.

O Direito do Trabalho consolidou-se e ganhou autonomia com a Constituição mexicana de 1917, sendo a primeira que positivou direitos sociais dos trabalhadores. Seguiram-se a Constituição alemã de Weimar de 1919, o Tratado de Versalhes de 1919 e a criação da Organização Internacional do Trabalho também em 1919.

O Tratado de Versalhes, além de consagrar o Direito do Trabalho como ramo autônomo da ciência jurídica, trouxe, no seu artigo 427, a jornada de oito horas, o repouso semanal remunerado, salário mínimo, direito sindical e a igualdade de salários para trabalho de igual valor, planificando em toda a Europa os direitos sociais básicos.

Os reflexos foram sentidos no Brasil com a Constituição de 1934, primeira a elevar, aqui, direitos de proteção ao trabalho ao patamar de direitos constitucionais. Na sequência veio a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, vigente até hoje.

São por essas razões que o Direito do Trabalho é intervencionista, inspirado na filosofia social-marxista. Arnaldo Süssekind, ao concluir o capítulo que leciona sobre a formação histórica e ideológica do direito do trabalho, arremata que: "A legislação social-trabalhista nasceu intervencionista, seja para limitar a autonomia da vontade nas relações de trabalho, seja para instituir sistemas obrigatórios de previdência."[11] Mais a frente, diz que as normas de proteção do trabalho são imperativas, pois "Elas formam a base legal do contrato individual do trabalho, contra a qual não pode prevalecer a vontade dos contratantes. (...) A autonomia da vontade funciona para ampliar os direitos resultantes de normas cogentes ou para conceder vantagens nelas não previstas."[12]

Orlando Gomes e Elson Gottschalk chegam a dizer que com o fim da fase do liberalismo clássico, em dias atuais impera a idéia de Estado intervencionista na relação de trabalho[13], sempre na defesa dos direitos dos trabalhadores.

---

[11] Süssekind, op. cit., p. 27.

[12] Süssekind, op. cit., p. 29.

[13] "O Estado não intervinha senão para assegurar o respeito às convenções. Hoje, a concepção dominante é completamente diferente" (Gomes e Gottschalk, Curso de Direito do Trabalho, p. 31).

Após o breve inventário das premissas políticas, sociais e ideológicas que contribuíram para a autonomia do Direito do Trabalho, avançaremos para desenvolver os princípios específicos, os quais refletem a sua vertente social-intervencionista.

1.2. Princípios de Direito do Trabalho

Com a autonomia legislativa do Direito do Trabalho, foram construídos seus primeiros princípios específicos, entre os quais o da proteção, da irrenunciabilidade de direitos, da primazia da realidade e o da continuidade da relação de emprego, vincados todos na idéia de inferioridade operária e na necessidade de interveniência estatal como forma de compensação de forças. Em busca da autonomia científica, os autores de Direito do Trabalho desenvolveram princípios bem particulares, no mais das vezes contrapostos aos princípios do Direito Civil, predominante à época[14]. Essa idéia de contraposição ao direito privado clássico teve o condão de conduzir o ramo trabalhista a um isolamento. O resgate deve se dar com a reaproximação da Constituição Federal, como será debatido em tópico próprio.

Fenômeno curioso ocorrente no Brasil é que quase todos os doutrinadores do ramo especializado buscam apoio para doutrinar acerca dos princípios no uruguaio Américo Plá Rodriguez[15]. Fizemos pesquisa vasta na literatura trabalhista nacional[16] e

---

[14] Enquanto no Direito Civil se defendiam princípios de liberdade de contratação e *pacta sunt servanda*, no Direito do Trabalho princípios opostos quanto à imperatividade das normas estatais, limitação da disponibilidade contratual e primazia da realidade, com flexibilidade do formalmente contratado.

[15] PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. Tradução Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 2004.

[16] SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2004. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2002. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17 ed. Atualizadores José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2005. BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Renúncia e Transação no Direito do Trabalho. In: DUARTE, Bento Herculano (org.). **Manual de Direito do Trabalho:** Estudos em Homenagem ao Professor Cássio Mesquita Barros. São Paulo: LTr, 1998. PEDREIRA DA SILVA, Luiz de

não encontramos um único autor que não invoque o mestre platino como referência inquestionável. Como se uma premissa apodítica fosse, invocam as lições dele para dar início às suas fundamentações, por dedução. Não se sabe por qual razão tal fenômeno ocorreu, talvez pela eloqüência da lição referenciada talvez pela escassez de outras doutrinas especializadas, mas o certo é que a temática dos princípios no Direito do Trabalho ficou imune de críticas e discussões construtivas, formando-se um *topoi*.

A metodologia que empolgava a lição de direito de Américo Plá Rodriguez era a positivista normativista, conforme se infere de passagens de sua obra[17], método esse que não mais satisfaz a atual exigência constitucional de aplicação dos direitos fundamentais, direitos esses destinados tanto a trabalhadores quanto a empregadores, sem que haja precedência *prima facie* de uns sobre os outros, carentes de ponderação em cada caso concreto. Como corolário, a doutrina trabalhista abraçou as conclusões do método positivista normativista e, por arrastamento, refletiu na jurisprudência.

Por evidente, teremos que debater as lições de Américo Plá Rodriguez para tentar encontrar o epicentro do problema, apontando com precisão os fundamentos que levaram – e levam – a doutrina e jurisprudência trabalhista a adotar o modelo dos princípios absolutos e da sua inflexibilidade em caso de colisão, sempre dando como solução a supremacia dos direitos dos trabalhadores, não importando as circunstâncias do caso concreto e os direitos contrapostos.

Na sequência passaremos em revista aos principais princípios próprios do Direito do Trabalho, com suas especificações e diretrizes de aplicação, demonstrando a sua existência e eficácia, contudo não aplicados da forma e na medida em que vem sendo feito classicamente.

Pinho. **Principiologia do Direito do Trabalho.** 2 ed. São Paulo: LTr, 1999. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

[17] Para ele os princípios cumprem tríplice dimensão: informadora do legislador, interpretativa e normativa, assim considerada "como fonte supletiva, no caso de ausência de lei". Em outra passagem defende que: "Um tema muito próximo ao que acabamos de expor é se os princípios do Direito do Trabalho podem ser considerados fontes do direito. Nossa resposta é negativa. A única função de caráter normativo que exercem é operar como fonte supletiva em caso de lacuna da lei." (Plá Rodriguez, op. cit., p. 47).

1.2.1. Princípio da proteção

O princípio mais importante do direito do trabalho é o da proteção, que revela a sua natureza tutelar de salvaguarda do operário quanto às investidas do empresário. A proteção, construída a partir das diversas normas interventivas de direito material, visa dar ao trabalhador condições de igualdade material frente ao empregador. Busca equiparar no campo jurídico a desigualdade causada pela liberdade da economia. Ele radica, entre outros, no artigo 5º, *caput*, da Constituição, em sua vertente substancial e não apenas formal, bem assim especificamente nas diversas normas constitucionais de valorização do trabalho (artigo 1º); erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades (artigo 3º); nos direitos sociais garantidos no artigo 7º.

A partir da premissa de que a legislação do trabalho visa proteger o obreiro, bem por isso a interpretação da norma jurídica deve ser a favor dos seus interesses, a doutrina decompôs referido princípio em outros três: 1) *in dúbio, pro operário*; 2) da aplicação da norma mais favorável; 3) aplicação da condição mais benéfica.

O primeiro subprincípio conduz o aplicador na escolha da interpretação que seja a mais favorável ao trabalhador, quando mais de uma for juridicamente possível. Em palavras outras, quando a partir do mesmo dispositivo legal puder o intérprete criar duas ou mais interpretações (*rectius*: normas jurídicas), deve escolher aquela que mais fomenta os interesses dos empregados. Esse subprincípio tem alcance restrito. Para a sua aplicação é necessário que "a) somente quando exista dúvida sobre o alcance da norma legal; e b) sempre que não esteja em desacordo com a vontade do legislador."[18]

Mais amplamente, o segundo deles indica que quando houver dúvida sobre qual norma jurídica aplicar na solução do caso, construídas a partir de dispositivos de lei diversos, deve o aplicador socorrer-se daquela que for a mais favorável a fomentar direitos dos trabalhadores. Em decorrência desse princípio, a hierarquia das normas no

---

[18] Plá Rodriguez, op. cit., p. 110.

Direito do Trabalho é plástica, na medida em que a norma de hierarquia superior deve ceder àquela inferior, desde que essa última seja mais favorável ao empregado.

A aplicação prática desse vetor interpretativo é avassaladora, na medida em que para o Direito do Trabalho os mecanismos de solução de antinomias não serão os da temporalidade, hierarquia ou especialidade, conforme o artigo 2º do Decreto-Lei nº 4.657 de 1942 - LICC, apenas, mas a idéia de que sempre prevalecerá a norma jurídica que for mais favorável ao trabalhador, pouco importando seja ela mais antiga, inferior ou menos especial que a outra contraposta. O apoio legislativo para explicar a vigência da citada plasticidade normativa especial no Direito do Trabalho é o *caput* do artigo 7º da CF/88, quando garante aos trabalhadores aqueles direitos listados "além de outros que visem a melhoria de sua condição social".

O último deles, nos mesmos moldes do segundo, indica na direção de que a condição contratual mais benéfica deve ser aplicada, pouco importando a fonte de que proveio. Normas particulares (regulamento de empresa, regimentos internos, etc.) terão prevalência sobre as normas legisladas, inclusive constitucionais, desde que favoráveis.

A jurisprudência consolidada entende que as alterações contratuais novas, quando mais prejudiciais aos trabalhadores, somente terão eficácia quanto aos novos pactos, conservando-se os direitos benéficos já adquiridos na vigência da regra velha[19].

Existem algumas vozes mais atuais que defendem a plasticidade do princípio da proteção. Constroem a premissa de que se o princípio visa igualar as condições de negociação entre empregados e seus empregadores, por dedução quanto mais estiver o trabalhador munido, pessoalmente, de condições de negociação, menor deverá ser a intervenção equiparatória. Avançamos nós para dizer que, em alguns casos limítrofes,

[19] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 51. Norma regulamentar. Vantagens e opção pelo novo regulamento. Art. 468 da CLT. I – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingem os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (...).

em que as condições reais de negociação são equivalentes, econômica e faticamente, deve-se afastar a proteção para prestigiar a liberdade contratual das partes.

Mesmo Américo Plá Rodriguez defende que não se pode levar ao extremo o princípio da proteção quando na sua função interpretativa. Não está autorizado o juiz a substituir-se ao legislador, negando a aplicação de normas jurídicas restritivas de direito dos empregados, quando assim preferir a legislação, a despeito da proteção. Leciona que a aplicação da proteção ofende o princípio da segurança jurídica, principalmente quando a proteção indicar a aplicação de normas que suponham violação do que a segurança jurídica persegue.[20]

1.2.2. Princípio da irrenunciabilidade de direitos

O segundo princípio específico é o da irrenunciabilidade de direitos. A busca da igualdade material se dava com a necessidade de proteção do proletário com as regras estatais, daí porque se construiu a idéia de irrenunciabilidade, na medida em que de nada adiantaria a criação de direitos se deles o obreiro pudesse se despojar como imposição da classe empregadora.

Nesse particular acrescenta Mario De La Cueva que as características que justificaram a existência de normas indisponíveis no Direito do Trabalho foram em síntese: 1) inexistência de uma real liberdade de negociação; 2) influência maléfica do regime de concorrência; 3) o abuso de poder do empregador quando da imposição de sua vontade contratual ao laborista, o que gerava um vício de consentimento, de modo a justificar a interferência estatal para que fossem garantidos os direitos mínimos. [21]

---

[20] "Cremos que se trata de um risco, de um perigo, da possibilidade de má aplicação, já que, aplicado corretamente e dentro de limites adequados, não há por que conspirar contra a segurança jurídica. Este princípio não dá direito a fazer qualquer coisa em nome da proteção do trabalhador, e muito menos a substituir-se ao criador das normas. Tem um campo de aplicação limitado e, mantendo-se dentro dele, não conspira contra a segurança, porém assegura a eficaz e adequada aplicação das normas." (Plá Rodriguez, op. cit., p. 101).

[21] De La Cueva, El nuevo derecho mexicano del trabajo, p. 10.

Nas palavras de De La Cueva:

> *La liberdad de contratación no existió nunca, porque el trabajador apremiado por la miseria tenía que someterse a la voluntad del patrono, quien sí podía esperar que viniera outra persona a solicitar el empleo; y usó del poder de su voluntad com sentido utilitario y com refinada crueldad: se valió del trabajo de los niños.*[22]

Mario De La Cueva parte da pré-compreensão de que o trabalhador sempre será aquele faminto, com pouca ou nenhuma instrução, que sempre estará em situação de desigualdade em confronto com o seu empregador. O estereótipo do empregado era o trabalhador de "chão de fábrica", não se considerando, à época, o pluralismo atual nas formas de contratação e as diversas classes de trabalhadores (por exemplo, os executivos, os altos empregados). Certamente tal estereótipo contribuiu enormemente para a doutrina intervencionista e social, refletindo na formação do Direito do Trabalho moderno e naquele até hoje praticado no Brasil, como visto.

Plá Rodriguez conceitua a irrenunciabilidade como a "impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio."[23]

O primeiro pilar em que se apóia o professor é o princípio mais genérico da indisponibilidade, que encontra respaldo positivo em quase todos os sistemas jurídicos trabalhistas, que abarca a irrenunciabilidade e a intransigibilidade, assim como qualquer outra forma de retirada dos direitos do trabalhador, com sua anuência ou não, existindo contraprestação ou não[24].

O segundo alicerce seria a imperatividade das normas trabalhistas, não no sentido genérico da imperatividade, pois todas as normas jurídicas são imperativas,

---

[22] Ibidem.

[23] Plá Rodriguez, op. cit., p. 142.

[24] No direito nacional temos os artigos 9º e 468 da CLT, que serão tratados em capítulo próprio.

senão de norma não se trataria (petição de princípio), mas sim fruto da divisão pelo direito romano das normas em imperativas (*jus cogens*) e normas dispositivas (*jus dispositivum*). Aquelas devem ser cumpridas não importando a vontade das partes e essas se devem cumprir somente quando as partes não tenham estabelecido outros parâmetros. A evolução legislativa histórica indica, desde o Código de Napoleão, que as regras trabalhistas estavam no arcabouço de disposição pelas partes contratantes e passaram a ser impostas, com a autonomia do Direito do Trabalho, independente do consentimento das partes.

A imposição (matéria de ordem pública[25]) se justifica pelo fato de que os direitos dos trabalhadores não beneficiam apenas eles próprios (individualismo), mas se prestam para a proteção de um bem social maior, notadamente terceiros envolvidos nessas relações. Os terceiros podem ser influenciados indiretamente (familiares do trabalhador, por exemplo) bem assim terceiros diretamente afetados, como operários da mesma profissão que ficariam em situação de "concorrência desleal" por melhores condições de trabalho se o colega abdicar daquela proteção estatal. E o interesse também é do Estado e não só privado, na medida em que o afastamento das regras trabalhistas gerará efeitos em várias ordens, como na assistência social, previdência, saúde, desenvolvimento social, lazer, educação, etc.

O terceiro pilar da irrenunciabilidade é a limitação da autonomia da vontade, como a restrição parcial da possibilidade das partes se autoregularem. Reserva-se um espaço de regulação, desde que respeitem os limites fixados em lei. Vários sistemas adotam a limitação parcial, como é o caso brasileiro[26], admitindo que os contratantes de modo livre regulem sua relação contratual, desde que não em prejuízo do trabalhador.

---

[25] "Ordem pública significa o que não pode ser derrogado, renunciado, por simples manifestação de vontade dos particulares. É o que o Estado julga imprescindível e essencial para a sobrevivência da própria sociedade, o bem comum, o interesse geral. Sempre, em todos os tempos, uma certa porção de atos humanos foram tidos como necessários e obrigatórios para esse *desideratum*." (MORAES FILHO, Evaristo de. **A Natureza Jurídica do Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro, 1954, p. 100).

[26] Artigo 468 da CLT.

O último argumento doutrinário para justificação da irrenunciabilidade é a presunção de vício de consentimento do empregado que renuncia seus direitos. Diz o autor Plá Rodriguez que o trabalhador, submetido que é à condição econômica de inferioridade, não tem condições de expressar livremente sua vontade, eis que a sua posição subordinada lhe torna pressionado (até por temor reverencial) em aderir a um tratamento desvantajoso em relação ao patamar mínimo que a lei lhe assegurou.

O mesmo Plá Rodriguez traz como exemplo o fato de que o Tribunal de Cassação italiano tinha entendimento de que, como durante o vínculo de emprego o vício de consentimento era presumido, depois do rompimento contratual, quando não mais estavam presentes as mesmas circunstâncias, a renúncia e a transação eram admitidas, presumindo-se, em sentido inverso, que a vontade manifestada era válida[27]. Contudo, em vetor inverso do entendimento jurisprudencial peninsular, foi aprovado o novo Código Civil italiano, que em seu artigo 2.113 prevê:

> As renúncias e transações que têm por objeto direitos do prestador de obra, derivados de disposições inderrogáveis da lei ou de normas corporativas, não são válidas. A impugnação deve ser proposta sob pena de decadência, dentro de três meses da cessação da relação e da data da renúncia ou da transação, se estas tiverem sido realizadas depois da mesma cessação.

Fundamentado nessas razões, o mestre uruguaio diz: "É um princípio em que há um acordo unânime dos autores quanto a sua vigência e importância, se bem que possa haver diferenças quanto ao seu alcance, sua fundamentação e significado"[28].

Para alguns o alcance é tão elástico, que dão um salto de abstração para a defesa de que se trata, em verdade, de um princípio de indisponibilidade dos direitos, vedando tanto a renúncia quanto a transação, seja em juízo ou fora dele.[29]

---

[27] Acrescentamos que essa mesma idéia também foi incorporada no Brasil por intermédio da Lei 9.958 de 2000, que criou as Comissões de Conciliação Prévia, admitindo que "O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas." (Parágrafo único do artigo 625-E da CLT).

[28] Plá Rodriguez, op. cit., p. 141.

No entanto, Américo Plá Rodriguez não avança a tal ponto radical, admitindo que existem duas categorias de normas trabalhistas, as rigidamente categóricas e as limitadamente categóricas. Como exemplos das primeiras estariam aquelas de proteção da saúde e incolumidade dos empregados, que não poderiam ser renunciadas em caso algum. Já as segundas poderiam ficar dentro do espectro de liberdade contratual das partes, desde que haja inequívoca liberdade e as duas vontades sejam equivalentes.[30]

1.2.3. Princípio da primazia da realidade

O Direito do Trabalho surgiu necessariamente para regular especialmente as relações de trabalho, outrora previstas genericamente no direito privado. Obedecia-se aos princípios de segurança jurídica, da formalidade do contrato e a cláusula do *pacta sunt servanda*. Na medida em que esse regramento genérico era insatisfatório, pois as condições de liberdade formal não efetivavam-se em liberdade material de contratação, os pactos solenes passaram a perder importância para o direito especializado, com isso o que mais importa é a realidade que cerca a relação contratual desenvolvida entre as partes, pouco importando o envoltório formal que a recobre.

Por essa razão, para o Direito do Trabalho os contratos formais têm eficácia relativa, sempre se admitindo prova em sentido contrário de que a real vontade dos contratantes é diversa daquela expressa pelo veículo contratual. A doutrina majoritária parte da presunção de que "o empregado assina documentos sem saber o que está assinando. Em sua admissão, pode assinar todos os papéis possíveis, desde o contrato de trabalho até o seu pedido de demissão, daí a possibilidade de serem feitas provas para contrariar os documentos apresentados."[31]

---

[29] Delgado, Curso de Direito do Trabalho, p. 202.

[30] Plá Rodriguez, op. cit., p. 166.

[31] Martins, Direito do Trabalho, p. 78.

O princípio em estudo deriva de alguns vetores presentes no ordenamento, como a exigência de boa-fé das partes contratantes, a proteção da dignidade humana, a existência de desigualdade das partes, que impossibilita a real discussão quanto aos requisitos e cláusulas contratuais, mais das vezes representando contratos de adesão, e a necessidade de interpretação racional da vontade das partes.[32]

Inclusive, atualmente, o direito privado incorporou o princípio da primazia da realidade ao prever no artigo 112 do Código Civil de 2002 que: "Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.", demonstrando a inserção de cláusulas sociais no direito privado.

1.2.4. Princípio da continuidade da relação de emprego

O princípio da continuidade da relação de emprego encontra-se presente em praticamente todos os sistemas jurídicos modernos. Como já visto, o Código Napoleão vedava a contratação trabalhista "por toda a vida", com o escopo de evitar a escravidão ou servidão. Assentado o ideal de liberdade de trabalho, sem os riscos de retorno aos tempos tenebrosos, a diretriz inverteu-se no sentido de privilegiar a contratação por um tempo indeterminado, de trato sucessivo, tendendo para o futuro. E isso se dá pelo fato de que a continuidade da relação de emprego projeta benefícios para todos: o operário mantém estabilidade de rendimentos, com reflexos no conforto da sua vida familiar e social; o Estado diminui a marginalização, a exclusão social e os gastos com programas assistenciais; por fim, o empregador mantém um grupo de trabalho coeso, afinado e cada vez mais especializado nas funções que desenvolve.

O princípio não é explícito, mas decorre do sistema legislativo nacional. Na Constituição tem seus fundamentos na valorização social do trabalho (artigo 1º, IV); na proteção do emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (artigo 7º, I); na

---

[32] Plá Rodriguez, op. cit., *passim.*

busca do pleno emprego (artigo 170, VIII), entre outros. Na CLT, o artigo 443 diz que os contratos poderão ser por prazo determinado ou indeterminado, contudo para aqueles primeiros arrola as situações excepcionais e os prazos restritos em que podem ocorrer. Fora daquelas hipóteses a regra geral é a contratação por prazo indeterminado. Seus reflexos na jurisprudência trabalhista são a presunção de pactuação indeterminada com o ônus da prova pertencendo ao empregador em caso de alegação de rescisão[33].

1.3. Modelo clássico de aplicação dos princípios de Direito do Trabalho

Nos tópicos anteriores demonstramos que a vertente ideológica da formação do Direito do Trabalho brasileiro é social-marxista, altamente intervencionista, pelo que a legislação trabalhista infraconstitucional reflete essa ideologia. Os princípios próprios são tidos como absolutos, de modo a, instintivamente, preservar-lhes a eficácia. E essa matriz social refletiu-se na doutrina clássica de direito do trabalho e na prática judicial.

Para Orlando Gomes e Elson Gottschalk, os intérpretes da área trabalhista devem perseguir o benefício dos trabalhadores, interpretando o direito positivo de modo a dar-lhe abrangência. Por isso, o método interpretativo do liberalismo clássico deve ser abandonado. Para eles, o método de interpretação do Direito do Trabalho é especial, deixando de lado as diretrizes da liberdade contratual do direito privado, eis que:

> Dominando todos os métodos acima referidos, há o princípio geral, que dia a dia mais se solidifica, concretizado na regra de que, em caso de dúvida sobre o alcance de uma lei do trabalho, se deve adotar uma interpretação mais favorável aos trabalhadores. De modo geral, os autores reputam justa essa regra. Fundamentam-na em que o legislador, tendo manifestado, de maneira clara, sua decisão de intervir no interesse dos trabalhadores, o intérprete deve dar efeito a esta vontade.[34]

---

[33] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 212. Despedimento. Ônus da prova. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação e serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

[34] Gomes e Gottschalk, op. cit., p. 34.

Américo Plá Rodriguez também abraça a mesma linha interpretativa:

> Se o legislador se propôs a estabelecer por meio da lei um sistema de proteção do trabalhador, o intérprete desse direito deve colocar-se na mesma orientação do legislador, buscando cumprir o mesmo propósito. Sob este aspecto, o princípio não aparece como estranho aos critérios que se aplicam em qualquer ramo do direito, nos quais o intérprete deve sempre atuar em consonância com a intenção do legislador.[35]

Discordamos da premissa fixada, a qual revela desenganadamente uma pré-compreensão socializante, eis que a legislação material trabalhista deve proteger até o limite em que a própria legislação avança, não sendo lícito ao intérprete, partindo dessa pré-compreensão, avançar além desse limite para criar mecanismos de proteção não previstos pelo sistema. O jurista, responsável pela construção do sistema da ciência do direito, a partir da observação do direito positivo (sistema objeto, incluindo os direitos fundamentais para os pós-positivistas), deve ser imparcial, quando muito influenciado pelo paradigma democrático de direito da Constituição Federal de 1988 e não social-marxista da época de elaboração da Consolidação. É a Constituição Federal e seus valores que devem nortear a interpretação do Direito do Trabalho atual, não o inverso, interpretando-se os direitos fundamentais à luz da legislação ordinária de 1943.

Modernamente, a filosofia da linguagem[36] reconhece que a descrição que o observador faz do objeto é diferente do objeto em si mesmo. A forma que o objeto da investigação passa a ocupar depende diretamente da pré-compreensão do observador. E é exatamente o que ocorre com a maioria da doutrina trabalhista, aqui homenageada na pessoa de Plá Rodriguez. Como possuem uma pré-compreensão socializante, o objeto descrito pela sua ciência tenderá a ocupar a forma também socializante. Um exemplo pragmático dessa conclusão é quando os doutrinadores da área trabalhista, com mais razão os magistrados trabalhistas, passam a analisar a legislação comum, como o Código Civil ou a Constituição Federal, quando o resultado passa a ser diverso

---

[35] Plá Rodriguez, op. cit., p. 86.

[36] WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método**: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Petrópolis: Vozes, 1999. HABERMAS, Jürgen. **A Lógica das Ciências Sociais.** Petrópolis: Vozes, 2009.

daquele alcançado por juristas de outras áreas. A Constituição Federal de 1988, em si mesma, não é social, mas o resultado da interpretação feita por juristas de inclinação socialista passa a ocupar essa formatação[37].

Inclusive autores mais modernos, conscientes, inclusive, do método jurídico pós-positivista, tencionam a adotar uma ideologia socializante. Por exemplo, Dinaura Godinho Pimentel Gomes, utiliza a força normativa dos princípios para manter a idéia de inflexibilidade dos princípios trabalhistas, a favor dos interesses dos trabalhadores, pouco importando as circunstâncias do caso concreto. Eis trecho de sua lição quando fala do papel do Judiciário Trabalhista:

> Sob esse prisma, cumpre-lhe fazer uso da técnica da ponderação de valores, ao interpretar normas coletivas conforme a Constituição, principalmente ao se defrontar com aquelas tendentes a reduzir direitos dos trabalhadores. Mesmo reconhecidos os Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho como fonte de direito do trabalho, a possibilidade de redução salarial (CF/88, art. 7º, VI), por meio de normas coletivas, deve ser encarada apenas de forma temporária, nas fases de crise aguda de incapacidade econômica da empresa, submetida aos ditames da alta tributação nacional, à exorbitante elevação dos juros e à competitividade globalizada.
>
> No entanto, o Judiciário Trabalhista deve deixar de aplicar toda e qualquer regra jurídica infraconstitucional que se afastar da idéia de justiça[38].

E mais a frente conclui a citada autora:

> Nesses termos, o Judiciário pode – e deve – assegurar de forma mais abrangente possível a progressiva promoção e proteção dos direitos à vida, à saúde e à dignidade de cada trabalhador em contraposição às graves e crescentes desigualdades geradas pela globalização econômica, fazendo a

---

37 Por exemplo, interpretando o mesmo dispositivo constitucional do artigo 1º, IV, divergem os autores. "Tocante aos direitos sociais básicos, a Constituição define princípios fundamentais, como os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa" (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 339). Por outro lado: "Da inserção dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil, só duas alternativas são possíveis: i) ou o dispositivo se refere ao valor social do trabalho e ao valor social da livre iniciativa, ii) ou aos valores sociais do trabalho e aos valores sociais da livre iniciativa. Não haveria espaço, portanto, para advogar a tese da livre iniciativa – e não o(s) seu(s) valor(es) social(is) – como fundamento da República." (LEITE, Fábio. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 16, janeiro/julho 2000).

38 Gomes, A constitucionalização do Direito do Trabalho, p. 33/34.

> devida ponderação de valores a partir da correta interpretação e aplicação dos princípios e regras constitucionais. Vale dizer, *sem recuos e retrocessos*.[39]

A autora fala em princípios e em regras constitucionais, fala da técnica da ponderação de valores, contudo, arraigada da ideologia trabalhista da proteção irrestrita e da inflexibilidade dos princípios, concluiu pela negação de aplicação das regras legais que se afastam da idéia de justiça – essa, segundo seu conceito, é a promoção sempre a favor dos direitos dos trabalhadores –, bem assim arremata, em absoluta contradição, que o juiz do trabalho deve fazer a ponderação de valores, sem recuos ou retrocessos, esquecendo que a idéia de ponderação inclui justamente alguns recuos recíprocos e a necessidade de compatibilização, com algum sacrifício dos direitos em rota de colisão.

Uma decisão recente, talvez a única, em que o Tribunal Superior do Trabalho recorreu às lições de Robert Alexy e Ronald Dworkin, termina por concluir no sentido que sempre caminhou, ou seja, não importando as circunstâncias do caso concreto, os princípios de proteção ao trabalhador sempre prevalecem. Isso prova que enquanto não alterada a pré-compreensão de que o direito do trabalho não mais deve ser interpretado apenas pelo viés social, mas como pertencente ao Estado democrático de direito, nos termos da atual Constituição Federal, o método jurídico será deturpado no momento de sua aplicação pelos juristas.

Trata-se de um caso[40] em que um bancário optou, nos termos do plano de cargos, carreiras e salários da Caixa Econômica Federal, por ocupar uma função com atribuições diferenciadas de confiança, com incremento salarial, no entanto deixaria de enquadrar-se na regra da jornada bancária de seis horas, passando a desenvolver a jornada de oito horas diárias, nos termos do artigo 224 da Consolidação.

A 4ª Turma do próprio Tribunal Superior do Trabalho entendeu que, no caso dos autos, como o autor optou livremente pela alteração da função e da remuneração,

---

[39] Gomes, op. cit., p. 38.

40 TST - E-RR - 1454/2005-103-03-40 – Relª. Minª. Maria Cristina Peduzzi – DJ 29.02.2008.

bem como pode, a qualquer momento, retornar à função anterior, com perda da função comissionada, ofende a boa-fé, desprezando o acordado entre as partes, conceder-lhe a sétima e oitava horas diárias como extraordinárias, com pagamento do adicional.

Entretanto, o empregado recorreu à última instância interna do Tribunal para perseguir as alegadas horas extras, argumentando, em síntese, que o regulamento da empresa não pode contrariar a legislação trabalhista e que o direito era irrenunciável.

O acórdão elege a premissa de que o modelo atual em que vivemos é o do Estado do Bem-Estar Social, afastando do antigo Estado Liberal. Por isso, o Direito do Trabalho incorporou os princípios da irrenunciabilidade de direitos e da primazia da realidade. A decisão chega a dizer que: "É relevante frisar: esse princípio tem por fim proteger o trabalhador não apenas perante o empregador, mas também com relação a si mesmo. Ou seja, o trabalhador, repita-se, não pode se despojar, ainda que por livre vontade, dos direitos que a lei lhe assegura."

Mais a frente diz que o direito deve ser interpretado como integridade, bem por isso os princípios "não devem ser aplicados casuísticamente", bem ao contrário do que a teoria dos princípios e os autores pós-positivistas citados no corpo da decisão têm indicado, conforme será logo a seguir, nos próximos tópicos, esquadrinhado. E a conclusão da decisão não poderia ser diversa, por dedução silogística das premissas fixadas, mantendo o caráter absoluto dos direitos dos trabalhadores. Foi dito que:

> Partindo, portanto, dessas premissas quais sejam, a força deontológica do direito e a integridade como coerência na aplicação dos princípios que o justificam -, chega-se ao entendimento de que, em questões trabalhistas, os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade não cedem passo ao da boa-fé, nem se enfraquecem perante argumentos econômicos ou cálculos utilitaristas, que afirmem a prevalência da disposição monetária em detrimento de direitos consagrados no ordenamento jurídico.
>
> (...)
>
> Entender diversamente implicaria afastar, de forma casuística, os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, em detrimento, ainda, da coerência do próprio direito do trabalho.

Como conclusão, por maioria de votos, a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, reformou a decisão anterior para determinar a quitação das sétima e oitava horas diárias como extras.

O que menos importa no acórdão em debate é a solução final apontada, mas as premissas construídas durante a fundamentação, de que o modelo atual é o Estado de Bem-Estar Social e, por corolário, que os princípios especiais do direito do trabalho não podem ceder quando em caso de colisão com outros princípios. A decisão debatida demonstra claramente a pré-compreensão socializante, como consequência, mesmo que se invoquem lições de autores pós-positivistas, o resultado será a absolutização dos princípios de proteção dos trabalhadores, a despeito das circunstâncias concretas. E essa é a posição amplamente majoritária que criticamos nessa dissertação.

1.4. As posições da doutrina e da jurisprudência trabalhista

O Direito nacional experimentou grande influência da corrente socialista de padrão marxista, notadamente os princípios que norteavam essa posição, daí porque a legislação trabalhista foi construída a partir dos pressupostos já comentados no tópico anterior. O momento político da época de criação da maior parte das leis trabalhistas foi o Estado Novo de Getúlio Vargas, de vertente ideológica também social, afeta à plena intervenção do Estado nas relações de trabalho, com a criação de um arcabouço amplo de proteção aos operários.

Fertilizada em solo intervencionista, a semente que deu vida à Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 não poderia gerar outros frutos, se não a existência de regras legais que vedam qualquer forma de transação ou renúncia, encampando aquela idéia de irrenunciabilidade ampla dos direitos (inflexibilidade).

Vejamos alguns artigos da CLT:

> Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.
>
> Art. 444 As alterações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.
>
> Art. 468 Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente dessa garantia.

Sérgio Pinto Martins comenta o artigo 9º da CLT: "Na vigência do contrato de trabalho, os direitos trabalhistas são irrenunciáveis. Em juízo, poderá haver a transação, pois as partes estarão diante do juiz, que poderá verificar os casos de fraude."[41]

Com o devido respeito ao autor, verificamos claramente em parte de sua argumentação a invocação do dogma da irrenunciabilidade, sem qualquer explicação acerca de sua existência, validade e aplicação. É dizer: apenas invoca-se o princípio para justificar que a transação somente pode ser feita perante o juiz, pois este teria, a seu juízo, condições de evitar a fraude. Nessa linha, por coerência lógica, dever-se-ía admitir como válidas aquelas transações e renúncias, nada obstante celebradas em palco extrajudicial, mas que não se verifica a ocorrência de fraude. Ou uma coisa ou outra. Ou se admite que as renúncias e transações sejam válidas desde que não haja fraude (traço esse decisivo na visão do autor), a partir de que seriam renunciáveis os direitos, ou se defende, mesmo que sem argumentação firme, a irrenunciabilidade e não se admite a transação sequer em sede judicial. Não é o palco em que é celebrado o negocio jurídico transação que vai mudar a sua natureza jurídica; não é por isso que os direitos de irrenunciáveis transmudar-se-ão para renunciáveis. A posição contém a contradição interna, provocada justamente pela absolutização dos princípios.

A doutrina nacional segue na mesma trilha, senão vejamos algumas lições.

---

[41] Martins, Comentários à CLT, p. 61.

Para Arnaldo Süssekind, já admitindo a transação, leciona:

> O *princípio da proteção do trabalhador* resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho – uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal. Daí decorre o *princípio da irrenunciabilidade*, que vem sendo afetado pela tese da flexibilização, mas que não se confunde com a transação, quando há *res dubia* ou *res litigiosa* no momento ou após a cessação do contrato de trabalho.[42]

Já, com mais rigor, Maurício Godinho Delgado:

> A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego. O aparente contingencimento da liberdade obreira que resultaria da observância desse princípio desponta, na verdade, como o instrumento hábil a assegurar efetiva liberdade no contexto da relação empregatícia: é que aquele contingenciamento atenua ao sujeito individual obreiro a inevitável restrição da vontade que naturalmente tem perante o sujeito coletivo empresarial.
>
> É comum a doutrina valer-se da expressão *irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas* para enunciar o presente princípio. Seu conteúdo é o mesmo já exposto, apenas adotando-se diferente epíteto. Contudo, a expressão irrenunciabilidade não parece adequada a revelar a amplitude do princípio enfocado. Renúncia é ato unilateral, como se sabe. Entretanto, o princípio examinado vai além do simples ato unilateral, interferindo também nos atos *bilaterais* de disposição de direitos (transação, portanto). Para a ordem justrabalhista, não serão válidas quer a renúncia, quer a transação que importe objetivamente em prejuízo ao trabalhador.[43]

Observamos que, para o autor, o seu conceito de despojamento de direitos é mais amplo que o da maioria da doutrina. Considera ele, aí como faz a unanimidade da doutrina, a existência do dogma da irrenunciabilidade como princípio absoluto, mas não justifica com argumentação analítica a sua existência e eficácia. Estende seu alcance de modo a alcançar também a transação (concessões mútuas de objeto controvertido).

---

[42] Süssekind, Instituições de Direito do Trabalho, p. 144.

[43] Delgado, Curso de Direito do Trabalho, p. 201-202.

Em complemento arremata Godinho Delgado:

> O requisito da *manifestação de vontade* recebe tratamento singular no Direito do Trabalho, em contraponto ao Direito Comum. A ordem justrabalhista atenua o papel da vontade obreira como elemento determinante das cláusulas e alterações contratuais, antepondo a ela os princípios da imperatividade das normas laborais e da indisponibilidade de direitos. No caso da transação, a lei acrescenta ainda o parâmetro saneador da inexistência de prejuízo em função do ato transacional. Nesse contexto, pouco espaço resta à pertinência (ou utilidade) de uma pesquisa sobre a higidez da vontade lançada em uma transação trabalhista. A análise concernente a vícios de vontade (erro, dolo ou coação, fundamentalmente), desse modo, apenas ganhará sentido em raras situações da dinâmica trabalhista concernente à figura da transação.[44]

Nesse trecho, com coerência metodológica, defende que a manifestação de vontade do trabalhador e a existência ou não de fraude em quase nada influencia na solução da aceitação da transação. *De lege lata,* há vedação ao despojamento de direitos, conscientemente ou não. O único ponto que merece crítica é aquele em que afirma que só se admite transação quando não houver prejuízo ao trabalhador. Para nós, dessa forma, de transação não se trata e sim de concessão a título gracioso de benefícios aos operários, vez que sem as concessões recíprocas das partes não há, a rigor, transação alguma (artigo 840 do Código Civil).

No ano de 2007 foi realizada pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, com a participação de magistrados especializados de todos os graus de jurisdição. Entre todas as ementas aprovadas pelo Plenário, algumas se destacam quanto ao tema em debate, seguindo como exemplo, respectivamente, as de número 9 e 15, *in verbis*:

> FLEXIBILIZAÇÃO. I – FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. Impossibilidade de desregulamentação dos direitos sociais fundamentais, por se tratar de normas contidas na cláusula de intangibilidade prevista no art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição da República. II – DIREITO DO TRABALHO. PRINCÍPIOS. EFICÁCIA. A negociação coletiva que reduz garantias dos trabalhadores asseguradas em normas constitucionais e legais ofende princípios do Direito do Trabalho. A quebra da hierarquia das fontes é válida na hipótese de o instrumento inferior ser mais vantajoso para o trabalhador.

---

[44] Delgado, op. cit., p. 220-221.

> REVISTA DE EMPREGADO. I – REVISTA – ILICITUDE. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador. II – REVISTA ÍNTIMA – VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc. VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição da República.

Em ambas as ementas fica cristalizado o entendimento de que os princípios de proteção dos empregados são absolutos, não admitindo nenhum tipo de restrição. A possibilidade de restrição proporcional ou a ponderação com outros interesses sequer é levada em consideração. Partem de uma concepção de que no eventual conflito entre o direito do trabalhador e o direito do empregador, prevalece sempre o daquele.

Amauri Mascaro Nascimento, com amparo em doutrina portuguesa, desafia interpretação mais moderna ao advertir que:

> Observe-se, também, que para Maria do Rosário o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, que cumpre importante finalidade, não é absoluto: tem exceções, uma vez que o direito do trabalho de alguns países admite derrogação *in pejus* de normas legais pelas convenções coletivas como mecanismo de valorização das negociações coletivas e da autonomia coletiva dos particulares no sistema de direito do trabalho. É o que acontece no Brasil com a exceção aberta pela Constituição Federal de 1988 (art. 7º, VI), que admite acordos coletivos de redução salarial; o que também se verifica, por força da legislação infraconstitucional, na desinvestidura de exercentes de cargos de confiança, no poder disciplinar do empregador e no *jus variandi*, perspectiva segundo a qual o *princípio protetor*, central no direito do trabalho, não é mais importante que o da *razoabilidade*, de modo que este é o princípio básico a não aquele. Não é viável proteger o trabalhador quando a proteção não se mostra razoável.[45]

Guilherme Guimarães Feliciano, conclui excelente artigo sobre os princípios com a seguinte passagem:

> A letra da lei jamais será porto seguro para a investigação dos princípios. Mesmo que não sofra variações evidentes, pode ser imantada com novos princípios, hauridos de uma nova Lei Fundamental (caso brasileiro) ou da própria experiência com a aplicação da lei (autopoiese do sistema jurídico). Há que buscar o seu espírito.

---

[45] Nascimento, Curso de Direito do Trabalho, p. 352-353.

> A evolução do Direito do Trabalho — de suas regras, institutos e jurisprudências — reflete as transformações que a sua malha principiológica experimenta paulatinamente.
>
> Numa leitura atualizada, o princípio da proteção deixa de ser um borralho paternalista, afirmando-se como *"ratio"* axiológica que deita raízes na primazia da dignidade humana e se rivaliza com o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão (conquanto esse se subordine àquele nos quadros mais agudos de colisão). Somente a existência desse último explica a possibilidade de dispensa de empregados estáveis por motivos técnicos ou econômico-financeiros (artigo 165, *caput*, da CLT), o exercício do *"jus variandi"* e a plácida constitucionalidade das sucessivas reformas trabalhistas que precarizam circunstancialmente os contratos de trabalho (p. ex., os contratos por prazo determinado, a tempo parcial, o trabalho temporário e — fora do Brasil — a comissão de serviços e o *"job sharing"*). Obtém-se, com isso, um edifício dogmático mais coerente e democrático, sem perder de vista a dignidade da pessoa trabalhadora e as suas concreções nos planos da interpretação, da hierarquia de fontes (dinâmica) e da estabilidade do patrimônio jurídico-laboral (condição mais benéfica).[46]

A lição acima já desafia uma visão muito mais moderna, consentânea com a nova sistemática constitucional inaugurada em 1988 no Brasil. Deixa para trás aquele viés paternalista do Governo Vargas[47], para abraçar tese mais flexível. Ressalvamos a nossa discordância com a sua posição quando defende que a colisão entre a dignidade humana e os interesses de gestão sempre vai se resolver a favor do primeiro princípio. Existirão casos, e a possibilidade de dispensa por justa causa do trabalhador recém acidentado (e no período da garantia provisória no emprego) é um deles, em que a própria dignidade do trabalhador, em última *ratio*, vai ser ponderada e sacrificada, em alguma medida, não a ponto de ofender seu núcleo essencial, em prol dos direitos do empregador, como a livre iniciativa e o poder diretivo.

Mais um exemplo pode demonstrar essa conclusão. A própria CLT admite a possibilidade de despojamento de direitos trabalhistas de forma expressa, como o que ocorre com a renúncia pelo empregado ao cargo de dirigente sindical e, por corolário, à garantia provisória no emprego, conforme § 1º do artigo 543.

---

[46] Feliciano, Dos princípios do Direito do Trabalho no mundo contemporâneo, p. 3.

[47] Cuja visão, reconhecemos, foi muito importante naquele momento de afirmação histórica dos direitos trabalhistas no país. Talvez, sem ela, não houvessem tantas conquistas até hoje.

O termo de conciliação em Comissões de Conciliação Prévia teve o escopo de validar as transações extrajudiciais[48], mas a jurisprudência trabalhista cuidou logo de arruinar o instituto, transformando o termo de transação em mero recibo de quitação, conforme, *v. g.*, a Súmula n. 2 do TRT da 23ª Região: "Comissão de Conciliação Prévia. Acordo. Eficácia. O acordo firmado perante a Comissão de Conciliação Prévia tem eficácia liberatória parcial, restrita às verbas e valores nele discriminados."

Em última razão o próprio pedido de demissão é uma renúncia ao emprego, bem maior que o trabalhador pode ter em sua vida profissional. Admite-se renúncia ao emprego, mas não se admite transação de alguns direitos controvertidos, como quer Maurício Godinho Delgado, por exemplo, já citado alhures, em clara contradição lógica entre as duas condutas admitidas pela jurisprudência trabalhista.

Assim já se manifestava Alfredo J. Ruprecht quanto à irrenunciabilidade:

> A aplicação absoluta desse princípio daria lugar a situações extremas. Tornaria impossível a conciliação, a transação, a desistência e, sobretudo, a prescrição, assim como a renúncia ao emprego, condenando, desse modo, o trabalhador a ficar, por toda a vida, numa empresa.[49]

Na seqüência vejamos algumas decisões trabalhistas acerca do princípio da irrenunciabilidade, todas elas no mesmo sentido da doutrina especializada clássica, de que os princípios de direito do trabalho não comportam ponderação. Vejamos:

> RECURSO DE REVISTA – HORAS EXTRAS EXCEDENTES DA SEXTA – EMPREGADO BANCÁRIO – PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS – OPÇÃO PELA JORNADA DE 8 (OITO) HORAS – AUSÊNCIA DE FIDÚCIA ESPECIAL – A opção pela jornada de 8 (oito) horas revela-se nula de pleno direito, visto que, ao empregado bancário que não exerça cargo de confiança é assegurada, por norma cogente, o direito indisponível à jornada de trabalho de 6 (horas), uma vez que o princípio da irrenunciabilidade, que norteia o Direito do Trabalho, impede o afastamento, pela ação da vontade das partes, das normas protetivas, inclusive às relacionadas à jornada de trabalho. Destarte, em face das

[48] BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei n. 5.452 de 1943. Artigo 625-D. Parágrafo único. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.

[49] Ruprecht, Os Princípios do Direito do Trabalho, p. 53.

> disposições dos artigos 9º, 444 e 468 da CLT, a opção do reclamante pela jornada de 8 horas, ainda que se mostrasse livre de coação, não seria apta a impedir a incidência da jornada insculpida no caput do art. 224 da CLT. Recurso de revista conhecido e não provido. (TST – RR 345/2006-012-18-00.9 – 6ª T. – Relª Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa – DJU 09.11.2007).

> PROGRAMA DE APOIO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA – TRANSAÇÃO – PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS – A transação extrajudicial somente se reveste de eficácia de coisa julgada, quando judicialmente firmada, não produzindo tal efeito a adesão do empregado ao Programa de Apoio à Demissão Voluntária (PADV) que tem como único escopo por termo a uma relação contratual, mediante a percepção de uma indenização, inexistindo assim qualquer abdicação de direitos, já que no Direito do Trabalho vige o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, de caráter individual. Nesse sentido é a Orientação Jurisprudencial nº 270, da SDI-1, do TST, *in verbis*: "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". (TRT 3ª R. – RO 01917-2003-049-03-00-2 – 7ª T. – Rel. Juiz Rodrigo Ribeiro Bueno – DJMG 03.06.2004 – p. 20).

Contudo, posições mais arrojadas já podem ser vistas na jurisprudência, com apoio inclusive em decisões do Tribunal Superior do Trabalho, como a seguinte:

> ESTABILIDADE – ACIDENTE DE TRABALHO – REINTEGRAÇÃO – RENÚNCIA – DIREITO DISPONÍVEL – Perfeitamente válida a renúncia ao período de estabilidade decorrente de acidente de trabalho. Salvo na hipótese de alegação de vício de consentimento, cuja prova, de toda sorte, incumbe a quem alega. Não há porque se negar eficácia à declaração assinada pelo autor, sob o fundamento único de indisponibilidade do direito, o que, de toda sorte, não se cuida, respeitada vozes em contrário. Com efeito, segundo as palavras do insigne Ministro Milton de Moura França, "é preciso ter presente que o trabalhador não é incapaz, mas cidadão que tem plena consciência dos atos jurídicos que livremente pratica, de forma que, ressalvada a hipótese de vício de seu consentimento, como erro, dolo, coação, etc., não se revela juridicamente correto negar eficácia à sua declaração de vontade", *in* TST E-RR 264.708-96.2. Nesse passo, certo afirmar que o princípio da proteção, bem assim o da irrenunciabilidade dos direitos laborais, não deve ter seu alcance elevado a escalas exponenciais. Primeiro porque, em regra, acaba vindo, direta ou indiretamente, em prejuízo dos demais trabalhadores, inibindo, não raras vezes, a continuidade de benefícios concedidos. Segundo porque os empregados não podem ser tratados como pessoas incapazes ou relativamente incapazes, não se podendo continuar a restringir a validade de sua assinatura unicamente nas hipóteses em que as conseqüências desse ato lhe forem inteiramente favoráveis. (TRT 9ª R. – Proc. 19823-2002-004-09-00-5 – (16575-2005) – Relª Juíza Sueli Gil El-Rafihi – DJPR 05.07.2005).

Em evidente minoria, existem vozes extremadas que pregam a liberdade na relação de trabalho, admitindo a plena disponibilidade de direitos e negando validade à

idéia de irrenunciabilidade. Essas são visões carregadas de ideologia liberal, visão com a qual não concordamos. A posição que pretendemos construir é que a Constituição adotou tanto princípios de ordem social como outros de matriz liberal, sem precedência *prima facie*, aplicáveis na maior medida possível e conforme as circunstâncias fáticas.

Marcelo Batuíra Pedroso argumenta que:

> O mercado livre cria oportunidades para todos os indivíduos, desde que estes estejam dispostos a renunciar determinados direitos, se conformarem com remunerações aquém das desejadas e, inclusive, estarem dispostos a mudar de lugar e de ocupação. A renúncia é, portanto, uma poderosa ferramenta à disposição do trabalhador (e não do empresário, como muitos pensam) para se adaptar ao mercado de trabalho e lograr prover suas necessidades e desejos. A liberdade não é limitada pelo desemprego ou pela miséria, ela é, ao contrário, estimulada, na medida em que tais fatores servem como principal motor do indivíduo para obter uma contínua melhoria de seu bem-estar.[50]

Antonio Della Senta, com perplexidade, questiona:

> De tanto ouvir que os direitos trabalhistas são indisponíveis, temos a tendência em aceitar como se fosse uma pedra fundamental, de forma a montar o nosso conhecimento a partir deste dado, não mais questionando se este dado é verdadeiro. Alguns desinformados, outros, sofistas, constróem teorias sobre base falsa, induzindo os menos avisados ao erro.[51]

O tópico em referência demonstrou que a posição trabalhista dominante é no sentido de que os princípios de direito do trabalho são absolutos, afastando a hipótese de retração e ponderação, conforme as circunstâncias do caso concreto. Mas também demonstrou a existência de doutrina e jurisprudência mais flexível, inclusive de algumas posições extremadas, incutidas de ideologia liberal clássica.

A nossa intenção não é alinhar-se a nenhuma das posições, mas construir a posição intermediária de que o resultado da interpretação não deve representar o viés ideológico do jurista, mas a fórmula política adotada pela Constituição.

---

[50] Pedroso, Liberdade e Irrenunciabilidade no Direito do Trabalho, p. 229-230.

[51] Della Senta, Disponibilidade dos direitos trabalhistas, p. 1.

1.5. Visão panorâmica do direito estrangeiro

Passaremos em revista pela legislação estrangeira, notadamente quanto aos princípios de direito do trabalho, analisando sucintamente a posição adotada em alguns países de tradição romano-germânica. O presente tópico não tem a pretensão de fazer um estudo crítico de direito comparado, mas apenas exemplificar como se comportam alguns sistemas jurídicos de direito positivo.

O artigo 3º da Lei do Trabalho da Venezuela diz:

> Em nenhum caso serão renunciáveis as normas e disposições que favoreçam os trabalhadores.
>
> Parágrafo único. A irrenunciabilidade não exclui a possibilidade de conciliação ou transação sempre que se realize por escrito e contenha uma relação circunstanciada dos fatos que a motivem e os direitos nela compreendidos.

A lei venezuelana é mais flexível que a nacional, na medida em que veda a renúncia, mas admite amplamente a transação, desde que cumpra com as formalidades legais e haja exposição do direito controvertido objeto do negócio jurídico. Entendemos que a legislação da Venezuela é bastante inteligente, na medida em que protege todos os trabalhadores das pressões patronais para renúncia de direitos, mas não enrijece a possibilidade de conciliação, com a transação de objeto controvertido, importando em concessões mútuas, por isso a exigência da forma escrita e da "exposição de motivos".

Já o artigo 8º do Código Civil do Uruguai adverte: "A renúncia geral das leis não surtirá efeito. Também não surtirá efeito a renúncia especial de leis proibitivas: o ato contra elas será nulo, se nelas não se dispuser em contrário". A legislação platina veda a renúncia geral e aquela especial de leis proibitivas, mas admite a renúncia em determinadas situações concretas e especiais. Importante também observar que a lei não veda a possibilidade de transação, com objeto controvertido.

A legislação venezuelana e também a uruguaia faz diferenciação dos atos jurídicos de renuncia e de transação. Enquanto o primeiro representa o despojamento de bens jurídicos já incorporados ao patrimônio do sujeito ativo, no outro caso trata-se da hipótese em que o direito ainda é controvertido, admitindo-se que hajam concessões recíprocas para por fim à contenda. Referidas legislações, pela leitura que fizemos, pretendem evitar o simples despojamento de direitos dos trabalhadores por coação e pressões as mais diversas da classe patronal, mas não engessam a relação ao ponto de não admitir que, em caso de dúvida real, possa haver maior liberdade contratual.

O artigo 17 da Lei sobre Emprego Privado da Itália, de 1924, diz:

> As disposições do presente decreto serão observadas apesar de qualquer pacto em contrário, salvo no caso de acordos especiais ou de usos mais favoráveis ao empregado, e salvo no caso em que o presente decreto autorize expressamente sua derrogação consensual.

A legislação italiana também é rígida, abrindo algumas exceções expressas para o afastamento dos direitos de proteção dos trabalhadores, entre as quais acordos especiais entre empregado e empregador.

Na França, por exemplo, a renúncia não é admitida durante o curso do pacto de emprego, mas após a sua cessação pode ser feita livremente e extrajudicialmente. Isso porque se presume o vício de consentimento (temor reverencial, inclusive) durante o contrato de emprego, mas a presunção é invertida após a cessação do contrato, nos termos do seu Código Civil.

A Constituição do Panamá de 1946 prescreve:

> Art. 70. São nulas e, portanto, não obrigam os contratantes, mesmo que se expressem numa convenção de trabalho ou em outro pacto quaisquer cláusulas que impliquem renúncia, diminuição, adulteração ou desistência de algum direito reconhecido ao trabalhador. A lei regulará o que se refere ao contrato de trabalho.

Extremamente protetiva e intervencionista, a Carta Maior panamenha proíbe inclusive a celebração coletiva sindical de qualquer renúncia, diferentemente do modelo constitucional brasileiro que admite a diminuição salarial (inciso VI do artigo 7º da CF), expressamente, ao menos, sem falar na possibilidade de diminuição pontual de alguns direitos, em benefício da concessão de outros, desde que preservado, globalmente, o equilíbrio entre as partes convenentes.

Um exemplo de direito positivo menos intervencionista e mais afinado aos ideais democráticos, com admissão de ponderação entre os interesses de empregados e empregadores, é o que se dá no Chile. O antigo Código do Trabalho foi parcialmente reformado pela Lei n. 19.759 de 2001, com alteração de vários de seus dispositivos, para inserir o Direito do Trabalho daquele país no novo modelo constitucional do Estado Democrático de Direito, compatibilizando a ideologia liberal e a social, sem precedência *prima facie* e abstrata entre esses interesses.

Uma regra interessante inserida pela legislação foi o inciso III do artigo 485:

> Se entenderá que estes direitos e garantias resultam lesionados quando o exercício das faculdades que a lei reconhece ao empregador limite o pleno exercício daqueles sem justificação suficiente, de forma arbitrária ou desproporcional, ou sem respeito ao seu conteúdo essencial. Em igual sentido se entenderá as represálias exercidas contra os trabalhadores, em razão ou como conseqüência da atividade fiscalizadora da Direção do Trabalho ou por exercício de ações judiciais.

Os artigos iniciais do código listam direitos dos empregados que devem ser respeitados pelos empregadores, mas garantem, de outro lado, à classe patronal outros direitos exercitáveis em face dos empregados. Se vistos isoladamente, poder-se-ía argumentar que há incompatibilidade entre eles, mas o novel artigo 485, III, cuidou de deixar bem claro que só há falar em violação dos direitos dos empregados quando o exercício dos direitos de gestão ofenderem de forma desproporcional os direitos dos empregados. Por exercício de lógica formal, a legislação está a admitir, com ineditismo a ser aplaudido na latino-américa, a possibilidade de retração dos direitos dos obreiros,

em alguma medida, desde que não seja a restrição desproporcional, de acordo com as circunstâncias dos casos concretos.

Aquilo que é lição elementar na dogmática constitucional, de que os direitos fundamentais, que ocupam a estrutura de princípios, não são absolutos, na medida em que comportam restrições quando de sua aplicação, passa a fazer parte do sistema de direito positivo do Chile, no que toca aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Sergio Gamonal Contreras, comentando a mudança de paradigma vivida na legislação chilena, diz que alguns são os requisitos para que se considere legítima a restrição de direitos fundamentais dos trabalhadores: 1) deve existir uma justificação suficiente; 2) não deve ser a limitação arbitrária ou desproporcional; 3) não deve afetar o núcleo essencial do direito; 4) não deve tratar-se de uma represália do empregador.[52]

No entanto, segundo Gamonal Contreras, não basta a alteração legislativa, mas principalmente uma mudança de metodologia dos aplicadores do direito. A postura que se espera do novo magistrado trabalhista chileno é a pós-positivista[53]:

> O novo procedimento laboral da lei chilena representa uma mudança muito importante na atividade de tutela dos trabalhadores. Nada obstante, também implica uma série de desafios para a função jurisdicional.
>
> Um primeiro desafio guarda relação com o conhecimento e aplicação da dogmática dos direitos fundamentais. Estes operam como princípios e não como regras, o que implica um labor reflexivo de ponderação, que analisa cada caso e que deve fundamentar-se adequadamente para que este procedimento se legitime.

---

[52] Contreras, *Los Princípios y La Ponderación Judicial: El Rol del Juez en el Proceso Del Trabajo Chileno*, p. 173. (tradução livre do original em espanhol).

[53] Cita o autor duas decisões judiciais em que os magistrados trabalharam com a proporcionalidade na solução da colisão de direitos fundamentais de empregados e empregadores. Uma delas, de setembro de 2008 (Madrid c. Kronos, Rol 08-4-0001305-6), declara a nulidade de uma dispensa realizada a pretexto de a obreira ter enviado pelo e-mail particular, monitorado em sigilo pela empresa, informações de caráter privilegiado. O Tribunal reconhece a possibilidade de restrição do direito fundamental ao sigilo e a privacidade da empregada, mas, após exercício de ponderação, entende que, no caso concreto, a atitude patronal importou em violação desproporcional do direito à privacidade. Acrescentou o Tribunal que a conduta patronal de fiscalização secreta do e-mail privado da empregada afetou o conteúdo essencial do direito à privacidade, por isso foi tida como desproporcional (Cf. Contreras, op. cit., p. 185).

> Um segundo desafio radica na operação mesma de ponderação, que se exige avaliar também os direitos fundamentais do empregador. Por isso, se bem é um procedimento protetor, inclusive a mesma lei enumera os requisitos para os quais, eventualmente, poderia modular-se um direito fundamental do trabalhador dentro da empresa.[54]

Guardadas as devidas diferenças entre o direito positivo nacional e o chileno acima transcrito, o que pretendemos como uma das hipóteses do trabalho é inserir a mesma metodologia pós-positivista, calcada na proporcionalidade, como ferramenta adequada a solver os conflitos entre os direitos de empregados e empregadores.

Em importante Seminário Internacional que contou com juristas da área trabalhista de toda a latino-américa, a partir de cujo evento se tentou sistematizar um Código-Tipo aplicável à América Latina, o colombiano Augusto Conti Parra, responsável pelo tema dos princípios, advertiu que:

> Um Código-Tipo tem, por conseguinte, o primordial objetivo de neutralizar a ideologia mediante uma proposta de centro que reduza a busca frenética da panacéia única e excludente que tem semeado o ódio e a destruição entre nossas gentes. Nessa medida, o legislador comunitário tem o grande desafio de conceber fórmulas de harmonia que permitam o uso comum de princípios protetores sem desprezar o axioma irrefutável da liberdade. [55]

E arremata em tom conclusivo a sua exposição:

> Corolário direto de anteriores evidências, expressas, além disso, em outras manifestações de empobrecimento, é o de que há uma lacuna entre o direito e a realidade, que, se não preenchida por meio da desregulamentação e da flexibilização dos princípios que secularmente tem orientado a matéria, conduzirá a uma irreversível degradação da renda e, por conseguinte, do consumo que, no espaço de três anos, produziria uma situação de falência inevitável. A salvaguarda do emprego, o crescimento da produtividade e a introdução de novas tecnologias, que refletem um problema de ajuste estrutural, só podem ter soluções no âmbito da empresa. Dessa forma, para começar se deveria considerar a possibilidade de um recesso na contratação coletiva por setores. A extensão simultânea de certas formas de emprego, chamadas comum e impropriamente *atípicas ou precárias*, como o trabalho temporário, o trabalho por tempo parcial, o trabalho compartido, o trabalho em domicílio ou o trabalho desenvolvido mediante contratos de tempo determinado – que na realidade são um fato incontestável e estão demonstrando vantagens para

[54] Contreras, op. cit., 186-187.

[55] Parra, Princípios para um “Código-Tipo” de Direito do Trabalho na América Latina, p. 246.

> conjurar o desemprego – deveriam ser entendidos e ser estendidos como forma conjuntural aceitável nesses períodos de crise.[56]

No mesmo evento, retratando a situação mexicana, que já foi modelo de Estado Social de Direito, na medida em que foi o primeiro país do mundo a elevar para o nível constitucional os direitos fundamentais de proteção dos trabalhadores, adverte Baltasar Cavazos Flores:

> O México chegou a ser o paladino do novo Direito do Trabalho. Depois veio uma explosão legislativa, cujos limites começaram a roçar os da demagogia. O Direito do Trabalho se converteu logo num direito de tipo eleitoral. Durante quase quarenta anos (de 1931 a 1970), tivemos uma legislação trabalhista que exportamos para a América Latina. Mas cada país ibero-americano aspirava a ser o mais generoso, o que mais direitos concedia à classe trabalhadora. Assim teve início uma intensa competição legislativa entre o México e a Argentina, entre a Colômbia e o Peru, entre o Brasil e o Uruguai, com vistas a conceder direitos irrenunciáveis aos trabalhadores. A crise econômica e a influência do Fundo Monetário Internacional (FMI) têm sido determinantes na modificação das tradicionais políticas trabalhistas. O FMI exigiu e o México se viu na necessidade de aceitar: a) contenção salarial; b) maior arrecadação impositiva; c) redução substancial do gasto público. Isso afetou seriamente a situação dos trabalhadores e dos empresários, e do alto do Direito do Trabalho na América ibérica, da noite para o dia, o México se emprobeceu de forma integral, o trabalhador mexicano já não quer ganhar mais e trabalhar menos; agora só quer sobreviver. Os patrões já não querem mais lucros pelo risco de seu capital investido. Agora só querem não falir nem encerrar seus negócios.[57]

O que retrata o autor mexicano é o colapso do modelo constitucional social, de viés marxista, demonstrando a necessidade de busca do equilíbrio com os ideais de matriz liberal. Acreditamos, diferentemente do que ocorre no México, que a nossa Carta Constitucional de 1988 já encampou essa mudança de paradigma, incorporando tanto princípios de ordem social, quanto aqueles de viés liberal, restando fazer, como se dá com a experiência chilena, uma mudança de paradigma nos métodos de aplicação.

---

[56] Parra, op. cit., p. 261.

[57] FLORES, La flexibilización, em Novedades y tendencias actuales del derecho del trabajo, p. 21.

2. A CIÊNCIA JURÍDICA

2.1. A evolução da ciência jurídica

O direito é corolário da vida em sociedade, daí por que afirmam estudiosos de filosofia e história do direito[58] que nos grupos sociais primitivos a forma de vida era nômade, promiscua e sem normas de convivência predeterminadas. Nos tempos que se seguiram, com o fim da promiscuidade e nomadismo, os grupos passaram às fases do matriarcado e do patriarcado, sendo o chefe da família, ora a mulher ora o homem, quem detinha a palavra final quanto aos padrões de comportamento, mas tais padrões não eram uniformes e não observavam nenhuma racionalidade.

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

Com as remotas legislações – a partir do Código de Hamurabi (2.000 a.C.) – os reis tomaram dos chefes de família o poder de dizer o direito para a sociedade, ora delegando aos sacerdotes e aos juízes. "Surge, assim, a fase da composição, pela qual os povos substituem a vingança privada (...). Com a *compositio* tem-se a criação do

[58] Por todos: WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 3 ed. Tradução António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. HESPANHA. António Manuel. **Cultura Jurídica Européia**: Síntese de Um Milênio. 3 ed. Lisboa: Europa-América, 2003. NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

processo judicial, caracterizado pela figura do julgador, existência do litígio e de regras sociais a serem aplicadas."[59] Embora codificado, o direito na antiguidade, assim como em Roma, onde sofreu sérios aprimoramentos, expressava a sedimentação dos usos e costumes da população, assim como se dá, em maior ou menor medida, atualmente no direito moderno, segundo alguns autores.[60]

2.1.1. Jusnaturalismo

Com a chegada da idade média, anunciada com a queda do império romano, formação das pequenas sociedades em torno dos feudos e fim dos poderes reais, a grande instituição que ganhou projeção foi a Igreja Católica. A partir de suas doutrinas, o direito confundiu-se com o divino. As filosofias de Paulo de Tarso, São Paulo, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, este último que divisou as quatro espécies de leis: a eterna, a natural, a divina e a humana[61], pavimentaram o caminho para o apogeu do direito natural, em sua primeira fase teológica.

A característica básica do jusnaturalismo é o reconhecimento da existência de direitos além daqueles previstos na legislação, sejam pressupostos da teologia, em sua primeira fase, sejam pressupostos racionalmente, afastando-se do divino. O direito legislado deve submeter-se aos direitos naturais dos homens, que se encontram em nível superior. Como já dito, os direitos naturais foram, no início, identificados com os

---

[59] Nader, Filosofia do Direito, p. 93.

[60] "Malgrado a aparência racionalista, tais as inovações que apresentam, os códigos atuais refletem princípios e critérios que se formaram ao longo do tempo, espelhando o pensamento e as aspirações sociais. Enquanto o Direito antigo se manteve costumeiro, o contemporâneo se apresenta tecnicamente evoluído através de códigos, onde as regras de organização e de comportamento social se interdependem e formam um corpo sistemático de disposições. Alguns povos, todavia, se adaptaram ao Direito não-escrito e com ele se identificaram e conservam até o presente essa forma de expressão jurídica. Isso ocorre com os países filiados ao sistema do *Common Law*." (Nader, op. cit., p. 95).

[61] TOMÁS DE AQUINO. S. **Suma Teológica.** Tradução Carlos Josaphat Pinto de Oliveira (coord.). Tomo I-IX. São Paulo: Edições Loyola, 2001-2006.

mandamentos divinos e em um segundo momento com preceitos gerais de ordem racional, como o direito inato de liberdade.

O direito natural de vertente teológica sofreu dois sérios golpes a partir do século XIV, com as contribuições de Guilherme de Ochkam, franciscano, mas que por valer-se do método empirista em sua filosofia, passou a divisar aquilo que era divino (metafísico) do que era científico, passível de comprovação pela experiência. O outro autor que deu o mais duro golpe no direito natural teológico foi Hugo Grócio, já na idade moderna, século XVI, para quem o direito natural independia da vontade divina, pois o direito natural existiria mesmo que Deus não existisse, sendo fruto da racionalidade do homem[62]. É também dele a idéia rudimentar de contrato social que, posteriormente, foi aprimorada, em suas diversas vertentes, por Thomas Hobbes (absolutista), John Locke (liberalista), Samuel von Puffendorf e Jean Jacques Rousseau, culminando com a lição desse último de que os cidadãos, para preservar seus direitos naturais inatos, haveriam de delegá-los ao Estado em troca dos direitos civis[63].

A Escola Racionalista do Direito Natural ancorava-se em quatro premissas, segundo Paulo Nader: 1) o reconhecimento de que a natureza humana seria fonte do direito natural; 2) a admissão da existência, em épocas remotas, do estado de natureza, onde o homem vivia sem a intervenção do Estado e das leis positivadas; 3) o contrato social como origem da sociedade e do Estado e, na sua esteira, o surgimento da legislação; 4) a existência de direitos naturais inatos, anteriores ao surgimento da lei.[64]

Foi Immanuel Kant o último e maior expoente do direito natural racionalista, na medida em que conciliou, com o seu fenomenalismo, o racionalismo e o empirismo,

---

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

[63] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

[64] Nader, op. cit., p. 132.

duas correntes de pensamento contrapostas. Foi David Hume quem o influenciou nas idéias empiristas. Para Kant, o direito natural decorria da liberdade humana, com total independência da legislação externa. A legislação apenas aplicava com mais detalhes os princípios racionais de origem natural. Aquela era uma decomposição destes[65].

Uma das maiores contribuições do direito natural racionalista foi o conceito de sistema, com seus pilares de ordenação e unidade. Também foi o empirismo que, depois de difundido por Hume e Kant, que deu ares de cientificidade ao direito, mais a frente abrindo caminho para o desenvolvimento do positivismo filosófico e, na esteira, o positivismo jurídico, em suas mais variadas formas.

O direito natural, em suas duas vertentes, preocupa-se com a idéia maior de justiça, rivalizando-se, quando da fase positivista, com a segurança jurídica, princípios que, em maior ou menor medida, são homenageados pelas atuais constituições.

O direito natural não foi completamente superado pela passagem do tempo, antes rivaliza-se com o positivismo, em etapas históricas cíclicas, ora com maioria de adeptos ora com minoria; as vezes com teorias mais refinadas as vezes não. No Brasil, são adeptos do jusnaturalismo Goffredo Telles Júnior, com seu direito quântico, e, ao que tudo indica[66], Paulo Nader.

Inobstante o vicejo da etapa racionalista do direito natural, alguns autores, tais como Henrique Coccejo (sucessor de Puffendorf em Heidelberg), Giambatista Vico e Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, para quem as leis não eram fruto da razão, mas de fatores culturais e sociológicos[67], criticavam as teorias do direito natural racional. Montesquieu não era nem jusnaturalista racional nem teológico, de

---

[65] KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

[66] "Abandonar a idéia do Direito Natural é manifestação mais grave ainda, porque tal renúncia corresponde à tese de que não há, para o Estado, qualquer limite na sua tarefa de legislar, sendo-lhe franqueadas todas as formas de totalitarismo." (Nader, op. cit., p. 172).

[67] MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis.** 9 ed. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2008.

modo que sua doutrina identificou-se com a nova Escola Histórica do Direito (costume como fonte primordial do direito – Friedrich Carl von Savigny como maior expoente).

Variadas correntes de pensamento jurídico frutificaram entre os séculos XIX e XX, cada qual com diretrizes que às vezes se aproximavam do direito natural alheio à legislação, às vezes identificando o direito com o texto legal, como se deu com a Escola da Exegese[68]. Diversas fórmulas de explicação do direito foram desenvolvidas, por todas podendo se referir ao Utilitarismo de Jeremy Bentham, Teleologismo de Rudolf v. Ihering, Sociologismo de Eugen Ehrlich, Jurisprudência sociológica norte-americana de Roscoe Pound e Benjamin N. Cardozo e o Realismo Jurídico.

2.1.2. Positivismo jurídico

O antecedente filosófico do positivismo jurídico foi a obra Curso de Filosofia Positiva, em seis volumes, de Augusto Comte, escrita entre os anos de 1830 e 1842. O seu positivismo sociológico negava a metafísica, o racionalismo dedutivo, valorizando o empirismo, a experimentação dos fatos como comprovação da cientificidade. Não foi por outra razão que juristas com inclinação empirista negavam o caráter científico do direito, visto como metafísico. Negavam, também, o direito natural, seja teológico seja racional, que era carente de comprovação pela experiência.

Passagem histórica importante para explicar o positivismo jurídico foi aquilo que se convencionou chamar de Círculo de Viena[69]. O método experimental aplicado

---

[68] A Escola da Exegese francesa, com influência direta na formação da Escola Pandectista alemã e na Escola Analítica de Austin na Inglaterra, diferentemente do positivismo clássico, pregava que o direito natural influenciava o legislador e, por isso, os códigos refletiam os direitos inatos do homem, bem por isso não poderia o intérprete/aplicador afastar-se do texto legal. Muito embora coincida com o positivismo quanto aos métodos lógico-matemático e empirista no estudo do direito positivo, a exegese se distancia quando reconhece a existência de direito inatos e naturais, ainda que depois positivados. (Cf. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50).

[69] Para maiores aprofundamentos quanto ao movimento ver MENDES, Sônia Maria Broglia. **A Validade Jurídica**: Pré e Pós Giro Lingüístico. São Paulo: Noeses, 2007 e CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário:** Linguagem e Método. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2008.

nos estudos das ciências da natureza atingiu enorme sucesso, com a valorização dos fatos concretos, experimentados, aplicando-se uma concepção mecanicista à natureza. O procedimento científico universal era, resumidamente, decomposto em três etapas: 1) observação dos fatos; 2) formulação de hipótese; 3) experimentação, para confirmação da hipótese e fixação do conhecimento como científico. Por outro lado, abandonou-se à metafísica, intitulando de não-ciência aquilo que não era comprovado pela experiência, como, de resto, se dava com o Direito e suas diversas correntes citadas alhures.

Foi nesse contexto histórico-filosófico que nos cafés de Viena, Áustria, por volta do ano de 1907[70], diversos estudiosos, das mais diversas áreas, reuniam-se uma vez por semana para discutir temas de filosofia. Um dos seus objetivos principais era a unificação do método científico, tanto para as ciências da natureza quanto para aquelas conceituadas de humanas. Os pilares de sustentação da empreitada eram a utilização do método lógico-matemático e a precisão na linguagem da ciência. Do grupo fizeram parte, entre outros, Sigmund Freud, Bertrand Russel, Karl Popper, John Stuart Mill, Ostwald von Neurath, Rudolf Carnap, Felix Kaufmann e Moritz Schlick, este último integrante após o fim da primeira guerra mundial e da retomada dos encontros.

Paulo de Barros Carvalho diz que alguns dos líderes do grupo de Viena, em 1929, publicaram um manifesto onde estava expresso o programa neopositivista, com as seguintes diretrizes: a) formação de uma ciência unificada, abrangendo todas as formas de conhecimento; b) o meio para tanto era o método lógico; c) os resultados da aplicação desse método seriam a eliminação da metafísica e a clarificação de conceitos da matemática e das ciências empíricas; d) Estavam listados os precursores, cujas teorias empolgaram o movimento: David Hume, Gottlob Frege, Ernst Mach, Ludwing Josef Johann Wittgenstein, Augusto Comte, entre outros[71].

---

[70] Com interrupção durante a primeira guerra mundial, retornando por volta de 1922.

[71] Carvalho, Direito Tributário, p. 23-29, passim.

O grupo se desfez nas vésperas da segunda guerra mundial, quando da ocupação da Áustria pelos nazistas. Em 1936, Moritz Schlick foi assassinado. A maioria de seus integrantes refugiou-se em diversos países, principalmente Inglaterra e EUA.

O único jurista a participar do grupo de Viena foi Hans Kelsen que, refletindo a influência do neopositivismo lógico, tentou empregar no estudo do direito os métodos empírico-matemáticos aplicados às ciências da natureza e unificados pelo Círculo de Viena. A sua obra célebre foi a Teoria Pura do Direito[72] (1934, com a segunda edição contendo ampliações e correções de 1960). Uma de suas premissas metodológicas era a pureza metódica, extremar, no estudo do Direito, a norma jurídica (objeto da Ciência) dos fatos e dos valores (política, ética e a moral)[73]. Não que os fatos e valores fossem irrelevantes para o fenômeno jurídico, apenas que não era objeto da Ciência do Direito e sim de ciências paralelas, como a Sociologia Jurídica e a Filosofia do Direito.

Não há dúvida que Hans Kelsen foi quem deu dignidade científica ao direito, com o desenvolvimento de vários de seus conceitos atuais, como diferenciação entre a norma jurídica (construção do jurista) e a proposição jurídica (texto legislativo), sanção, ilícito, dever jurídico, responsabilidade, direito subjetivo, relação jurídica, entre outros[74].

Na feliz síntese de Luís Roberto Barroso:

> Surgem os mitos. A lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito – ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separado da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo,

[72] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

[73] "Quando a si própria se designa como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental" (Kelsen, op. cit., p. 1).

[74] Kelsen, op. cit., passim.

> sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.
>
> Na aplicação desse direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz – *la bouche qui prononce les paroles de la loi* – é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo. Em síntese simplificadora, estas são algumas das principais características do Direito na perspectiva clássica: a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Tudo regido por um ritual solene, que abandonou a peruca, mas conservou a tradição e o formalismo. Têmis, vendada, balança na mão, é o símbolo maior, musa de muitas gerações: o Direito produz ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade.
>
> Ou talvez não seja bem assim.[75]

Embora a primeira edição de sua Teoria Pura do Direito seja de 1934, Hans Kelsen desde 1911 já tinha publicado a obra Problemas Capitais da Teoria do Direito Estatal, assumido a cátedra de Filosofia Jurídica na Universidade de Viena em 1919, capitaneado a elaboração da nova Constituição austríaca de 1920, primeira no mundo a prever o controle de constitucionalidade e foi Juiz da Corte Constitucional até 1929. Por ser judeu, refugiou-se nos EUA diante da perseguição nazista e, na Universidade de Berkeley, Califórnia, encontrou tranqüilidade para desenvolvimento de seu trabalho[76], notadamente as alterações para a segunda edição da Teoria Pura do Direito de 1960, devido ao contato estreito que manteve com jurista e com o sistema do *Common Law*.

Dois foram os mais célebres difusores das idéias de Hans Kelsen, Herbert L. A. Hart, em Oxford, Inglaterra, e Norberto Bobbio, em Turim, Itália. O primeiro sintetizou as teses positivistas em quatro hipóteses: 1) Não há nexo entre o direito e a moral; 2) A identificação do direito com mandatos prescritivos de conduta; 3) O estudo do direito deve isolar-se de temas éticos, sociológicos, políticos e teleológicos; 4) Devido ao

---

[75] Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), p. 12/13.

[76] Cf. KUNZ, Josef. **La Teoria Pura del Derecho.** México: Editora Nacional, 1974, p. 13, disse que Hans Kelsen lhe escreveu uma carta onde dizia que: "Foi-me possível, recentemente, comprar uma pequena casa aqui na bela Califórnia. De meu escritório, descortino a magnífica Baía de São Francisco e até o Oceano Pacífico. Em meu pequeno jardim, crescem rosas, umas maravilhosas rosas roxas, que alegram meu coração."

caráter lógico do direito, as decisões judiciais devem ser elaboradas sem apoio nas variantes do item anterior, apenas aplicando o direito positivo por subsunção[77].

Talvez o "pecado original" do positivismo normativista kelseniano tenha sido o desprendimento da moral – da justiça e do direito natural, como conseqüência –, daí porque foi teoria fértil para que sementes totalitárias fossem plantadas. O próprio regime nazista, que perseguiu Kelsen, utilizou de vários expedientes positivistas para justificar suas atitudes pela legislação. O vilipêndio praticado contra a dignidade das pessoas durante a segunda guerra mundial, cujas atitudes estavam previstas no sistema legal, despertaram críticas ao positivismo normativista, buscando uma nova reaproximação do direito à moral. E o mecanismo utilizado pelos anti-positivistas foi dar maior importância aos princípios jurídicos e aos direitos fundamentais cristalizados nas constituições.

Calha aqui dizer, como feito em relação ao tópico do jusnaturalismo, que as novas teorias pós-positivistas não tiveram o condão de sepultar o juspositivismo, tanto é que a maioria do direito positivo nacional foi inspirado e desenvolvido a partir de idéias e métodos positivistas. Como reflexo, a maioria dos juristas nacionais desenvolve sua ciência com apoio no método kelseneano, notadamente aqueles da área trabalhista[78], até os dias atuais, como já ficou sublinhado no primeiro capítulo.

2.1.3. Pós-positivismo

Certo de que o jusnaturalismo, com seus alargamentos e as possibilidades infinitas de interpretação, e o positivismo exacerbado, com a submissão acrítica à lei, que no mais das vezes não representa a vontade do povo, mas favores da classe

---

[77] HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 5 ed. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

[78] O principal deles, Américo Plá Rodriguez, reconhece nos princípios jurídicos apenas as funções informadora da legislação, normativa (no sentido, apenas, de integração de lacunas) e interpretativa. (Rodriguez, op. cit., p. 43-44).

dominante, foi que surgiu o novo modelo metodológico *pós-positivista,* podendo ser conceituado como o método que revisita institutos do *jusnaturalismo*, com exacerbação da justiça das decisões e a proteção dos direitos fundamentais, mas que também colhe diversos institutos do positivismo, na medida em que o sistema da ciência do direito para os pós-positivistas (metasistema) também é composto de regras jurídicas, para cuja interpretação/aplicação os métodos positivistas ainda são, em parte, satisfatórios.[79]

O avanço do *pós-positivismo* foi reconhecer a força normativa dos princípios, na medida em que no modelo positivista estes eram relegados à uma função apenas secundária, utilizados para colmatar lacunas, ainda assim depois da analogia e dos costumes[80], além de seus viés interpretativo e informador do legislador. Seu campo de aplicação era restritíssimo; agora, no novo modelo, tem força igual a das regras.

Esse novo grupo de juristas críticos ao positivismo normativista, identificado nas figuras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, e no Brasil Willis Santiago Guerra Filho, Paulo Bonavides e Virgílio Afonso da Silva, procurou buscar não um retorno ao direito natural, mas aproximar o direito da moral, sem descuidar da segurança jurídica como um valor fundamental do direito. A grande contribuição foi reconhecer a força normativa dos princípios jurídicos[81] e a integração do sistema tanto pelos princípios quanto pelas regras, cada qual com seus métodos de aplicação. O traço diferencial entre esse novo grupo e aqueles do direito natural, é que no jusnaturalismo se desenvolve a posição da existência de direitos inatos, anteriores à legislação; já para o pós-positivismo, a moral

---

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

[80] No Brasil, por exemplo, os artigos 4º da LICC e 126 do CPC.

[81] Antes de Dworkin e Alexy, alguns juristas já fizeram referência aos princípios, mas sem sistematizá-los com a mesma profundidade. Por todos: ESSER, Josef. **Principio y Norma em la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado.** Tradução Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

interpenetra no direito por meio dos princípios, colhidos no direito positivo e das normas constitucionais, principalmente, na forma de direitos fundamentais[82].

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

> A possibilidade de lidar com valores no direito de forma racional e intersubjetivamente controlável, que é própria da ciência, assume uma importância decisiva ao se pretender adotar um modelo epistemológico que supere a antítese entre aquele do positivismo normativista, axiologicamente neutro, e o seu oposto jusnaturalista, das mais diversas formas.[83]

Importante consignar que os referidos juristas estrangeiros não se intitulavam pós-positivistas, sendo essa nomenclatura lhes atribuída pelos juristas brasileiros que seguiram suas lições. Tanto Dworkin quanto Alexy intitulavam-se contrários ao modelo positivista normativista, mas não atribuíram ao modelo que estavam teorizando a pecha de uma "terceira via", superadora da dualidade jusnaturalismo X juspositivismo[84]. Foram as propostas que se seguiram, desenvolvendo a dogmática dos direitos fundamentais, que parece ter inaugurado uma nova fase na epistemologia jurídica[85] [86].

---

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

[83] Guerra Filho, op. cit., p. 117.

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

[85] Alguns mais cautelosos, como Tércio Sampaio Ferraz Jr., dizem que: "Não vamos apresentar nenhum panorama de diferentes escolas neste século. Mesmo porque elas representam problemas ainda não fixados cabalmente nos seus contornos. Ao contrário, são problemas do nosso dia-a-dia. Nossa intenção

2.2. A posição de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin é norte-americano da cidade de Worcester, Massachusetts, de 11 de dezembro de 1931. Cursou Direito na *Harvard Law School* e foi professor de Teoria do Direito (*Jurisprudence*) na Universidade de Yale. Já no ano de 1969 sucedeu Herbert L. A. Hart na Universidade de Oxford, Inglaterra, na cátedra de Teoria do Direito, da qual já se aposentou. Hodiernamente é *Quain Professor of Jurisprudence, University College London*, desde 1998, e também *Frank Henry Sommer Professor of Law, New York University School of Law*, desde 1975, nas cátedras de Teoria do Direito e Filosofia do Direito[87].

A sua linha ideológica é crítica ao liberalismo, por essa razão sua lição de direito tem como mote o ataque ao utilitarismo econômico e ao positivismo jurídico[88]. Os primeiros ensaios sobre o tema foram refundidos e ampliados na obra *Taking Rights Seriosly* de 1977, por *Harvard University Press*, traduzida no Brasil pela Editora Martins

---

é apenas delineá-los com o intuito de levantar material para uma análise da Ciência do Direito do nosso cotidiano." (Ferraz Jr., A ciência do direito, p. 36).

[86] Alguns juristas pátrios, adeptos do pós-positivismo, também se intitularam de neoconstituicionalistas, nomenclatura empregada na Espanha e na Itália, como de resto se deu com o grupo da UERJ liderado por Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[87] O resumo de seus dados biográficos foi colhido da sua página pessoal no sítio da Universidade de Nova Iorque, acesso em 04.01.2010, no endereço <http://its.law.nyu.edu/facultyprofiles>. Também consultada sua biografia na Enciclopédia Livre Wikipédia, acesso em 04.01.2010, no endereço <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ronald_Dworkin>.

[88] Não é por outra razão que o autor utiliza como objeto de sua crítica as teorias desenvolvidas pelo jurista positivista Herbert Hart, seu antecessor em Oxford: "Desejo examinar a solidez do positivismo jurídico, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H. L. A. Hart. Resolvi concentrar-me na sua posição não apenas devido a sua clareza e elegância, mas porque neste caso, como em quase todas as outras áreas da filosofia do direito, o pensamento que visa construir deve começar com um exame das concepções de Hart." (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed., Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 27).

Fontes, São Paulo, 2002[89]. Referida obra é considerada o marco doutrinário do modelo pós-positivista, razão pela qual será analisada nas linhas que se seguem.

Esclarece o autor no início de sua obra que o contexto jurídico-histórico em que ela foi pensada refletia uma fase de transição, com questionamentos filosóficos profundos, da magnitude de questionar o que era o direito. Diz ele que uma teoria geral do direito, para ter a pretensão de ser completa, deve ser normativa e conceitual. O primeiro grupo deve conter uma teoria acerca da aplicação do direito pelos juízes aos casos difíceis (*hard cases*), tópico esse que empolgou o desenvolvimento do que a sua tese tinha de inovadora, qual seja o reconhecimento de que, ao lado das regras, o direito era composto também por princípios.

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

Contudo, entende Dworkin que quando "os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões"[90].

Para exemplificar a invocação de princípios nas decisões, quando o direito positivo não fornece a solução adequada ao caso, ou até mesmo em razão de uma injustiça, Dworkin rememora o caso *Riggs vs Palmer*[91], de 1889, quando um Tribunal de Nova Iorque teve que decidir, com fundamento em princípios e contra as regras de

---

[89] A versão utilizada para a pesquisa foi DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed., Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[90] Dworkin, Levando os direitos a sério, p. 35-36.

[91] 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889)

direito positivo, que um herdeiro testamentário não teria direito ao quinhão da herança por ter assassinado o testador, seu avô. Naquele caso, nada obstante presentes todos os requisitos formais e materiais para recebimento da herança, o Tribunal entendeu que "todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiando-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniqüidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime"[92].

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

> A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é valida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.[93]

Já os princípios possuem uma dimensão de peso, pelo que uns são mais importantes que outros, bem como a sua estrutura não aponta uma única solução, mas diretrizes e valores a serem alcançados. Os princípios não são aplicáveis pelo método da subsunção, mas são aplicáveis por ponderação, em cada caso concreto, de acordo

---

[92] Dworkin, op. cit., p. 37.

[93] Dworkin, op. cit., p. 39.

com o peso dos princípios contrapostos em determinado caso objeto de julgamento. É como se os princípios pudessem, estaticamente, serem ranqueados de acordo com a sua importância para o sistema, de modo que em cada caso concreto, pesando os princípios em colisão, o julgador daria prevalência para aquele melhor ranqueado, sem que aquele afastado fosse extirpado do ordenamento por invalidade. Em outro caso de colisão, aquele princípio outrora afastado, desde que possua um peso maior, deverá prevalecer sobre outro princípio diverso e contraposto.

Em palavras suas:

> Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia[94].

Importante passagem da doutrina de Dworkin é quando ele reconhece que a norma jurídica que tem estrutura de princípios reflete apenas a proteção aos direitos individuais, enquanto os interesses coletivos recebem o epíteto de políticas.

Depois de demonstrar que, a despeito de fundamentar que estavam criando direito novo, os juízes na verdade aplicavam normas jurídicas que não tinham a forma de regras e sim de princípios e políticas, principalmente na solução dos casos difíceis, o autor homenageado avançou para questionar se os novos padrões que tinham a forma de princípios integravam também o sistema jurídico ou, se não faziam parte do direito, e os juízes, quando de sua aplicação, colhiam diretrizes fora do sistema. Dessa sua pertinência ou não ao sistema decorre a conclusão de saber se os princípios são ou não obrigatórios, assim como as regras, nada obstante o método de aplicação seja diverso (subsunção X ponderação – dimensão de peso)[95].

---

[94] Dworkin, op. cit., p. 42.

[95] "Os princípios mais fundamentais da Constituição, que definem o modo de fazer as leis e quem é competente para fazê-las, podem ser considerados como partes integrantes do direito? Essa questão conceitual remete, claramente, a outros problemas de legitimidade e jurisdição. Se os princípios políticos

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

Para ele, ao contrário dos testes de pertinencialidade ao sistema aplicados às regras pelos positivistas, os princípios podem ser reconhecidos como integrantes do direito a partir de um teste de desenvolvimento gradual, em um sentido de oportunidade e conveniência, dados pela sociedade e pela prática dos tribunais (direito costumeiro). Dworkin defende que existem direitos anteriores a qualquer forma de legislação, com a forma de princípios de ordem moral, invocados na resolução dos casos difíceis, daí porque é ele considerado um defensor do jusnaturalismo por Rodolfo Luis Vigo[96]. Na própria obra então estudada, Dworkin responde aos seus críticos, entre eles Richards, o qual intitula Dworkin de defensor do "direito natural metodológico", em contraposição ao antigo direito natural ortodoxo. Acrescenta Dworkin, em resposta às críticas, que:

> Nosso desacordo, suponho, advém do fato de que Richards não avalia suficientemente as diferenças entre a teoria do direito natural ortodoxo e a teoria do direito que venho tentando defender. Uma teoria semelhante à apresentada anteriormente, melhorada e elucidada, certamente como necessita, pode oferecer uma sustentação muito mais concreta do que o positivismo jurídico, no que tange aos estudos sobre o "direito natural metodológico" que Richards recomenda e que apresenta de maneira competente[97].

---

inscritos na Constituição fazem parte do direito, a prerrogativa dos juízes para decidir o que determina a Constituição fica confirmada, pelo menos *prima facie*." (Dworkin, op. cit. p. X).

[96] VIGO, Rodolfo Luis. **Perspectivas Iusfilosóficas Contemporâneas:** Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Finnis. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

[97] Dworkin, op. cit., p. 519/520.

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

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

2.3. A Posição de Robert Alexy

Robert Alexy é alemão da cidade de Oldenburg, nascido em 09 de setembro de 1945. Graduou-se em Direito e Filosofia pela Universidade de Göttingen. Depois, com a tese sobre a Teoria da Argumentação Jurídica obteve o doutoramento (1976) e a habilitação ou livre-docência com a Teoria dos Direitos Fundamentais (1984). Professor Catedrático de Direito Público e Filosofia do Direito na Universidade *Christian Albrechts* de Kiel, Alemanha[98]. A sua tese de habilitação[99] é considerada uma das obras mais influentes acerca da dogmática dos direitos fundamentais, debatendo a formação do sistema jurídico com duas espécies normativas: regras e princípios, bem como os mecanismos de interação, para dar ordenação e unidade ao sistema.

No início de sua Teoria dos Direitos Fundamentais, Robert Alexy faz a opção metodológica de construir sua teoria tendo como objeto a Constituição alemã, excluindo as teorias históricas, filosóficas e sociológicas, abstratamente consideradas. Para ele,

---

[98] O resumo de seus dados biográficos foi colhido na Enciclopédia Livre Wikipédia, acesso em 12.03.2010, no endereço <http://pt.wikipedia.org/wiki/Robert_Alexy> e no resumo de seu *curriculum vitae* descrito nas contracapas de suas obras.

[99] **Theorie der Grundrechte** (1985, 5ª edição de 2006). ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

"A análise a ser aqui desenvolvida diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã"[100], por exemplo, respondendo quais direitos os cidadãos possuem enquanto membros da comunidade alemã, quais princípios vinculam a legislação estatal, conforme enuncia a Constituição, e quais as exigências para a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade.

Alexy procura desenvolver um mecanismo racional e fundamentado para dar resposta às questões que envolvem a atividade valorativa do intérprete quando aplica o direito positivo a uma determinada situação[101]. E pretende fazê-lo reconhecendo a força normativa dos princípios e a aplicação do método de sopesamento (ponderação).

Diferencia norma jurídica de enunciado normativo (ou dispositivo), sendo aquela o resultado da interpretação deste, para depois conceituar normas de direitos fundamentais como aquelas decorrentes da interpretação de algumas disposições da Constituição alemã, escolhidas conforme possam ser objeto de reclamação ao Tribunal Constitucional[102]. Como decorrência lógica, nem todos os dispositivos constitucionais enunciam normas de direitos fundamentais. Mais ainda, aquele grupo de dispositivos de direitos fundamentais, a partir da construção da norma pelo intérprete, passa a ocupar a estrutura de regras ou a estrutura de princípios. Por isso, "a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais".[103]

---

[100] Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 31.

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

[102] Guardadas as devidas proporções, seria como enunciar que seriam, na nossa Constituição de 1988, dispositivos de direitos fundamentais aqueles que admitem o manejo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF, do § 1º do artigo 102 da CF/88.

[103] Alexy, op. cit., p. 85.

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas existentes. São *mandamentos de otimização* que podem ser atendidos em diversos graus, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, estas últimas sendo determinadas pelos princípios e regras colidentes. Por outro lado, as regras jurídicas são normas que contém determinações definitivas, de modo que ou são satisfeitas integralmente ou não são, dependendo o primeiro caso de sua validade dentro do sistema. Portanto, a diferença entre regras e princípios não é uma distinção de grau ou de hierarquia, mas uma distinção qualitativa[104]. Também não há hierarquia entre os princípios que refletem normas de direitos fundamentais. Eles estão, abstratamente, no mesmo nível, mas quando sopesados um deles ou alguns passam a ter maior peso, conforme as circunstâncias do caso concreto. É o que Alexy intitula "lei de colisão".

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

Acrescenta Robert Alexy que:

> Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso.[105]

---

[104] Alexy, op. cit., p. 90-91, *passim*.

[105] Alexy, op. cit., p. 93-94.

O autor debate e afasta três possíveis objeções à sua teoria dos princípios. A primeira seria acerca da possibilidade da declaração de invalidade de um princípio, no mesmo modo que se dá com as regras. Alexy avança para dizer que poderão ocorrer situações em que princípios sejam declarados inválidos, como, por exemplo, aquele da segregação racial, que chocaria com os princípios da República, sendo, assim, inválido. Ocorre que quando se fala em colisão de princípios se está tratando de um método de resolução de antinomias dentro do ordenamento jurídico. Para que um princípio possa ser objeto de sopesamento, pressupor-se-á a sua pertinência no ordenamento jurídico e não a sua invalidade. Essa objeção apenas ajuda a aclarar a teoria dos princípios.

A outra objeção seria a existência de princípios absolutos no ordenamento, como o princípio da dignidade da pessoa humana, quando a Constituição alemã diz que "A dignidade humana é inviolável". Defende Alexy que a partir desse dispositivo podem ser construídas pelo intérprete tanto uma regra da dignidade humana quanto também um princípio da dignidade humana. O ponto merece uma melhor explicação.

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

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

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

As três máximas parciais que compõe a proporcionalidade são a adequação, a necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito). Por essa razão Robert Alexy acredita que a sua teoria confere racionalidade no trato dos valores no direito, os quais ocupam a estrutura de princípios, eis que a sua aplicação em cada caso concreto deve obedecer a "lei de colisão", consubstanciada na máxima de proporcionalidade, com as suas três máximas, que funcionam como regras, por corolário aplicáveis por subsunção e controláveis pelo aplicador.

No entanto, merece advertir, com Alexy, que:

> Embora o processo de sopesamento seja, como já foi demonstrado, um processo racional, ele não é um processo que sempre leva a uma única solução para cada caso concreto. Decidir qual solução será considerada correta após o sopesamento é algo que depende de valorações que não são controláveis pelo próprio processo de sopesar. Nesse sentido, o sopesamento é um procedimento aberto. (...) A vigência das normas de direitos fundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto *em face da Moral.*[106]

Depois de aprofundar algumas teorias paralelas, que escapam do objetivo da dissertação, retoma o autor a discussão acerca das restrições aos direitos fundamentais e as possibilidades em que isso ocorre. Em um ordenamento jurídico que contemple direitos fundamentais é impossível desenvolver a tese de que esses direitos seriam

[106] Alexy, op. cit., p. 543-544.

absolutos e, por isso, não poderiam sofrer restrições, simplesmente porque não há como garantir direitos fundamentais, individuais e coletivos, sem se recorrer à idéia de retração quando das colisões em casos concretos.

Por serem direitos de hierarquia constitucional, os direitos fundamentais só podem ser restringidos pela própria Constituição ou em razão dela. São duas espécies de restrição: 1) as restrições diretamente constitucionais; 2) as restrições indiretamente constitucionais, esta última dividida em explícitas e implícitas. As restrições diretas são feitas pelo próprio constituinte no bojo da Constituição Federal. As restrições indiretas ficam delegadas à legislação infraconstitucional. As delegações são explícitas quando o texto da Constituição determina que o legislador comum conforme determinado direito fundamental. A última hipótese é quando, implicitamente, o constituinte admite que os legisladores infraconstitucionais criem restrições aos direitos fundamentais. Restrições, é bom que se diga, absolutamente necessárias e proporcionais, sob pena de controle de constitucionalidade da legislação.

A medida de liberdade em que o legislador infraconstitucional pode restringir direitos fundamentais é a garantia do conteúdo essencial destes direitos, conforme diz o art. 19, § 2º, da Constituição alemã, na interpretação dada pelo Tribunal Constitucional. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que não pode ser violado, deve ser encontrado a partir da máxima da proporcionalidade, coincidindo com o seu resultado, após a aplicação. O núcleo essencial do direito fundamental coincide com o resultado da ponderação, em cada caso concreto, por isso não havendo como definir qual o seu núcleo essencial, abstratamente. Referida conclusão decorre das diversas teses acerca do suporte fático, amplo ou restrito, as quais, no entanto, fogem ao objeto de estudo.[107]

Ao final, Alexy defende que a racionalidade dada pela proporcionalidade é complementada pela utilização da correta argumentação jurídica no âmbito dos direitos

[107] Para aprofundamento: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008 e SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

fundamentais. Essa argumentação racional e legitimadora das decisões é dividida em duas partes: uma base de argumentação e um procedimento. Fazem parte da base o texto e a vontade do legislador constitucional, assim como a interpretação que lhe deu o Tribunal Constitucional, na forma de precedentes[108], e a doutrina (ou teorias materiais dos direitos fundamentais). A partir dessa base de sustentação, a argumentação deve prosseguir, sendo construída racionalmente em um mecanismo de imputação próprio dos discursos práticos (e jurídicos como uma de suas espécies).

2.4. A posição de Willis Santiago Guerra Filho

Foi Willis Santiago Guerra Filho quem introduziu no país as discussões sobre o princípio da proporcionalidade[109], inserindo-o no paradigma que se convencionou chamar de pós-positivista, como já comentado adrede. E foi o introdutor do tema, na medida em que vivenciou ainda na década de 80, quando do seu doutoramento na Universidade de Bielefeld, Alemanha, as experiências da Corte Constitucional daquele país e a doutrina correlata.

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

---

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

[109] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaios de Teoria Constitucional**. Fortaleza: Imprensa da Universidade Federal do Ceará, 1989. Refundida na obra **Teoria Processual da Constituição**. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

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

Esses últimos têm como característica a possibilidade de serem implícitos, pressupostos no ordenamento, ao contrário das regras. Desde Kelsen já se tinha a certeza de que os enunciados normativos presentes nos textos de lei eram diversos da norma jurídica, assim conceituada como construção do intérprete. Enquanto aqueles eram os átomos que compunham o sistema de direito positivo (objeto), as normas são os elementos integrantes do sistema da ciência do direito – metasistema –, resultado da atividade intelectiva do jurista. Os juristas positivistas, a partir do ordenamento posto, constroem normas apenas com a estrutura de regras, enquanto os pós-positivistas, ao lado das regras, constroem normas saturadas com a estrutura de princípios, podendo esses serem construídos a partir de diretrizes adotadas pelo ordenamento globalmente analisado, explicita ou implicitamente, não havendo necessariamente de derivar de determinado artigo legal em específico[110], como se dá, por exemplo, com os princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica.

Adverte acerca dos princípios que:

> Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si.[111]

---

[110] Como, no Brasil, autorizado expressamente pela Constituição Federal de 1988: § 1º do artigo 5°.

[111] Guerra Filho, Teoria Processual da Constituição, p. 9.

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

O procedimento para a aplicação dos princípios, notadamente a resolução da colisão que necessariamente haverá entre eles, o "princípio dos princípios" segundo o mestre de Fortaleza, é a proporcionalidade. Decomposta, como no modelo germânico, nas sub-regras da adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. Diz ele que "pode-se dizer que uma medida é *adequada*, se atinge o fim almejado, *exigível*, por causar menor prejuízo possível e finalmente *proporcional em sentido estrito*, se as vantagens que trará superarem as desvantagens."[112]

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

Citamos trecho elucidativo de sua posição:

> É esse *equilíbrio* a própria idéia do Direito, manifestado inclusive na simbologia da balança, e é a ele que se pretende chegar, com Estado de direito e

[112] Guerra Filho, op. cit., p. 66.

> Democracia. A proporcionalidade na aplicação é o que permite a co-existência de princípios divergentes, podendo mesmo dizer-se que entre esses e ela, proporcionalidade, há uma relação de mútua implicação, já que os princípios fornecem os valores para serem sopesados, e sem isso eles não podem ser aplicados.
>
> Aquela máxima de proporcionalidade, contudo, não é puramente formal e abstrata, já que se pode determinar com bastante precisão o seu, não acatamento, o que deve ter como conseqüência uma anulação de pleno direito – já se chegou mesmo a falar que ela é passível de subsunções, - o que a torna um misto de regra e princípio. (!) Nela se pode vislumbrar a norma fundamental que procurávamos, que não se situa somente no ápice de uma "pirâmide" normativa, estática, sendo passível de emprego também na "base" do ordenamento jurídico, em decisões de autoridades judiciais, ou administrativas, instaurando encadeamentos novos e válidos de normas, para atender às necessidades de transformações e adaptações do sistema normativo. [113]

Como pressuposto da ponderação entre os princípios é a sua característica de relatividade. "Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra – por exemplo, coletiva."[114]

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

Para o completo atendimento da *procedimentalização* da Constituição, passa a ser imprescindível a existência de um Tribunal Constitucional, como nos moldes da Europa ocidental, com formação plural, legitimada pela participação de todos os setores da sociedade civil. Incumbiria à Corte Constitucional permitir a participação dos sujeitos

---

[113] Guerra Filho, op. cit., p. 160.

[114] Guerra Filho, op. cit., p. 128.

interessados na solução do caso, notadamente os “sujeitos coletivos”, cada qual com o seu ponto de vista sobre a questão debatida. A legitimação estaria no procedimento.

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

2.5. Constituição Federal de 1988 e a sua opção político-ideológica

Karl Marx, em sua primeira fase, era estudante de direito da Universidade de Berlim, quando verificou que as idéias defendidas por seu professor Savigny, na prática desenvolvida pelo próprio mestre, eram subvertidas. Este último, baluarte da Escola Histórica do Direito, pregava doutrinariamente que dever-se-ía dar maior valor ao direito costumeiro ao contrário da tendência legislativa daqueles tempos. Entretanto, enquanto Ministro da Legislação da Prússia, Savigny patrocinou a edição de uma nova lei que criminalizava as pessoas que coletavam lenhas em florestas privadas, taxando uma prática costumeira da época, em crime. Provavelmente, descrente do direito, Marx passou a tratar dos pontos antecedentes a ele: a política e a economia, na medida em que, na visão dele, estes influenciavam na criação do direito. Entendendo a política e a economia, por corolário o direito também o seria, pois este nada mais é que um reflexo das opções políticas e econômicas do momento de edição da legislação[115].

[115] Para um maior aprofundamento das contribuições de Marx ao direito, com sua crítica à legislação, remetemos à obra já referida de GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva. 2001.

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

Ciclicamente, verificamos momentos de maior ascensão do liberalismo, como em outros a prevalência das idéias socializantes. Nos Estados Unidos da América, na qualidade de modelo liberal ocidental, também essas fases foram bastante marcadas. No Brasil não foi diferente. A opção político-ideológica liberal sofreu seu primeiro golpe com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929, quando o país, modelo de industrialização e desenvolvimento, mostra sinais de pobreza, recessão na economia e desemprego. Os ideólogos do liberalismo, mesmo naquele momento de aguda crise, continuaram a defender que, com o passar do tempo, o próprio mercado reagiria, sem a necessidade da intervenção do Estado na economia. De outro lado, algumas vozes, como a de J. M. Keynes diziam que: "A longo prazo todos estaremos mortos."[116]

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

O fim da segunda grande guerra mundial expandiu para o mundo os ideais do Estado de Bem-Estar Social, com a positivação de seus pilares nas Constituições, eis que os países em reconstrução dependiam da interveniência estatal. Não por acaso, começaram as Constituições a positivarem direitos sociais na qualidade também de direitos fundamentais, ao lado daqueles direitos individuais de matriz liberal, no que se convencionou chamar de direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais).

---

[116] KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Atlas, 1982.

Mesmo com o auge do *Welfare State*, extremado com a ideologia socialista do Leste Europeu, alguns críticos de economia continuaram pregando um retorno do ideal liberal de Adam Smith, chamado de neoliberalismo[117]. Ele voltou a ser a vertente político-ideológica de governar a economia e refletiu no direito, basicamente com as eleições de Margareth Thatcher na Inglaterra e Ronald Reagan nos Estados Unidos, respingando no Brasil com as eleições de Fernando Collor de Melo, José Sarney e, principalmente, Fernando Henrique Cardoso, políticos de militância mais conservadora.

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

Aqui no Brasil, um estudo das nossas constituições pode demonstrar esses movimentos pendulares, com a concepção que defendemos de que a Carta atual não adotou nenhum dos dois modelos econômicos prioritariamente, mas a síntese entre eles, que reflete no campo jurídico com a idéia do Estado Democrático de Direito.

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

As Cartas de 1824 e 1891 adotaram o modelo liberal clássico (influenciadas pelo Código Civil francês), garantindo o direito de propriedade quase que como direito absoluto, bem assim uma total liberdade de trabalho, cultura, indústria ou comércio. De outro lado, não havia a positivação de nenhum direito de índole social, principalmente de direito do trabalho, educação, saúde, muito menos intervenção do Estado nas áreas econômicas e de trabalho[118].

---

[117] O marco teórico-acadêmico do neoliberalismo é a obra, de 1944, do economista austríaco Friedrich Hayek, já traduzida, intitulada de **O Caminho para a Servidão**. São Paulo: Edições 70, 2009.

118 Na Constituição de 1824 têm-se o paradigmático dispositivo: "*Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a*

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

Entre os direitos dos trabalhadores foram proclamados:

> 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;

---

propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação".

> 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.
>
> (...)
>
> Art 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.
>
> Parágrafo único - A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual.

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

> A proteção aos interesses dos operários deve ser completa; a conquista das 8 horas de trabalho, o aperfeiçoamento e ampliação da lei de férias, dos salários mínimos, a proteção das mulheres e dos menores, todo esse novo mundo moral que se levanta nos dias atuais em amparo ao proletariado deve ser contemplado pela nossa legislação, para que não se continue a ofender os brios morais dos nossos trabalhadores com a alegação de que o problema social é um caso de polícia.[119]

As Constituições seguintes até a de 1967, inclusive com a Emenda nº 01 de 1969, mantiveram o modelo socializante inaugurado pela Carta de 1934, sendo que, a nosso juízo, o panorama político-econômico somente foi alterado com a Constituição de 1988, a qual, convém repetirmos, não abandonou completamente o modelo social, mas resgatou alguns ideais de cunho liberal (*rectius:* neoliberal), principalmente a partir da década de 1990, com as diversas Emendas Constitucionais.

---

[119] Cf. Süssekind, Curso de Direito do Trabalho, p. 36.

Calha fazermos um breve esboço do momento político-econômico da época da elaboração da atual Carta de 1988.

O Anteprojeto da Constituição estava redigido, por meio da Comissão Afonso Arinos, com a previsão das diretrizes da ordem econômica da seguinte forma:

> Artigo 316. A ordem econômica fundamenta-se na justiça social e no desenvolvimento, devendo assegurar a todos uma existência digna.
>
> Parágrafo único – A ordenação da atividade econômica terá como princípios:
>
> I – a valorização do trabalho;
> II – a liberdade de iniciativa;
> III – a função social da propriedade e da empresa;
> IV – a harmonia entre as categorias sociais de produção;
> V – o pleno emprego;
> VI – a redução das desigualdades sociais e regionais;
> VII – o fortalecimento da empresa nacional;
> VIII – o estímulo às tecnologias inovadoras e adequadas ao desenvolvimento nacional.
>
> Art. 317 – O exercício da atividade econômica, seja qual for o seu agente, está subordinado ao interesse geral, devendo realizar-se em consonância com os princípios e objetivos definidos neste Título.

O texto original foi modificado pelas discussões temáticas.

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

> O SR. CONSTITUINTE LUIZ SALOMÃO: – Sr. Presidente, Sr. Relator, Srs. Constituintes: Gostaria de tecer alguns comentários sobre o projeto da Subcomissão 6A que resultou num longo processo de discussão, de apresentação de propostas e de uma votação, cujas anomalias foram registradas e resultaram num projeto que, a meu juízo, não corresponde às necessidades da sociedade e da economia brasileira.
>
> Creio, inclusive, que se esta formulação prosperar, ele corre o risco de sair natimorta, no sentido de que alguns preceitos constitucionais, algumas conquistas do povo brasileiro foram derrogadas por esse projeto, finalmente votado, pela Subcomissão 6A. Isso, em decorrência da formação de uma

> maioria circunstancial, que votou em bloco numa determinada linha, criando um verdadeiro substitutivo completamente diverso do anteprojeto do Relator.
>
> Eu gostaria de destacar cinco pontos dessa resultante dos trabalhos que, a meu ver, devem merecer a atenção especial do Relator, a fim de que se formule um novo projeto da Comissão, que consulte a média das opiniões desta Comissão. O primeiro ponto, que eu gostaria de destacar, foi a exclusão do art. 1º de qualquer referência a componentes do trabalho, como um dos elementos da formação da produção e que foi, simplesmente, abolido dessa formulação do art. 1º. O Relator, originalmente, propôs que a ordem econômica fosse fundada no trabalho. Isso foi substituído para que a ordem econômica fosse fundada na livre iniciativa. Se se propusesse que fosse fundada no capital e no trabalho, ainda haveria um mínimo de coerência, em relação aos elementos que formam a produção. Mas, colocar a livre iniciativa e a valorização do trabalho no caput dessa proposição, parece-me uma forma pouco coerente com o próprio processo produtivo. De modo que todos os princípios, a propriedade privada e os meios de produção, a livre concorrência, a igualdade e oportunidade, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente, de certa forma, ignoraram essa conquista já consagrada nas Constituições brasileiras de uma atenção especial para o trabalho, com uma componente tão ou mais importante do que o capital no processo produtivo.
>
> (...)
>
> O SR. CONSTITUINTE ANTÔNIO UENO: – Sr. Presidente, Srs. Constituintes: Acredito na livre iniciativa, na economia de mercado. Quanto menos a intervenção do Estado, mais poderemos ativar a economia do País. Só naqueles setores onde a iniciativa privada não tem condições de atuar é que deve entrar o Estado.
>
> (...)
>
> O SR. CONSTITUINTE RUBEM MEDINA: – Sr. Presidente, queria justificar, inclusive a justificativa já encaminhei ao ilustre Relator da Comissão, que diz o seguinte: "*A emenda preconiza a organização da atividade econômica à luz de dois princípios fundamentais: a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano.*"
>
> No anteprojeto do ilustre Relator a livre iniciativa é colocada em plano secundário, reconhecida apenas nos termos da lei. Entre as 11 diretrizes anunciadas no art. 6A-02, tal atitude leva a uma distorção estatizante da ordem econômica. No moderno Estado Liberal o princípio da livre iniciativa convive harmonicamente com os postulados da justiça social. A emenda não ignora a função social da propriedade, nem as mais recentes preocupações com a defesa do consumidor e do meio ambiente. Fundiu-se na emenda os textos dos arts. 6A-01 e 6A-02, devendo, com a nova redação proposta, serem eliminados.[120]

Parece-nos bastante claro que a média das posições parlamentares foi no sentido de se prestigiar tanto a valorização do trabalho como a livre iniciativa, tanto os ideais sociais como os liberais (ou neoliberais), inclusive houve quase a aprovação de

[120] Diário da Assembléia Nacional Constituinte.

um texto sem que o trabalho fosse um dos fundamentos da economia e da nova ordem constitucional. Felizmente, as forças se equilibraram, com prestígio da democracia, de modo a positivar no artigo 170 ambos os princípios antagônicos, mas que merecem harmonização, sem que um prevaleça sobre o outro, *a priori* e abstratamente.

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

> Durante todo o tempo de sua elaboração ficou claro que os debates eram marcadamente ideológicos. Por um lado, setores mais conservadores aglutinados em torno do Centrão, como se convencionou chamar a reunião de parlamentares de diferentes matizes partidárias e defensores de uma linha claramente liberal; de outro, os mais à esquerda, também de diferentes vertentes partidárias, querendo imprimir um perfil à Constituição mais social e fortemente influenciada pelas recentes Constituições portuguesa e espanhola, ambas resultantes da redemocratização. No meio deles, parlamentares que ora compunham uma maioria liberal e ora estavam mais próximos da vertente social da Carta.
>
> O resultado de seu trabalho pode ser questionado em termos técnicos, políticos e até mesmo econômicos, mas não pode deixar de reconhecer que é, sem qualquer dúvida, um reflexo da composição do Congresso Constituinte que a elaborou. Ao mesmo tempo era o resultado de um desejo reprimido de mais de vinte anos por liberdade, por justiça social e por direitos e garantias individuais, mesclada pela nossa compulsão legislativa para regular sobre tudo e sobre qualquer fato social, dos juros máximos ao que seria empresa nacional.[121]

E não poderia ser outra a miscigenação que a nossa Constituição reflete, eis que o panorama político e econômico mundial continha a efervescência de regramentos liberais clássicos, estados sociais (inclusive àqueles de vertente comunista), bem como nessa quadra da história surgiu a ideologia neoliberal, representada pelas eleições de Margaret Thatcher na Inglaterra (1979), Ronald Reagan nos EUA (1980) e Helmut Kohl na Alemanha (1982), todos representantes das maiores economias do mundo e ávidos pela desregulamentação do Estado de Bem-Estar Social.

---

[121] Montesso et al., Direitos Sociais na Constituição de 1988, p. 10.

A dialética entre os socialistas e liberalistas foi compatibilizada com a fórmula constitucional do Estado Democrático de Direito (artigo 1º). Um Estado democrático deve comportar linhas ideológicas as mais diversas, interesses conflitantes entre si se vistos isoladamente, mas que reclamam conformação quando vistos globalmente. Essa idéia de conformação e equilíbrio que brota do artigo 1º da Constituição deve bafejar democracia em relação à legislação infraconstitucional, que deve ser interpretada à luz da Constituição (técnica da interpretação conforme), sob pena de inconstitucionalidade.

Para Daniel Sarmento:

> Mas se, por um lado, a Constituição demonstra esta inclinação pelo social, por outro ela não abandona o regime capitalista de produção, nos seus pilares essenciais. Neste sentido, a livre iniciativa é consagrada como fundamento da ordem econômica, a liberdade de imprensa é assegurada e a propriedade privada protegida como direito fundamental. Estes valores são, contudo, temperados, pela preocupação constante com a solidariedade e a justiça social, mediante a adoção de variadas fórmulas compromissórias.[122]
>
> (...)
>
> Portanto, se é verdade que o constituinte rejeitou a modelo econômico socialista, de economia planificada, com apropriação coletiva dos meios de produção, ele também não aderiu ao *laissez-faire*, preferindo um regime intermediário, mais consentâneo com as demandas da sociedade contemporânea, que aposta na força criativa e empreendedora da iniciativa privada, mas que não foge à responsabilidade de discipliná-la e corrigi-la, sempre que isto se faça necessário para promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça social[123].

Lenio Luiz Streck, com acidez, adverte: "Com efeito, do Estado Liberal já passamos – formalmente – por um Estado Social (*não realizado*) e, a partir de 1988, passamos a ter uma Constituição que instituiu o Estado Democrático de Direito."[124]

Em capítulo especial de suas lições, Willis Santiago Guerra Filho ensina que o legislador constituinte originário não é ilimitado como se defendia classicamente, mas

---

[122] Sarmento, Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada, p.216.

[123] Sarmento, op. cit., p. 217.

[124] Streck, Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, p. 70.

encontra-se jungido à fórmula política adotada pelos detentores do poder – o povo –, no momento da delegação da atividade legislativa. No caso da Constituição Federal atual o preâmbulo já diz que os constituintes se reuniram com a missão de "instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais (...)".

Em consequência da opção, "Todo o restante do texto constitucional pode ser entendido como uma explicitação do conteúdo dessa *fórmula política*, explicitação essa que, por mais extenso que seja esse texto, ainda é e sempre será uma tarefa inconclusa (...)".[125] A fórmula política é a expressão ideológica que organiza a estrutura social e a convivência legislativa. "Trata-se, portanto, do elemento caracterizador da Constituição, principal vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, através elas, de todo o ordenamento jurídico".[126]

Partindo dessa premissa, identifica Willis Santiago Guerra Filho, em outra obra genial, sua a opção ideológica por um Estado Democrático de Direito na nossa atual Constituição, "fórmula política que representa a síntese em que se supera, dialeticamente, Estado liberal de Direito e *Welfare State*, de um lado, e, de outro, Estado social e socialista de Direito.[127]

Em interessante obra[128], Miguel Reale disserta acerca das três fases do direito moderno, assim consideradas aquelas posteriores à Revolução Francesa. Para ele, a primeira fase se estende da revolução até o fim do século XIX, fixando como seu termo a edição do Código Civil alemão de 1900. Nesse quadrante o ideal prevalecente era o individual-liberal, com pensamento sistemático-formal, utilizando-se de métodos cartesianos. Os códigos civis eram os monumentos legislativos, relegando a segundo plano o papel das constituições. A segurança jurídica era o valor principal, na defesa da certeza nas relações econômicas da burguesia.

---

[125] Guerra Filho, Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, p. 16.

[126] Ibidem.

[127] Guerra Filho, Teoria da Ciência Jurídica, p. 154.

Eram a autonomia de vontade e a propriedade privada os dois pilares que sustentavam as legislações da época, marcadas pelo distanciamento do Estado (livre iniciativa), e a finalidade essencial deste último de salvaguarda dos direitos individuais. O método jurídico reinante era aquele da Escola da Exegese francesa, antecedente do o positivismo jurídico normativista.

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

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

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

Coincidentemente, ao lado das características políticas e jurídicas das outras fases, pode-se observar que instrumentos culturais marcantes foram decisivos para a configuração das três fases. Se foi o vapor que deu início a primeira e a energia elétrica

---

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

a segunda, certamente a energia atômica e a eletrônica delineiam esses tempos da terceira etapa da evolução jurídica[129].

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

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

As codificações pátrias, desde a Constituição atual, como o Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor de 1990 e tantas outras legislações tentam preocupar-se com o equilíbrio dos valores contrapostos, com garantia do individualismo, da propriedade privada e da racionalidade, mas sem se descuidar de matizes sociais, como a função social da propriedade, as cláusulas abertas dos citados códigos, bem por isso o intérprete tem especial papel nessa terceira fase, sempre na busca daquele equilíbrio entre as ideologias conflitantes daquelas outras duas fases anteriores.

E arremata Miguel Reale:

> O que se impõe é a ruptura com as atitudes intransigentes, reconhecendo-se que, tais sejam as conjecturas, será aconselhável optar-se, aqui, pela iniciativa privada, acolhendo-se, acolá, de bom grado a participação do Estado em vários ramos da atividade social, numa adequação pragmática entre a ideologia política e a realidade cambiante e variegada a que nos couber dar entendimento. Assim sendo, o contraste entre Estado omnipresente e Estado evanescente – que esteve no centro dos debates nas épocas anteriores – perde

[129] Reale, op. cit., p. 113.

> todo sentido, passando-se a reconhecer a indispensabilidade do Estado, cujas funções, no entanto, cumpre objetivamente rever, tendo como centro de referência o *primado da sociedade civil sobre as estruturas burocráticas*.[130]

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

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

Na medida em que a Constituição tem força normativa, estando inserida no mesmo sistema de toda a legislação, influenciando-a em razão de sua supremacia, seja formal ou material, não há dúvida que a legislação trabalhista, notadamente a CLT de 1943, deve ser interpretada a partir do modelo constitucional atual.

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

---

[130] Reale, op. cit., p. 118.

Por exemplo, é interessante observar o resultado da interpretação feita por diversos autores, cada qual com pré-compreensão diversa, ora liberal, ora social ou mesmo democrática de direito. Exemplificativamente, em relação ao artigo 1º, IV, da Constituição Federal, são as seguintes passagens doutrinárias:

Para Uadi Lammêgo Bulos:

> É curioso notar que a fórmula adotada pelo constituinte foi infeliz no tocante à caracterização da livre iniciativa como valor social, demonstrando a existência de concessões ideológicas, e fazendo prevalecer o espírito antiliberal em termos de economia. Ao elevar a livre iniciativa ao posto de valor social, o constituinte procurou satisfazer as correntes menos progressistas, incluindo no léxico da Constituição o binômio trabalho e capital. Mesmo assim é impróprio e atécnico, porque a sua idéia não se compactua com elementos estruturantes da política republicana. A livre iniciativa, em realidade, participa de um modelo econômico, calcado no modelo liberal, não corroborando elemento inerente à configuração estrutural da República. Bem andariam os constituintes se tivessem seguido a técnica alvitrada na Constituição de 1946, que vaticinou em seu art. 45: "A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano".[131]

De outro lado, Fábio Leite:

> Da inserção dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil, só duas alternativas são possíveis: i) ou o dispositivo se refere ao valor social do trabalho e ao valor social da livre iniciativa, ii) ou aos valores sociais do trabalho e aos valores sociais da livre iniciativa. Não haveria espaço, portanto, para advogar a tese da livre iniciativa – e não o(s) seu(s) valor(es) social(is) – como fundamento da República.[132]

Paulo Bonavides: "Tocante aos direitos sociais básicos, a Constituição define princípios fundamentais, como os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa."[133]

---

[131] BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.** 6 ed. São Paulo: saraiva, 2005, p. 86.

[132] LEITE, Fábio. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 16, janeiro/julho 2000.

[133] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 339.

Parece-nos com razão o Mestre de Fortaleza, para quem a Constituição elegeu como princípios tanto os valores sociais do trabalho como a livre iniciativa, sem precedência entre eles. Por serem princípios constitucionais, não há hierarquia entre eles quando vistos abstratamente. Em determinados casos concretos, um deles poderá ser mais privilegiado, enquanto, quando as condições se inverterem, deverá a lógica se inverter também, balizada pelo princípio da proporcionalidade.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

O tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é fruto da experiência alemã posterior à segunda guerra mundial. Foi naquele momento histórico, barbarizados pelas atrocidades cometidas pelo regime nazista, as quais foram praticadas ao argumento da existência de fundamentação legal[134], que o povo tedesco, como que agregados em um pacto pela prevalência dos direitos fundamentais, passou a desenvolver largamente nas universidades, na doutrina e tribunais, principalmente na Corte Constitucional da Alemanha Ocidental, uma nova hermenêutica constitucional, de viés mais efetivo, emprestando efeitos concretos aos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1949, a contragosto daquela visão clássica de que todos os direitos fundamentais previstos na Constituição teriam apenas natureza programática[135], sem vinculação efetiva dos Poderes Públicos e dos particulares, sendo considerados meras diretrizes a serem alcançadas no futuro pelos poderes políticos.

O primeiro passo foi abandonar a metodologia positivista normativista[136], para reconhecer também a força normativa dos princípios; reconhecer que eles, assim como as regras, também são normas jurídicas com força vinculante, que devem ser

---

[134] Inclusive o argumento da existência de fundamento legal prevendo as práticas desumanas em relação aos judeus, entre as demais barbaridades cometidas pelo III *Reich*, foi o principal fundamento invocado pelos réus no julgamento de Nuremberg, na Alemanha, em 1945 e 1946 (Cf. KAHN, Leo. **Julgamento em Nuremberg.** Epílogo da Tragédia. Tradução Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Renes, 1973)

[135] Aqui, emprestamos a nomenclatura utilizada por José Afonso da Silva para ilustrar a interpretação que se tinha a respeito dos direitos fundamentais (princípios constitucionais), evidentemente ressalvando que na Alemanha a nomenclatura classificatória dos princípios era diferente. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007)

[136] Inaugurada por HANS KELSEN (Teoria Pura do Direito) e, com pequenas adaptações, difundida por HERBERT HART (O Conceito de Direito) e NORBERTO BOBBIO (Teoria da Norma Jurídica e Teoria do Ordenamento Jurídico), para quem o sistema jurídico era composto apenas de regras jurídicas, aplicáveis por subsunção, isolado das regras morais. Os princípios tinham apenas função interpretativa e integrativa. A Ciência Jurídica deveria utilizar os métodos das ciências naturais, afastando-se da filosofia, da ideologia, em busca de neutralidade e precisão (segurança jurídica), conforme modelo inaugurado pelo Círculo de Viena (movimento do giro-linguístico – neo-positivismo lógico – filosofia da linguagem de *L. Wittgeinstein*), que ainda conta com muitos adeptos no Brasil.

seguidos, notadamente pelo Legislativo quando cria novas leis e o Executivo quando emite atos de administração. Esse movimento ganhou fôlego e hoje é intitulado de modelo metodológico pós-positivista. [137]

Nada obstante, juristas positivistas, como Paulo de Barros Carvalho, terem dito que: "Não vemos qualquer incompatibilidade entre o reconhecimentos de princípios, expressos ou implícitos, e a proposta metodológica do neopositivismo lógico, seja no esquema de Hart, como na concepção de Kelsen"[138]. No entanto, para o autor os princípios teriam a função axiológica de guiar a interpretação e aplicação das regras, na medida em que "(...) o direito positivo é formado, única e exclusivamente, por normas jurídicas (para efeitos dogmáticos), apresentando todas o mesmo esquema sintático (implicação), ainda que saturadas com enunciados semânticos diversos."[139]

O segundo passo foi questionar se os direitos fundamentais, exteriorizados na forma de princípios constitucionais, eram aplicáveis nas relações entre particulares ou se apenas esses direitos constitucionais tinham aplicabilidade contra o Estado, como a experiência clássica burguesa defendia.

Também foi na Alemanha, na década de 50 do século XX, que vários juristas passaram a defender a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas duas posições surgiram. Uma mais arrojada que defendia a aplicação direta e imediata, a partir da própria Constituição. A segunda posição, surgida concomitantemente, dizia que os direitos fundamentais eram aplicados mediata ou indiretamente, de modo que as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados da legislação civil deveriam ser preenchidos e interpretados a partir dos princípios constitucionais.

---

137 Sobre o tema: MOLINA, André Araújo; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e transação no direito do trabalho: Uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, ano 8, nº 29, p. 27-49, São Paulo: ANAMATRA/LTr, 2009.

138 Carvalho, Tributo e Segurança Jurídica, p. 294.

139 Carvalho, op. cit., p. 281.

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

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

Todas essas hipóteses serão trabalhadas nos tópicos. Procuraremos dar um tratamento científico à problemática, estudando a melhor forma de recepção das teorias européias no Brasil, evidentemente filtrando-as e adaptando-as conforme nosso modelo constitucional atual e a sua incidência, se possível, no Direito do Trabalho.

Para que se possa entender o atual momento de constitucionalização do direito privado e também de privatização do direito público que alcança quase todos os ordenamentos jurídicos da cultura ocidental é de extrema importância a verificação das bases políticas e legais sobre as quais esse fenômeno se sustenta. Mais precisamente deriva ele da divisão do universo jurídico entre o direito público e o direito privado, especificamente no enfraquecimento da divisão estanque entre os dois grandes ramos, com a constante interpenetração e ciclos de influência recíproca.

Na Grécia não havia uma divisão entre o público e o privado, na medida em que a política, os julgamentos, a elaboração das leis, eram todos realizados na ágora, com a ativa participação dos cidadãos, misturando seus interesses privados ao público.

Foi precisamente em Roma que a divisão foi demarcada.

No *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, no *Digesto*, 1.1.1.2., estava previsto:

> São dois os temas deste estudo: o público e o privado. Direito público é o que se volta ao estado da *res Romana*, privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais. Pois alguns são úteis publicamente, outros particularmente. O direito público se constitui nos *sacra*, sacerdotes e magistrados. O direito privado é tripartido: foi, pois, selecionado ou de preceitos naturais, ou civis, ou das gentes.[140]

O mesmo monumento legislativo ainda continha outras passagens que previa, por exemplo, a supremacia do direito público sobre o privado (Digesto, 38, 2, 14) e como conseqüência que a livre manifestação das partes poderia modificar as normas de direito privado, mas não as de direito público (Digesto, 45, 50, 17).

O certo é que desde o secular Direito Romano já existia a divisão estanque entre o direito público e o direito privado, sem nenhuma zona de intersecção entre eles.

A divisão citada desencadeou a idéia de que existiam dois sistemas diversos, um de direito público e outro de direito privado, de modo que as normas que pertenciam a um sistema não poderiam estar inseridas no outro. Em palavras outras, as regras de direito público – e as Constituições que surgiram séculos depois – pertenciam a um sistema S1 que não tinha nenhum ponto de interseção com o sistema S2 de direito privado. Conseqüência lógica dessa divisão é que não havia hierarquia entre as regras que pertenciam a sistemas diversos. Mais especificamente, as primeiras Constituições não eram hierarquicamente superiores aos Códigos de direito privado, por pertencerem a sistemas diferentes.

Apenas no início do século XX, com Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito), é que a teoria passou a desenvolver a idéia de que toda a legislação estava inserida no mesmo sistema, havendo um encadeamento lógico entre as leis e a Constituição, razão pela qual essa última estava no topo do ordenamento (forma piramidal), influenciando toda a legislação, quer pública quer privada. Não é por outra razão que Kelsen foi o elaborador da teoria do controle de constitucionalidade pelo Judiciário (Constituição austríaca de 1920) para o ramo do direito romano-germânico, quando no direito anglo-

---

[140] **Digesto de Justiniano**, livro 1. Tradução de Hélcio Maciel França Madeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 16/17.

saxão, desde o julgamento *Marbury vs. Madison*, de 1803, da Corte Constitucional norte-americana, já havia a idéia da supremacia da Constituição e o controle difuso de constitucionalidade.

Na história jurídica ocidental essa dicotomia sempre se fez presente, ora com prestígio de um dos ramos, ora do outro, mas de forma desordenada e pendular.

A primeira fase foi a de maior prestígio do direito privado, logo após o direito romano e já no início da era medieval. Esta última foi marcada pela absorção do público pelo privado, na medida em que a propriedade privada era a maior instituição econômica, jurídica e política. Os senhores feudais exerciam inegável função pública sobre os vassalos e os servos que habitavam o seu feudo, impondo as regras de conduta, a instituição de tributos, julgavam os subalternos e executavam as próprias decisões.

Já no início da idade moderna, a partir da ascensão da burguesia, houve uma maior interpenetração do público ao privado, pois interessava aos burgueses a criação de um Estado nacional, com administração centralizada, e a conseqüente extinção das barreiras fiscais, alfandegárias e a unificação da moeda, tudo isso para desenvolver livremente as atividades mercantis. Como não poderia deixar de ser, também houve uma interpenetração do direito privado ao público, na medida em que ao monarca interessava o fortalecimento da burguesia, para cada vez mais cobrar impostos e obter concessão de financiamentos às obras públicas e para as investidas militares.

Consolidada a burguesia e o poder centralizado, já no final do século XVIII, aquelas interpenetrações se dissolveram. Houve realce da dicotomia público e privado mais uma vez. De um lado as relações políticas, o Estado e o interesse público, de

outro as relações mercantis, a sociedade civil e os interesses privados. Aqui o campo da igualdade formal, lá o espaço da desigualdade, da supremacia do Estado[141].

A divisão política, logicamente, refletiu na seara do Direito com a separação entre o Estado e a sociedade, a política e a economia, o direito e a moral, a intervenção e a liberdade dos indivíduos. O direito privado se torna estatal e burguês, na medida em que o legislador passa a se ocupar de temas de direito privado, com as codificações, deixando de lado o direito costumeiro, canônico ou romano. Burguês porque com a Revolução Francesa os ideais da burguesia, agora consolidada no poder, refletem em quase todas as leis da sociedade ocidental, calcados nos pilares do liberalismo econômico, individualismo, propriedade privada, igualdade formal e plena liberdade de contratar, com sua conseqüência imediata do *pacta sunt servanda*. Os juízes são a mera boca que reproduz as palavras da lei, todas as soluções jurídicas já estão previstas no ordenamento jurídico-privado (não existindo lacunas[142]), incumbindo aos magistrados apenas a adequação do caso específico no catálogo legal (subsunção), por evidente praticamente não existiam princípios jurídicos, cláusulas abertas ou os conceitos indeterminados nos códigos.

---

[141] Como as constituições liberais, flexíveis, não possuíam eficácia vinculante frente ao legislador ordinário, não somente não tinham elas força para provocar ou programar modificações futuras no âmbito do direito privado, como também não eram capazes de desempenhar uma função protetiva do direito privado existente. Em outras palavras, eram documentos de acentuada natureza política, sem força jurídica para garantir a conservação do existente nem para impulsionar a conformação do futuro, no âmbito das relações privadas. Quanto à função de garantia, não era ela necessária, já que os princípios básicos do direito privado não corriam nenhum perigo. Na verdade, como já salientado, eram os próprios códigos civis que exerciam a função de verdadeiras constituições no âmbito das relações jurídicas privadas. Protegendo o direito de propriedade e a autonomia privada como verdadeiros direitos fundamentais, em forma quase absoluta, o direito civil garantia o existente e a estabilidade das relações sociais. O direito civil, nascido à margem do Estado, apresentava-se como o verdadeiro baluarte da liberdade burguesa, uma liberdade apolítica, que permitia aos particulares dispor de um espaço próprio, sem intromissões do Estado. Daí a função constitutiva do direito privado, diante do qual o direito constitucional possuía uma importância secundária. (FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 37).

[142] Aqui nasce o brocardo de que, em direito privado, tudo que não está proibido é permitido, mesmo que não haja expressa previsão legal. Precisamente deriva essa idéia do contratualismo de JOHN LOCKE, para quem o Estado é um mal necessário (tem a função de proteção dos direitos privados), bem por isso somente está autorizado a atuar naquele limite que o legislador lhe autorizou e somente enquanto houver autorização. Fora desses limites delegados ao Estado, o homem vive no *estado de natureza*, livre para o exercício pleno de seus direitos.

A partir das primeiras décadas do século XX a ordem de primazia do direito privado leva sério golpe com o advento das novas constituições sociais. Com a Constituição mexicana de 1917 foram alçados à categoria de garantias constitucionais diversos direitos de índole social[143]. Seguiram-se diversas outras constituições, como alemã de 1919 (Weimar). O *Welfare State* empolgou a intervenção do Estado na economia e, com isso, no direito privado, nos contratos, no Direito do Trabalho, etc., para se alcançar uma igualdade material.

Procura-se limitar o Poder Executivo, por meio do princípio da legalidade, o Legislativo com o controle de constitucionalidade e o Poder Judiciário com o signo da separação dos poderes e a existência de Cortes constitucionais formadas por egressos dos três Poderes e de setores da sociedade civil[144].

Importante ressalvar que o Código Civil francês, baluarte do liberalismo e do direito privado, não sofria qualquer influência estatal, seja porque as Constituições tratavam apenas de temas de direito público, seja porque não existia nesse país um sistema de controle de constitucionalidade, de modo que o legislador estava livre para legislar em direito privado sem qualquer apego às normas constitucionais.

Nesse momento há o fortalecimento do modelo socialista do leste europeu.

As legislações passaram a refletir o novo modelo, os códigos civis foram agregados com cláusulas abertas, conceitos indeterminados, houve a suavização do axioma do *pacta sunt servanda*, a catalogação de princípios jurídicos, bem como o grande sistema do Código Civil passou a ser substituído por microsistemas especiais

---

[143] Por exemplo, em seu artigo 123 garantia aos trabalhadores: proteção à gestante, à mulher e ao menor; direito à associação e à greve; limitação da jornada de trabalho; direito a uma retribuição justa e salário mínimo; a participação nos lucros; direito à condições satisfatórias de trabalho; direito à seguridade social; direito à formação de cooperativas de consumo e produção, etc.

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

que tratam pormenorizadamente dos diversos temas do direito privado (como direitos do consumidor, locações, estatuto da criança e do adolescente, etc).

No segundo pós-guerra, com a busca da superação das atrocidades do nazismo e do fascismo, quase todos os Estados ocidentais promulgaram novas constituições, todas elas com diversas garantias de proteção à dignidade da pessoa humana, com um catálogo de princípios de defesa oponíveis contra o Estado (direitos de primeira dimensão), mas também com garantias fundamentais sociais positivas (direitos de segunda geração) e direitos da coletividade, como os coletivos e difusos (direitos de terceira geração). Percebe-se por estes últimos que houve interpenetração das anteriores esferas públicas e privadas. A divisão dicotômica já não mais se justifica, na medida em que, segundo diretriz constitucional, deve o Estado intervir, quando necessário, no domínio do direito privado. As novas constituições, como a nossa de 1988, contém diversas cláusulas de função social da propriedade, função social das famílias, defesa do consumidor, interveniência nas relações de trabalho, entre tantas outras autorizações que justificam uma interpretação no direito privado dos vetores constitucionais. Se durante a idade moderna os códigos civis eram as fontes mais importantes do direito privado, em tempos de pós-modernidade são as constituições os eixos centrais em torno dos quais gravitam todos os ramos do direito.

Essa preocupação constitucional com os temas de direito privado é que recebeu o epíteto de *constitucionalização do direito privado*, querendo significar que esse ramo não mais fica à margem da regulação estatal, devendo todas as regras de direito ser interpretadas a partir das garantias constitucionais, ou na feliz síntese de Paulo Ricardo Schier: filtragem constitucional, onde as normas ordinárias, de qualquer ramo, devem ser interpretadas a partir da Constituição[145]. Decorre dessa premissa a técnica da interpretação conforme à Constituição praticada pela Corte Constitucional alemã e que também foi recepcionada no Brasil.

---

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

Avançando a partir da premissa acima, passou a ser preocupação recente naqueles países ocidentais de tradição jurídica romano-germânica desvendar em que medida e de que forma os direitos fundamentais interpenetrariam no direito privado. Se os particulares poderiam invocar um direito fundamental seu para aplicação em suas relações com os outros particulares (eficácia horizontal). E se a invocação poderia ser diretamente da Constituição ou dependeria de mediação legislativa ordinária.

3.2. Desenvolvimento da Teoria na Alemanha

Foi a partir da Constituição alemã de 1949, mais especificamente tendo em foco os artigos 1º e 19[146], que surgiram as primeiras discussões acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ou, na nomenclatura da experiência tedesca, eficácia perante terceiros (*Drittwirkung der Grundrechte*).

Se os direitos fundamentais vinculavam diretamente o Executivo, tanto o impedindo de agir contra as garantias constitucionais, mas principalmente impondo-o a busca de sua implementação, assim como o Legislativo que deveria se abster de editar leis inconstitucionais e legislar positivamente para regular as cláusulas programáticas da Constituição, o Poder Judiciário foi convocado a dar sua parcela de contribuição na reconstrução da democracia e no primado dos direitos fundamentais no pós-guerra. A ele incumbia interpretar o direito privado e aplicar as normas a partir dos ditames da Constituição.

---

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

Artigo 19. 1. Quando, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental for restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei será aplicada de maneira geral e não apenas para um caso particular. Além disso, a lei deverá especificar o direito fundamental afetado e o artigo que o prevê. 2. Em hipótese nenhuma um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência. 3. Os direitos fundamentais se aplicarão igualmente às pessoas jurídicas nacionais, na medida em que a natureza desses direitos o permitir. 4. Quem tiver seus direitos lesados pelo Poder Público poderá recorrer à via judicial. Não havendo foro especial, o recurso deverá ser encaminhado à Justiça comum. Este parágrafo não interferirá no disposto na segunda frase do § 2º do artigo 10º".

Na experiência alemã as posições se dividiram entre aqueles que defendiam a eficácia direta e aplicabilidade imediata (posições monistas) e aqueles defendendo a eficácia indireta e aplicabilidade mediata (posições dualistas) dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ressalve-se que algumas posições mistas surgiram, colhendo conceitos em ambas as grandes posições, mas, em relação aos efeitos práticos, nada diferenciava das posições principais, em essência.

Günter Dürig, em obra publicada em 1956[147], foi o baluarte da teoria dualista em solo alemão, defendendo que o princípio constitucional da liberdade e o seu conseqüente imediato do livre desenvolvimento da personalidade deveriam continuar sendo aqueles vetores básicos na solução do problema de crise entre os particulares.

Diz que submeter a atividade dos particulares aos mesmos vínculos que limitam a ação do poder público significaria converter os direitos básicos privados em deveres, com a total inversão de seu sentido. Passaria o Estado a ser o fiscal universal das relações privadas, aniquilando a autonomia da vontade e, com isso, *fetichizando* os indivíduos à condição de exatamente iguais, sem qualquer distinção de formação, gostos, cultura, religião, etc. Não desconhecia Dürig que o poder público, enquanto sujeito passivo de direitos fundamentais, tem obrigação de evitar que esses direitos de particulares sejam atacados por outros particulares, mas essa proteção é feita pelo próprio direito privado, por meio do Legislativo, que aplicava *mediatamente* os direitos fundamentais com a sua positivação na legislação ordinária. Quando muito os direitos fundamentais serviriam como vetores para interpretação e a integração das lacunas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados da legislação privada.

De outra banda, foi Hans Carl Nipperdey, em artigo do início da década de 1950 e em obra de 1958[148], quem desfraldou a bandeira da teoria da eficácia direta e aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Segundo ele os

---

[147] DÜRIG, Günter. **Grundrechte und privatrechtsprehung**. München: Beck, 1956.

[148] NIPPERDEY, Hans Carl. **Die grudrechte:** handbuch der theorie und praxis der grundrechte. Berlin: Dunker & Humblot, 1954.

direitos de estatura constitucional são vinculantes ao Estado, contudo alguns deles, pela natureza que ostentam, podem ser invocados nas relações privadas, sendo exigidos *erga omnes* e sem a necessidade de mediação pelo legislador privado. Os ataques aos direitos dos cidadãos não são apenas desferidos pelo poder público, antes são alvo das investidas de outros particulares. A unidade da ordem jurídica, capitulada pela Lei Fundamental, não coloca o direito privado à margem da influência das normas constitucionais. Como efeito direito da hierarquia das leis, encontra-se o direito privado vinculado à Carta (retomemos aqui a idéia do sistema jurídico uno, no qual estão todas as normas de direito público e de direito privado).

Nessa linha de raciocínio, o Tribunal Federal do Trabalho alemão, presidido por H. C. Nipperdey, julgou um interessante caso para reconhecer como inválida uma cláusula contratual de um hospital privado que previa a extinção do contrato de trabalho caso as enfermeiras contraíssem matrimônio. Por intermédio dessa decisão de 1957 (BAGE 2, 274) entendeu-se que os direitos fundamentais de constituir família e de matrimônio das enfermeiras foi restringindo desproporcionalmente por um particular, fazendo incidir aqueles direitos sem a necessidade de intermediação pela legislação privada, ou seja, de forma imediata e direta (Caso da enfermeira Lempflegerin).

Recorreu-se a idéia de que os direitos fundamentais contêm os princípios ordenadores para vida social, de caráter vinculante, e que tem uma significação imediata para o tráfego jurídico-privado. Nada obstante tenha inaugurado a discussão, praticamente todos os autores tedescos negaram a teoria dele e passaram a defender posição mais atenuada. O único autor que encampou as idéias de Nipperdey foi W. Leisner[149]. Este último constrói a espinha dorsal de sua tese a partir da constatação de que não podem os direitos fundamentais continuar significando tudo no campo do direito público e nada no direito privado. Defende que nas duas esferas significam algo: a última proteção do núcleo essencial da liberdade. Em suma, direitos fundamentais não são nada mais que direitos subjetivos qualificados e reforçados, que se

[149] LEISNER, Walter. **Grundrechte und Privatrecht**. München: C. H. Beck, 1960.

caracterizam precisamente por sua especial resistência frente aos poderes públicos, inclusive o legislador.

A despeito da divergência doutrinária, o Tribunal Constitucional Federal foi chamado a responder essa indagação. Isso se deu no julgamento do célebre caso *Lüth* de 15 de janeiro de 1958 (BverfGE 7, 198).

Estava sendo realizado um festival de cinema, com a apresentação de várias películas, entre as quais uma intitulada *Unsterbliche Geliebte* (Amantes Imortais). Erich Lüth, Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, escreveu um manifestou público conclamando a sociedade a boicotar referida obra cinematográfica, ao fundamento de que o seu autor teria participado ativamente do nazismo.

A produtora da obra boicotada ajuizou ação judicial para obstar que E. Lüth se comportasse daquela forma. A ação foi acolhida em duas instâncias ordinárias, com a imposição de obrigação de não-fazer, utilizando como fundamento o § 826 do BGB, é dizer: Lüth estava se comportando contrário aos bons costumes.

Este último interpôs reclamação constitucional no Tribunal Constitucional da Alemanha, alegando que as decisões das instâncias ordinárias tinham vergastado seu direito fundamental de liberdade de expressão.

No julgamento, a Corte Constitucional, pela primeira vez na história, disse que os cidadãos não só são titulares de direitos fundamentais, mas que citados direitos vinculam todos os poderes públicos, inclusive a atuação do Poder Judiciário, de modo a cassar a decisão, na medida em que deveriam os tribunais ordinários interpretar a regra do § 826 do BGB a partir dos direitos fundamentais de Erich Lüth.

Em trecho elucidativo da decisão foi dito que:

> De acordo com a jurisprudência permanente do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não só direitos subjetivos de defesa

> do indivíduo frente o Estado, mas que representam, ao mesmo tempo, uma ordem valorativa objetiva que, enquanto decisão básica jurídico-constitucional, vale para todos os âmbitos do direito e proporcionam diretrizes e impulsos para a legislação, administração e jurisdição.

Houve acolhida da tese da eficácia mediata, na linha da posição de Dürig, tendo a Corte decidido que os magistrados devem interpretar as cláusulas gerais da legislação privada (bons costumes, etc.), integrando-as com os direitos fundamentais plasmados na Constituição. Estas últimas deixaram de ser apenas a limitação ao poder estatal para agregar a função de concretizadoras de direitos fundamentais nas relações privadas (ou entre terceiros), pelo menos nesses casos de omissão legislativa e na necessidade de complementação das cláusulas abertas e conceitos indeterminados. O que se decidiu, em linhas gerais, foi que haveria eficácia sim dos direitos fundamentais nas relações privadas (o que já era um avanço para a época), mas essa aplicabilidade não era direta, imediata, mas sim mediada pela legislação e pelo magistrado, quando preenche o conteúdo das cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados.

Em termos práticos, a nosso ver, a referida posição não distingue da já utilizada técnica da interpretação conforme, antes de tudo apresenta um inconveniente. Citada posição nasceu no julgamento citado e prevaleceu em diversos dos julgados seguintes. Pela legislação alemã somente uma violação direta à Constituição é que desafiaria a intervenção da Corte Constitucional, como de resto é a posição atual do Supremo Tribunal Federal no Brasil, motivo pelo qual ao se reconhecer a procedência da ação, estar-se-ia, por via reflexa, reconhecendo que houve uma violação frontal à direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, a contragosto da tese da eficácia medita, em cujo cerne está a violação direta das regras de direito privado e apenas indiretamente ou mediatamente da Lei Fundamental alemã.

Acrescenta-se que o resultado do julgamento para essa teoria da eficácia mediata com intermediação judicial em nada difere daquela que prega a eficácia imediata, na medida em que em ambos os casos o resultado será a aplicação do direito fundamental para resolver a lide, seja de forma direta e imediata, seja por intermédio de longo itinerário de fundamentação que invoca diversas cláusulas gerais da legislação

privada. Em ambas as teses o direito fundamental é aplicado. Em um caso abertamente e no outro fantasiado de normas gerais da legislação ordinária.

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

3.2.1. A posição de Claus-Wilhelm Canaris

Os direitos fundamentais, enquanto integrantes da Lei Fundamental, estão estacionados em um grau de hierarquia superior ao direito privado (considerando o sistema jurídico positivo como uno, abarcando desde a Constituição, todos os ramos do Direito), devendo, com isso, influenciá-lo. Contudo, historicamente, não é a Constituição o palco legislativo propício para tratar das relações entre os particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas. As Cartas têm o principal objetivo de regular as relações estatais e prever direitos e garantias dos cidadãos, em grande medida, como direitos de proteção e direitos objetivos exigíveis em face do Estado. Nisso resulta uma tensão entre o grau hierárquico proeminente da Constituição e a autonomia do direito privado.

Para Canaris uma primeira premissa deve ser fixada:

> Tudo ponderado chego, pois, à seguinte conclusão parcial: os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado. Esta é hoje a opinião claramente dominante. Aqui os direitos fundamentais desempenham as suas funções “normais”, como proibições de intervenção e imperativos de tutela.[150]

Na Alemanha a cizânia citada ganha especial relevo, na medida em que o sistema jurídico admite que qualquer pessoa, por meio da reclamação constitucional, poderá invocar a interveniência da Corte Constitucional para verificar se uma decisão

[150] Canaris, Direitos Fundamentais e Direito Privado, p. 36.

de um tribunal cível violou direito fundamental seu, isso porque os citados tribunais são considerados como integrantes do conceito de "poder público", vinculados que estão, pelo artigo 1º da Constituição de 1949, aos direitos fundamentais.

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

Diante disso pergunta Canaris:

> Em primeiro lugar: quem é o *destinatário* dos direitos fundamentais – apenas o Estado ou também os sujeitos jusprivatistas? Em segundo lugar: de quem é o comportamento *objeto do exame* realizado com base nos direitos fundamentais – o comportamento de um órgão público ou o de um particular? E, por fim: em que *função* se aplicam os direitos fundamentais – como proibições de intervenção e direitos de defesa contra o Estado ou como mandamentos (deveres) de proteção?[151]

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

A aplicação dessa doutrina poderia destruir tanto o direito contratual quanto o direito da responsabilidade civil extracontratual, eis que ambos seriam substituídos pelos direitos constitucionais fundamentais, aplicando-se diretamente. Por essas e outras razões que na Alemanha a tese da eficácia direta não teve acolhida, preferindo os estudiosos e a jurisprudência desafiarem a teoria da eficácia externa indireta, sendo que assim a autonomia do direito civil estaria preservada, autonomia que foi lavrada

---

[151] Canaris, A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha, p. 236.

durante vários séculos, bem como as normas constitucionais são destinadas, pelo menos diretamente, ao Estado, tanto aquelas negativas (primeira geração), como as positivas (segunda geração) e as coletivas (terceira geração).

Essa conclusão genérica não impede que a constituição, pontualmente, estabeleça a aplicação *direta* e *imediata* de um direito fundamental nas relações privadas, como, por exemplo, a proibição do artigo 9º, inciso III, alínea 2, de que sejam celebrados acordos entre empregados e empregadores para restrição da liberdade de associação[152].

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

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

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

Já os negócios jurídicos e demais atos dos atores privados não constituem objeto de um exame direto a partir dos direitos fundamentais, pois os contratantes não

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

são os destinatários diretos dos direitos fundamentais. Seria o caso de negar o controle de constitucionalidade dos atos de particulares.

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

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

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

> Artigo 93. 1. Compete ao Tribunal Constitucional Federal apreciar: (...) 4a) As queixas constitucionais, que podem ser interpostas por toda a gente com a alegação de ter sido lesado, pelo poder público, num dos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos consagrados no nº 4 do artigo 20º, assim como nos artigos 33º, 38º, 101º, 103º e 104º.
>
> Artigo 100. 1. Quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, deverá suspender o processo e pedir a apreciação do tribunal do Estado competente para litígios constitucionais, se se tratar de violação da constituição de um Estado, ou a apreciação do Tribunal Constitucional Federal, se se tratar da violação desta Lei Fundamental. Isto vale igualmente nos casos de violação desta Lei Fundamental pelo direito estadual ou de incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal.

Pela interpretação dos dois dispositivos citados, verifica-se que na Alemanha não estão os juízes das instâncias ordinárias autorizados a realizar os testes para o controle de constitucionalidade das leis[153]. Daí, como conseqüência, não está o julgador autorizado a deixar de aplicar uma legislação privada para aplicar diretamente normas de direito fundamentais colhidas diretamente da Lei Fundamental. Em termos utilizados no Brasil, somente há na Alemanha o controle concentrado de constitucionalidade que é exercido pela Corte Constitucional, mas não o controle difuso.

Já no artigo 93 tem-se que apenas lesões à direitos fundamentais causadas pelos poderes públicos é que desafiam a apreciação da Corte Constitucional, excluindo, pois, qualquer alegação de violação dos direitos fundamentais por agentes privados. No entanto, ainda assim, a jurisprudência atual é no sentido de que quando um tribunal de base aplica um direito privado de forma equivocada, contrário ao direito fundamental em jogo, passa o tribunal a assumir a condição de violador, abrindo a chance de acesso à Corte Constitucional.

Nesse sentido, anota Canaris:

> Ora, se, deste modo, os órgãos jurisdicionais no campo do direito privado são considerados "poder público", no sentido do artigo 93, n. 1, alínea 4ª, da LF, e se suas decisões podem, portanto, violar direitos fundamentais *pela errada aplicação do direito privado*, conclui-se, de forma logicamente inexorável, que os tribunais cíveis também se encontram sujeitos à vinculação pelos direitos fundamentais no plano jurídico-material.[154]

Pelo que se percebe nas atuais posições daqueles que defendem a eficácia indireta ou mediada pela legislação, como se dá com Claus-Wilhelm Canaris, no fundo a premissa é que a engenharia adotada pela Lei Fundamental da Alemanha não dá condições de abraçar a tese da eficácia imediata, nada obstante as interpretações do

---

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

[154] Canaris, Direitos Fundamentais e Direito Privado, p. 41.

Tribunal Constitucional sejam flexibilizadoras em relação ao conhecimento de ações em defesa dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Não é por outra razão que diversas Constituições atuais já trazem regras que permitam a eficácia direta e imediata, como por exemplos as Constituições da África do Sul de 1996 e da Suíça de 1999, respectivamente:

> Artigo 8º. Uma disposição de direitos fundamentais vincula uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica se, e na medida em que, for aplicável, levando em consideração a natureza do direito e a natureza de qualquer dever imposto pelo direito.
>
> Artigo 35. 5. As autoridades públicas devem cuidar para que os direitos fundamentais, na medida em que sejam aptos para tanto, tenham eficácia também nas relações entre privados.

Bem por isso se deve tomar redobrado cuidado ao adotar a posição alemã no Brasil, na medida em que a nossa Constituição Federal de 1988 não traz os mesmos entraves que a Lei Fundamental deles apresenta, por exemplo, aqui há controle difuso de constitucionalidade e o § 1º do artigo 5º não restringe a eficácia dos direitos apenas aos “poderes públicos”, com se dá expressamente na Lei Fundamental tedesca.

3.2.2. A posição de Jörg Neuner

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

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

Estado, mas também por cidadãos individuais. É importante acentuar que aqueles direitos fundamentais apenas tutelam padrões existenciais mínimos e não pode ser utilizado para neutralizar o direito privado. Sem esses conceitos basilares o direito privado perderia sua legitimidade.

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

O artigo 1º da Lei Fundamental[155] produz uma eficácia externa imediata, pelas razões de a) ter sido incluída a cláusula entre aquelas imodificáveis e que b) em se considerando uma perspectiva teleológica é certo que a dignidade da pessoa humana não só pode ser violada por atos estatais, mas por sujeitos privados, sendo carente de tutela, igualmente.

A eficácia externa imediata do artigo 1º significa que também sujeitos privados são obrigados a respeitar a vida humana, a integridade física e o núcleo essencial dos direitos de personalidade, nele incluído o dever de não-discriminação. Disso resulta que um dono de restaurante que rejeita sem razão objetiva um deficiente

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

como seu cliente no estabelecimento, unicamente em virtude da deficiência, está sujeito pela Lei Fundamental a uma contratação compulsória[156].

Ao lado da eficácia externa imediata o artigo 1º da Lei Fundamental apresenta outra especificidade, de subtrair o cerne absoluto da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos da disponibilidade irrestrita por parte do próprio titular do direito. A primeira das razões é a violação de direitos fundamentais de terceiros, como se um pai desistisse de seu direito de ver o filho por razões de cunho patrimonial, contudo esse despojamento não poderia atingir o filho que tem o direito fundamental de ter a necessária convivência afetiva com seu pai. A dignidade humana não é um direito puro à autodeterminação, mas também é definida por componentes sociais. Outra limitação à renúncia são os interesses de bem-estar da coletividade, como a saúde pública, a segurança jurídica, a segurança de tráfego, etc. A terceira limitação seria quanto aos próprios interesses, vedando, por exemplo, um cidadão extremamente necessitado financeiramente de vender órgãos de seu corpo para transplante. Um contrato particular nesse sentido mereceria a incidência dos direitos fundamentais a restringir a propalada autodeterminação, pois

> Se, contudo, partirmos da premissa de uma livre elaboração da decisão, mesmo uma tal desistência de um direito fundamental estará sujeita a restrições objetivas externas, no sentido de que direitos fundamentais sociais não podem ser disponibilizados integralmente. Isso já se justifica pelo fato de que, a partir de um critério sistêmico-imanente, também o regime democrático, *de lege lata*, igualmente não está à disposição irrestrita dos envolvidos na relação jurídica. De resto, do artigo 1º, inciso II, da LF, também decorre diretamente que uma auto-interdição no contexto de um negócio jurídico ou outra disposição sobre atributos humanos elementares não é deixada ao bel-prazer do titular do direito.[157]

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

---

[156] Exemplo de Neuner, O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental, p. 255.

[157] Neuner, op. cit., p. 257.

Os deveres de proteção não ameaçam a liberdade dos particulares, na medida em que só está em foco aqui a delimitação de esferas colidentes de liberdade, não se tratando de intervenções sociais, especialmente nos negócios jurídicos. As violações a direitos fundamentais são catalogadas como omissões por parte do Estado, para o qual vale uma *proibição especial de déficit* (*Untermassverbot*). Essa categoria esbarra no direito privado em algumas dificuldades, pois nessa esfera devem ser compensados somente os interesses divergentes de liberdade.

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

Nesse último caso é o Tribunal Constitucional Federal quem vai controlar os atos praticados pelo Judiciário quando atuar no livre desenvolvimento do direito, bem assim como o Legislador, que a qualquer momento pode editar nova lei naquele vácuo que o Judiciário vinha criando o direito.

3.3. Desenvolvimento da Teoria em Portugal

A Constituição portuguesa de 1976, ao tratar dos direitos, liberdades e garantias, diz que eles vinculam entidades públicas e privadas[158], bem assim somente

158 Artigo 18º (Força jurídica) 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

poderá haver a restrição nos casos expressamente previstos na Constituição e desde que se respeite o núcleo essencial daquele direito fundamental em discussão.

Não merece maior análise a constatação de que os direitos fundamentais eram vistos apenas como direitos de defesa em face do Estado na perspectiva liberal. Contudo, o Estado não é mais considerado o “inimigo público”, os direitos fundamentais ganharam uma dimensão objetiva, na medida em que os poderes públicos devam atuar positivamente para a sua concretização. Também é atualmente evidente que os indivíduos não estão isoladamente contrapostos ao Estado, antes estão sujeitos às relações jurídicas com diversas entidades privadas com grande poder econômico e social. Inclusive diversas das atividades afetas ao Estado foram delegadas aos agentes privados (concessão de serviço público, por exemplo), não mais se justificando deixar essas entidades privadas ao largo da incidência dos direitos fundamentais, até porque a Constituição portuguesa é expressa nesse sentido (artigo 18º).

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

Nesse contexto é que se pergunta, por exemplo, até que ponto podem as liberdades e os direitos fundamentais serem limitados por contrato com consentimento de seu titular?

Em relação à Constituição portuguesa de 1976, o problema não é resolvido apenas na redação do artigo 18º, na medida em que não disse o constituinte em que medida essa vinculação ocorre e se todos os sujeitos privados encontram-se vinculados (entidades).

Em Portugal, como já era de se esperar, surgiram defensores das correntes já referidas anteriormente, as da eficácia direta e aplicabilidade imediata e aqueles que advogam a tese da eficácia indireta e aplicabilidade mediata. Que existe a dualidade, é verdade, mas também todos concordam com outras duas premissas que servirão como balizamentos. Primeiro, que os sujeitos privados poderosos não podem ser tratados como qualquer outro indivíduo e que devem ser consideradas ilícitas as diferenciações de tratamento nas relações particulares ou as restrições profundas que afetem o núcleo essencial da dignidade das pessoas. Segundo, que não se pode, a pretexto de cuidar da aplicação dos direitos fundamentais, retirar-se a autonomia privada, destruir-se a liberdade de autodeterminação dos cidadãos em sua vida e nos negócios que celebram na sua esfera privada.

Para José Carlos Vieira de Andrade:

> A nossa lei fundamental não crisma uma opção individual-liberalista, nem uma opção colectivista-totalitária.
>
> Por um lado, revela um forte pendor socializante e não pode, por isso, abandonar aos jogos de forças e interesses a vida de uma sociedade que já não está separada do Estado. Este deve assegurar a justiça social, tem de intervir e organizar, estabelecer imperativos, disciplinar e proibir. Na nossa lei fundamental, são visíveis, designadamente no que diz respeito às relações de trabalho e de consumo, essa preocupação e essa intenção de conformar as relações sociais.
>
> Mas, por outro lado, recebe, como princípio de valor, a *autonomia privada*, não deixando dúvidas de que não quer destruir nem apoucar o livre desenvolvimento da personalidade, a livre iniciativa econômica, a liberdade negocial, a propriedade privada, a família ou o fenômeno sucessório.
>
> Afinal, estamos perante um conflito entre duas dimensões da liberdade, ou da liberdade com a igualdade. A liberdade que os direitos fundamentais pretendem garantir não é apenas um abstracto valor social, mas sobretudo o poder de disposição ou a auto-determinação dos indivíduos concretos, e é, por sua vez, em nome da liberdade geral e ou da liberdade negocial que podem defender-se certas compreensões à aplicabilidade dos preceitos constitucionais nas relações entre particulares.[159]

Para este último existem relações de poder privado que são semelhantes às relações de poder público, na medida em que o critério da desigualdade está presente,

[159] Andrade, Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, p. 284.

pelo que entende ele que os direitos fundamentais deveriam aplicar-se direta e imediatamente ao particular. Porém, as situações de poder privado são muitas e deveras diferenciadas, como aquelas que se verificam entre os empregados e seus empregadores, entre pais e filhos, entre consumidores e empresas transnacionais, por corolário, a aplicabilidade daquelas garantias fundamentais devem variar conforme os tipos de situações e circunstancias que somente em concreto podem ser determinadas. Para a sua posição:

> O critério da "desigualdade" ou do "poder social" não deve, por isso, ser entendido como um critério classificatório, que nos permitisse *em abstracto* determinar as entidades que, além do Estado e demais pessoas colectivas públicas, seriam sujeitos passivos dos direitos fundamentais. Ele é, sobretudo, um critério teleológico que *em concrecto* permite estender por analogia e *graduar* a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas.[160]

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

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

Bem vistas as coisas, segundo o professor de Coimbra, trata-se de apenas assegurar, na medida em que a situação concreta justificar, uma proteção mais intensa

---

[160] Andrade, op. cit., p. 288.

e eficiente aos particulares suscetíveis de serem desproporcionalmente violados em seus direitos fundamentais por outras entidades particulares poderosas.

Arrematando a sua tese, Vieira de Andrade adverte:

> Os particulares poderão, assim, de acordo com a *natureza específica*, a *razão de ser* e a *intensidade* do poder exercido (na falta ou insuficiência da lei ou contra ela, se inconstitucional), invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstancias, argüindo a invalidade dos actos e negócios jurídicos que ofendam os princípios constitucionais ou reclamando a indemnização dos danos causados.
>
> Em todo o caso, a vinculação das entidades privadas poderosas pelos direitos fundamentais raramente se produzirá em termos semelhantes à vinculação dos poderes públicos Ou nunca, pois que, desde logo, estão excluídas as faculdades de exigir a *protecção positiva ou activa* dos direitos e liberdades, que só podem ter como destinatário o Estado, detentor do monopólio da coacção. Na realidade, as entidades privadas são também, apesar de tudo, titulares de direitos, liberdades e garantias (ainda que, nos casos das pessoas colectivas, em termos limitados) e essa circunstância, que terá de ser levada em linha de conta, poderá sempre implicar uma *ponderação* dos direitos ou valores em conflito, ainda que venha a revelar-se mínima, por exemplo, quando se trate da titularidade – que, sublinhe-se, já e, em regra, limitada, por se tratar de uma pessoa colectiva – de um direito tipicamente "agressivo" ou "intrusivo".[161]

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

Nesse ponto acrescenta que,

---

[161] Andrade, op. cit., p. 288.

> Assim, no caso de haver uma norma legal que regule positivamente a situação, deve esta ser aplicada, *presumindo-se* que estabelece *um equilíbrio aceitável* entre os valores em jogo.
>
> Essa presunção poderá ser ilidida, mas quem o quiser fazer deve ter o *ônus da prova* da inconstitucionalidade da norma, que existirá, por exemplo, se ela atentar frontalmente contra os preceitos relativos aos direitos fundamentais, enquanto princípios objectivos ou normas. Deverá ter-se em conta, porém, a possibilidade de se tratar de uma lei restritiva, a qual, além de outros requisitos, terá, contudo, para ser válida, de respeitar sempre o "conteúdo essencial" dos direitos. Aqui, os "valores" próprios do direito privado podem funcionar como valores ou interesses constitucionalmente protegidos que justifiquem a restrição (nos termos do artigo 18º).[162]

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

Outra posição bastante difundida em Portugal é aquela de José Joaquim Gomes Canotilho. Para o professor a questão começa a ser resolvida a partir da fixação de alguns pressupostos (*Tatbestände*). O primeiro é o conceito de restrição de direitos, que pode ser feita por intermédio de regras da própria Constituição, por meio da legislação, mas aquela que mais remete ao problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é a das *intervenções restritivas*, que podem ser do Estado como de um particular.

Gomes Canotilho diz que: "O conceito de intervenção restritiva teria, assim, operacionalidade prática, para abranger os actos, actividades ou comportamentos (públicos e privados), que produzem uma redução ou encurtamento do âmbito de proteção de um direito."[163]

---

[162] Andrade, op. cit., p. 293.

[163] Canotilho, Dogmática de direitos fundamentais e direito privado, p. 346.

Para se entender as restrições é importante distinguir o âmbito de proteção do que se intitula âmbito de garantia efetiva. Aquele significa que um bem é protegido, mas nesse âmbito artificialmente fixado podem intervir medidas restritivas de entes públicos ou de particulares, sem que a intervenção seja ilegítima. Já o âmbito de garantia efetiva é um espaço menor, um núcleo, dentro do qual toda e qualquer intervenção é ilícita.

Poder-se-ia dizer, nas pegadas do eminente professor, que são círculos concêntricos, com um núcleo rígido (âmbito de garantia efetiva) e um perímetro mais esfumaçado (âmbito de proteção), dentro do qual se admite intervenções públicas ou privadas que sejam legítimas, sob determinadas condições, e balanceamento de direitos conflitantes.

Magistralmente, "O conteúdo, prima facie, de um direito pode não ser o seu conteúdo definitivo quando, em virtude de um juízo de ponderação concreto, houver necessidade de restringi-lo conferindo maior peso a outros bens ou direitos."[164]

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

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

> O problema está em que nos casos de colisões entre direitos não é fácil delimitar o âmbito de protecção e o âmbito de garantia efectivo, pela simples razão de que a intervenção restritiva surge associada ao próprio exercício de

[164] Canotilho, op. cit., p. 351.

> um direito. E isto quer na dogmática civil quer na dogmática constitucional dos direitos fundamentais pessoais.[165]

Outra importante doutrina portuguesa é aquela de Paulo Mota Pinto, Juiz do Tribunal Constitucional português e professor em Coimbra.

Para ele os direitos fundamentais devem ser aplicados às relações privadas, preferencialmente, por intermediação do legislador, podendo, somente em casos excepcionais ser invocados diretamente. As duas únicas exceções que admitem a aplicação direta e imediata são quando o legislador por omisso ou quando a norma de direito privado for inconstitucional, pesando, em ambos os casos, um forte ônus de argumentação para o julgador. A segunda exceção seria naquelas situações em que o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana for violado.

Em palavras suas:

> Julgamos que a aplicação, à actividade de entidades privadas, das normas que consagram direitos fundamentais deve ocorrer, *em primeira linha, através de normas de direito privado*, quer estas se limitem a *reproduzir* o teor das normas constitucionais, quer contenham *conceitos indeterminados* ou *cláusulas gerais,* a preencher e concretizar segundo os valores constitucionalmente consagrados, e, em particular, numa actividade de "interpretação conforme aos direitos fundamentais". Estas normas são, pois, como que "portas de entrada" no domínio privatístico das valorações subjacentes aos direitos fundamentais, constituindo a precípua para a sua efectivação, impendendo, alías, logo sobre o legislador ordinário, o dever de prever mecanismos legais protectores dos direitos fundamentais.[166]

Refinando a sua tese e, distinguindo-a da teoria da eficácia mediata, leciona que poderão, mesmo assim, existir alguns casos em que o julgador não encontra norma aplicável adequada, ou cláusula geral ou conceito indeterminado ao qual recorrer, ou, ainda assim, situação em que deve afastar uma determinada norma ou interpretação – que é a única possível -, por contrária a direitos fundamentais. Cuidam-se de casos excepcionais, em que ao julgador que pretenda afastar-se de uma determinada norma

---

[165] Canotilho, op. cit., p. 348.

[166] Pinto, Autonomia privada e discriminação: algumas notas, p. 368.

de direito privado incumbe o ônus de fundamentar o exercício da faculdade de recusar a aplicação de normas que repute inconstitucionais ou de recorrer diretamente às normas constitucionais, aplicando-as às relações de direito privado.

Em arremate:

> Regressando ao tema que nos ocupa, logo por aqui se conclui, pois, pela inviabilidade de resolver os problemas de discriminação, em geral apenas através do *recurso directo a mecanismos constitucionais*. Se, nalguns casos, a lesão em causa pode tocar aquele núcleo essencial, em que tal recurso imediato se justifica (...)[167]

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

> Como se tem salientado na doutrina, o *princípio da igualdade* não vale nas relações privadas enquanto *proibição de arbítrio*, ou imperativo de razoabilidade – exigência de uma *justificação razoável* para a diferenciação. As pessoas não são, nem têm de ser, na modelação da sua própria esfera jurídica, sujeitos necessariamente racionais, tendo de reconhecerse que esse é o espaço da espontaneidade, das idiossincrasias pessoais, da liberdade (também) emocional – numa palavra, do *livrearbitrio.*
>
> Evidentemente, inclui-se neste espaço de liberdade também a possibilidade de *não revelar a ninguém a razão* ou o motivo da diferenciação: no domínio jurídicoprivado, não só as escolhas podem ser arbitrárias (pode ser o acaso a escolher), como os motivos não tem de ser revelados.[168]

Conforme inventariamos no presente tópico, as posições doutrinárias lusas não são uniformes, antes podem ser complementares, na medida em que cada uma delas agrega argumentos engenhosos a uma nova face do tema que toca a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e, por corolário, nas relações de trabalho.

---

[167] Pinto, op. cit., p. 371.

[168] Pinto, op. cit., p. 383.

Ao que tudo indica, até pela engenharia constitucional portuguesa, os autores adotam o modelo de eficácia imediata ponderada (matizada), sob o pálio da *proporcionalidade* e da decisão conforme as circunstâncias do caso concreto.

3.4. Desenvolvimento da Teoria na Espanha

Os direitos fundamentais são um dos temas jurídicos que mais mudaram a partir da evolução das relações sociais. Conforme as relações político-sociais são alteradas e revistas de acordo com a ideologia dominante, o conceito, extensão e aplicabilidade dos direitos fundamentais também o são.

Foi na Alemanha, como já se viu, na segunda metade do século XIX, que a teoria do Estado Liberal de Direito ganhou fôlego e, por isso, o surgimento da teoria dos direitos fundamentais foi colorida com matizes ideológicas correlatas, partindo-se das premissas pré-democráticas e, marcadamente, individualistas. Bem por isso, os direitos fundamentais previstos nas constituições eram lidos como direitos de defesa em face das investidas dos poderes públicos, principalmente da Administração, os quais eram tidos como os inimigos dos direitos dos cidadãos. O Estado era um mal necessário, mas que precisava ser limitado pelos direitos fundamentais previstos nas constituições. De outra banda, em outro compartimento estanque, estavam os direitos privados, ancorados nos códigos civis, que eram tidos como verdadeiras constituições dos direitos dos cidadãos.

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

Com a virada paulatina dos Estados liberais para os Estados sociais, tendo como marco a Constituição mexicana de 1917, a dogmática dos direitos fundamentais sofreu algumas alterações. A primeira delas foi o reconhecimento de que nas relações

entre particulares também haviam relações de poder, de sujeição de um contratante em relação à outro, assemelhando-se à relação assimétrica cidadão/poderes públicos. Em algumas situações, poder-se-ía afirmar que alguns entes privados exercem poderes tão fortes quanto o Estado. Não é por outra razão que a teoria da aplicabilidade frente a terceiros dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*) surgiu na Alemanha em meio aos contratos de trabalho (Caso da enfermeira Lempflegerin – BAGE 2, 274, tópico 3, infra).

Segundo Juan Maria Bilbao Ubillos:

> A nada pode surpreender, portanto, que a gênese e o desenvolvimento mais fecundo da teoria da *Drittwirkung* tenha tido como cenário o campo das relações de trabalho. Essa especial receptividade não é casual: se explica pela nota de subordinação intrínseca ao cumprimento da prestação pelo trabalhador. Ainda que a empresa tenha deixado de ser uma zona franca na qual o empresário exerce uma autoridade indiscutível e temos assistido nas últimas décadas a um processo de penetração da Constituição dentro das fábricas e de progressivo reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores enquanto cidadãos, o certo é que, como organização econômica, estruturada hierarquicamente, a empresa gera uma situação de poder e, correlativamente, outra de subordinação. (...) Ainda que estes poderes, que tem fundamento constitucional (art. 38 CE), não são, óbvio é dize-lo, intrinsecamente perversos, é evidente que a lógica empresarial pode limitar ou condicionar o exercício destes direitos.[169]

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

> Os direitos fundamentais devem proteger-se, portanto, frente ao poder, sem adjetivos, e o sistema de garantias, para ser coerente e eficaz, deve ser polivalente, deve operar-se em todas as direções. Não há nenhuma razão para pensar que o problema de fundo muda em função de qual seja a origem da agressão que sofre uma determinada liberdade. O tratamento há de ser, no essencial, o mesmo.[170]

---

[169] Ubillos, Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, p. 304. (tradução livre do original em espanhol).

[170] Ubillos, op. cit., p. 305.

Outro marco teórico trazido pelos Estados sociais foi o reconhecimento dos correspondentes direitos de segunda dimensão em nível hierárquico constitucional, convertendo as Constituições em documentos basilares de todo o sistema, não só mais do direito público. O direito privado, por evidente, continua a ser regulado pelos códigos civis e pela legislação específica, contudo os princípios estruturantes sobre os quais se sustenta encontram, desde a Constituição mexicana de 1917, alçada constitucional. Os direitos privados são interpretados a partir da diretriz constitucional. É por essa razão, também, que este enfoque unitário em torno das Constituições autoriza a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, até porque vários direitos fundamentais tem aplicação quase exclusiva nas relações privadas (*v. g.* relações de trabalho).

O terceiro marco teórico dos Estados sociais é a diluição da linha demarcatória entre o direito público e o direito privado, entre aquilo que é considerado público e o que é particular. O Estado passa a interferir positivamente nas relações sociais, bem como surgem diversas instituições com natureza híbrida, no Brasil as empresas públicas e as sociedades de economia mista, agências reguladoras, sindicatos, prestadoras privadas de serviços públicos, entre tantas outras instituições que adotavam o figurino estatal e passaram a ostentar natureza jurídica privada, mas sem deixar de lado seus poderes. Deixou o uniforme oficial para desfilar a paisana, mas na essência seus poderes ainda continuam os mesmos, daí porque não há razão para deixarem de se submeter aos limites do respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Uma última vertente desvendada pelas Constituições mais atuais é a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. Antes se cogitava da necessidade de haver mediação legislativa para dar eficácia aos direitos fundamentais, hoje as modernas Cartas trazem disposições expressas quanto à sua aplicabilidade direta e imediata, muitas delas já avançam para dizer que a aplicação se dá nas relações privadas.

Contudo, essa eficácia horizontal não afasta a eficácia vertical, ou seja, em face dos poderes públicos. O único traço diferencial é a necessidade de acomodação às circunstâncias de cada caso concreto, na medida em que nas relações Estado-cidadão os primeiros não são detentores de direitos fundamentais, mas nas relações privadas, ambos o são e a incidência sempre acabará em um problema de colisão.

O legislador, em primeiro plano, tem a função de concretizar os direitos fundamentais nas relações horizontais, legislando quanto ao conteúdo e condições de exercício dos direitos. A lei ofereceria segurança jurídica, dando uma solução mais equilibrada e uniforme para a incidência dos direitos fundamentais. Esses direitos seriam aplicados na medida em que o legislador dispusesse. No entanto, o próprio legislador, como órgão de poder, deve respeitar os direitos fundamentais, sendo inconstitucionais as legislações que esvaziem o conteúdo daqueles direitos. O grande problema dessa teoria é a sua ineficiência em caso de omissão legislativa, naqueles países que não têm mecanismos de controle da mora legislativa, como é o caso da Espanha[171]. No Brasil, nada obstante a existência de dois mecanismos (ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção), o Supremo Tribunal Federal ainda é bastante tímido quanto à justiciabilidade em caso de omissão do legislador.

Para o autor citado:

> A verdadeira solução, a que explica de uma forma mais coerente e honesta o que realmente ocorre todos os dias em nossos tribunais civis e trabalhistas, é o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Uma eficácia que, como logo veremos, pode ser direta, mas sempre matizada, condicionada, não indiscriminada, com um alcance que terá que ser modulado em cada caso atendendo ao peso relativo dos direitos e interesses com aqueles em que entram em colisão.[172]

---

[171] Juan María Bilbao Ubillos defende que é de todo recomendável que o legislador intermedie por meio da lei essa aplicação, mas em caso de mora legislativa o juiz estaria autorizado a fazê-lo, colhendo diretamente do texto da Constituição. Dito de outro modo, quando puder levar ao cabo por meio da interpretação e aplicação de preceitos legais ou cláusulas gerais, a eficácia será indireta, mas se faltam tais pontos de conexão não paralisam a atuação dos direitos fundamentais, mas são eles aplicados diretamente. (**La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: BOE/CEPC, 1997).

[172] Ubillos, op. cit., p. 322.

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

Nesse contexto, como a Constituição espanhola (artigo 24) garante o amplo acesso ao Poder Judiciário, na defesa de qualquer direito ou interesse legítimo, a primeira solução é que o ataque de particulares à direitos fundamentais dos cidadãos não podem ser sonegados da apreciação judicial, mas o serão pelas instâncias ordinárias, diante da impossibilidade de acesso ao Tribunal Constitucional. E essa conclusão é confirmada pela *Ley 62/1978*, de 26 de dezembro, que trata da Proteção Jurisdicional dos Direitos Fundamentais da Pessoa. Referida legislação foi alterada pela *Ley 1/2000*, de 07 de janeiro, mas mantendo seus traços característicos.

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

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

Assim como no Brasil a jurisprudência admite que os casos de tribunais que neguem o pedido em *habeas corpus* passem a figurar como autoridade coatora em novos *habeas corpus*, passando o Tribunal de base a ocupar a posição de violador, a experiência espanhola adaptou a mesma teoria para permitir que recursos de amparo ao Tribunal Constitucional fossem manejados para discutir violações de direitos fundamentais que foram causados, em essência, por um particular[173].

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

> *Artículo 9.*
>
> *1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.*
>
> *2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*
>
> *3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*
>
> *(...)*
>
> *Artículo 53.*
>
> *1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales*

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

> *derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).*
>
> *2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.*
>
> *3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.*

Apenas com efeito comparativo, passaremos em revista a algumas das decisões do Tribunal Constitucional espanhol, tentando, com isso, demonstrar a evolução da teoria dos direitos fundamentais naquela Corte e a sua posição atual. Antecipamos por dizer que há um distanciamento entre as discussões dogmáticas alhures referidas e a prática jurisprudencial da Corte espanhola, na medida em que essa última não enfrenta o tema diretamente, preferindo dar solução aos casos concretos submetidos à sua apreciação, contornando o problema acerca da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais não relações privadas. Contudo, valem a remissão pelos indícios apresentados.

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

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

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

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

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

Na ATC 1069/1987 foi dito que: "(...) alguns direitos fundamentais produzem um certo grau de eficácia nas relações entre particulares".

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

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

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

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

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

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

Para ele, a incidência dos direitos fundamentais deve ser direta e imediata, mas com as necessárias adaptações, sob pena de solapar o princípio da autonomia de vontade, o grande pilar do direito privado. É muito comum a doutrina mundial sobre o tema dizer que os cidadãos guardam, no final das contas, um direito subjetivo à arbitrariedade nas suas relações pessoais, demonstrando preferências, antipatias e irracionalidade. Não pode o Estado se imiscuir em questões de preferências em testamentos, conteúdo dos contratos, conveniência na convivência pessoal, etc., ao argumento da eficácia direta do princípio da igualdade, salvo se houver ofensa ao núcleo essencial dos direitos dos outros particulares envolvidos na relação.

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

Aqueles que negam veementemente a aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas, exigindo sempre a intermediação legislativa, não dando margem nenhuma de atuação para o intérprete, no mais das vezes, escondem uma ideologia liberal. Assim como aqueles outros, em sentido contrário, que defendem a eficácia direta e imediata, na maior medida possível e em todos os casos, geralmente invocando os direitos como instrumento de transformação social, como uma doutrina progressista, que traduz uma maior intervenção do Estado, esconde uma ideologia socialista. O ideal constitucional em um Estado Democrático de Direito é a compatibilização dessas duas vertentes, sem que haja uma preferência *a priori*, a depender a resposta das circunstâncias do caso concreto e da matização do conflito pela ponderação de direitos.

Para Bilbao Ubillos:

> O problema não é tanto se há ou não eficácia, mas a medida dessa eficácia (quanta eficácia) e de que tipo. Esse é o verdadeiro debate. (...) Porque se trata simplesmente de medir o alcance dessa eficácia em cada caso, em função da natureza do direito, de sua intrínseca aptidão para produzir efeitos na esfera das relações jurídicas entre particulares, das circunstâncias concorrentes nessa concreta relação e dos limites específicos que se derivam da necessária ponderação de outros direitos ou interesses com os que eventualmente podem entrar em colisão.[174]

[174] Ubillos, op. cit., p. 337.

E arrematando a sua tese:

> A questão é como podemos articular e harmonizar essa vigência com os princípios e valores específicos do Direito privado presentes em cada caso. Descartada a hipótese de uma eficácia uniforme e indiscriminada, a chave está na definição dos critérios que hão de orientar essa complexa tarefa. Haverá de determinar primeiro se em uma determinada relação jurídico-privada vige um concreto direito (se o direito não pode operar nesse contexto, aí acaba a indagação: não existe, por exemplo, um direito de acesso aos meios de comunicação privados) e, dissolvida essa incógnita, precisar, em um segundo momento, e mediante o correspondente juízo de proporcionalidade, até que ponto há de ser respeitado por um particular, porque sustentar que um direito fundamental está em jogo em uma determinada relação não significa postular que haja de prevalecer a todo custo. Em caso de colisão, a ponderação é ineludível e não tem porque resolver-se necessariamente em favor do titular do direito fundamental. Não podemos deixar-nos levar, nesse ponto, por uma sorte de fervor garantista, porque poderíamos "abnegar" o ordenamento de direitos fundamentais. Se corre esse risco, com efeito, de um certo fundamentalismo maximalista na aplicação das normas constitucionais, de um voluntarismo bem intencionado que pode chocar com as exigências técnicas e lógicas do ordenamento jurídico e acabar funcionalizando a liberdade individual. Por isso mesmo, admitir essa operatividade "segundo e como" frente a possíveis arbitrariedades cometidas por sujeitos privados não implica uma aposta ideológica em favor do paternalismo estatal. Em lugar de malgastar as energias em combater fantasmas, porque não centrar o esforço em conter a *vis* expansiva dessa teoria – um traço que não temos ocultado – fixando limites razoáveis a essa eficácia pluridirecional?[175]

Também na Espanha, Rafael Naranjo De La Cruz leciona que:

> (...) Os direitos fundamentais, em sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem o fundamento de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares[176].

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

---

[175] Ubillos, op. cit., p. 338.

[176] DE LA CRUZ, Rafael Naranjo. **Los limites de dos derechos fundamentales em las relaciones entre particulares: La buena fe**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 215. (tradução livre do original em espanhol).

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

3.5. Desenvolvimento da Teoria nos Estados Unidos da América

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

Essa interpretação mantém intacta a expressa previsão constitucional de que apenas o Estado é destinatário dos direitos civis, mais precisamente as autoridades federais, na medida em que as estaduais são vinculadas à legislação local. A tradição política e ideológica extremamente liberal, em que se eleva ao pedestal a garantia das liberdades individuais, rechaçando qualquer tentativa da doutrina ideológica mais social aplicar-se naquele país[177]. Contudo, alguns pequenos avanços podem ser verificados na experiência da Corte Constitucional, como, por exemplo, reconhecer que todas aquelas instituições privadas que recebem subvenção ou investimentos públicos ficariam dentro dos limites do conjunto "poder público", desafiando a aplicabilidade da

[177] LAURENCE TRIBE: "(...) imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de que pessoas se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais." (TRIBE, Laurence. **American constitucional Law**, 2 ed. Mineola: The Foundation Press, 1988, p. 1.691).

doutrina da *state action*. De outro lado, naquelas instituições eminentemente privadas, tolera-se inclusive a discriminação a pretexto da liberdade dos indivíduos[178].

A *state action doctrine* foi formada a partir de algumas decisões da Suprema Corte da década de 40 do século XX, quando os lesados em seus direitos por atitudes de particulares invocavam a 14ª Emenda à Constituição norte-americana, conseguindo a aplicação de alguns direitos civis constitucionais às relações privadas.

Entretanto, para que se possa entender com precisão a evolução do tema na experiência norte-americana, é importante retomar a discussão constitucional acerca do *Civil Rights Act* de 1875. Com efeito, após o fim da escravidão, foram inseridas 3 novas Emendas à Constituição, delegando ao Congresso a tarefa de editar leis de proteção aos novos libertos contra a discriminação. Era exatamente a Seção 5 da 14ª Emenda onde estava prevista essa delegação legislativa para efetivação dos direitos civis da Seção 1.

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

A Suprema Corte foi instada a se manifestar sobre a validade da legislação federal, quando do julgamento de cinco litígios envolvendo atos de discriminação em locais públicos, no que se convencionou chamar de *Civil Rights Cases*, julgado em 1883. Os Juízes entenderam, por maioria de votos, que o Congresso extrapolou a delegação da 14ª Emenda, eis que a lei federal não poderia alargar a aplicação dos

---

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

direitos civis às relações privadas, na medida em que a emenda constitucional, por evidente, deve estar contida dentro dos limites da Carta, a qual permite apenas a aplicação dos direitos civis em face do Estado e não nas relações particulares[179].

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

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

Curiosamente, menos de um mês depois, o Partido Democrata alterou seus estatutos para aceitar apenas a filiação de brancos, de modo a "driblar" a decisão já citada. Desta feita, a Corte admitiu a discriminação ao fundamento de que o estatuto partidário era privado e não poderia ser enquadrado no conceito de *state action*. Como se vê, aquele primeiro avanço cedeu aos artifícios adotados pelos Democratas.

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

O golpe definitivo veio em 1946, no caso *Marsh v. Alabama*. Uma religiosa da seita "Testemunhas de Jeová" distribuía panfletos em Chicksaw, uma pequena cidade

---

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

construída com a estrutura de um condomínio privado, administrado por uma empresa também privada, segundo regras próprias. Marsh foi advertida pela administração de que não deveria mais adentrar na cidade e praticar a sua pregação. Como ela se negou a seguir a ordem, foi condenada à prisão por uma lei do Estado do Alabama que previa penalidade para aqueles que invadissem propriedade particular.

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

Em arremate, entendemos que a Suprema Corte norte-americana sempre foi bastante tímida em relação ao tema da aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares, de modo que sua jurisprudência teve um início conservador, mais foi se desenvolvendo aos poucos, principalmente com a formação mais ativista da década de 40 do século XX, culminando com a adoção da doutrina do *state action*.

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

> Nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuível ao Estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da "atribuição razoável". Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por uma pessoa pela qual o Estado seja responsável (...).
>
> Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um "ator estatal". Isto por ser ele uma autoridade do Estado, por ter atuado juntamente com uma autoridade estatal ou por ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou porque a sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado.

Algumas vozes na doutrina norte-americana, principalmente o movimento do *Critical Legal Studies*, criticam a posição da Suprema Corte, as quais apontam para a

artificialidade da divisão estanque entre direito público e direito privado, quando naquele haveria respeito aos direitos humanos, incidência de direitos fundamentais, mas nesse não haveria nenhuma democracia ou igualdade, mas apenas a liberdade formal para comprar e vender.

3.6. O panorama brasileiro

A discussão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas só ganhou espaço na dogmática constitucional brasileira após a Constituição de 88, mais especificamente, salvo algumas manifestações isoladas, a partir da obra A Eficácia dos Direitos Fundamentais de Ingo Wolfgang Sarlet, fruto da tese de doutorado defendida perante a Universidade de Munique em 1996 [180].

O epicentro dos tremores causados em volta do tema no Brasil está centrado na interpretação do § 1º do artigo 5º da CF/88, para quem: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata."

As linhas doutrinárias se dividem entre aqueles que defendem a inexistência de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e no segundo grupo estão àqueles outros que defendem a eficácia entre particulares. O segundo grupo é dividido entre três sub-grupos (com algumas notas variantes entre cada tese): 1) aqueles que defendem a eficácia mediata ou indireta; 2) os que defendem a eficácia imediata, sem necessidade de nenhuma intermediação legislativa; e 3) aqueles que defendem posição mista ou eclética, conforme a estrutura do princípio específico de direito fundamental, em cujo último sub-grupo nos incluímos.

Passemos em revista a cada uma das posições.

---

[180] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

3.6.1. Ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

Ainda existem autores que defendem a inexistência de eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas, nada obstante sejam cada vez menores os grupos de doutrinadores nessa direção. Esse pequeno grupo é composto de liberalistas, bem como de civilistas radicais, que pensam na preservação da pureza dogmática da sua disciplina. Argumentam que as relações privadas são resolvidas ou pelo direito civil ou pelo direito penal, ficando a Constituição apenas como documento político que garante os limites de atuação do Estado frente aos particulares. A aplicação da teoria, segundo eles, acabaria por degradar o princípio da autonomia de vontade que alicerça o ramo.

Não conhecemos na doutrina trabalhista quem defenda a inaplicabilidade de direitos fundamentais nas relações de trabalho (*rectius*: relação privada), na medida em que grande parte dos direitos trabalhistas estão previstos nos artigos 6º, 7º e 8º da CF e tem eficácia direta nas relações de trabalho. Ao que tudo indica, o problema no campo laboral está em definir se a eficácia é direta, indireta ou mista, partindo da premissa da existência de eficácia, com isso, descartando essa primeira posição doutrinária.

3.6.2. Eficácia indireta e aplicabilidade mediata

Entre os que defendem a eficácia mediata entre particulares estão Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, por coincidência ou não, ambos com formação acadêmica em universidades alemãs, para quem o § 1º do artigo 5º da CF/88 é claro em vincular apenas os poderes públicos e não diretamente os particulares. Nos casos de omissão na legislação é que estaria o Poder Judiciário (vinculado diretamente aos direitos fundamentais) obrigado a colher diretamente nas constituições a solução para os casos concretos, contudo, mediada pelas cláusulas gerais da legislação.

Advertem que mesmo para aqueles que defendem a eficácia dos direitos fundamentais apenas naquelas situações de sujeição, quando envolve a questão dos

poderes sociais da experiência alemã ou a doutrina do *state action* norte-americana, o traço decisivo deverá ser as circunstâncias do caso concreto e não a verificação *in abstrato* daqueles considerados fortes. Existiriam situações em que o abstratamente mais fraco vai ser o causador da ofensa à direito fundamental, reclamando, na situação concreta, a atuação judicial em favor do considerado mais forte.

Em palavras suas:

> Mas isso não impede que a teoria seja aplicada em casos concretos nos quais uma das partes em conflito encontra-se em situação de inferioridade apesar de não pertencer aos grupos socialmente subalternos. Assim, por exemplo, nada impede que a teoria seja aplicada para fiscalizar a atuação do pequeno jornal de um sindicato caso publique artigos que difamem uma empresa multinacional. Ainda que, globalmente, a multinacional possua uma posição muito mais forte do que o sindicato, as circunstâncias podem fazer com que ela se encontre exposta a uma campanha que lese seus interesses lícitos, pois no caso concreto os efeitos da divulgação de um jornal podem superar as possibilidades de atuação defensiva da multinacional.
>
> Dito de outra forma, o critério decisivo para a aplicação da teoria do efeito horizontal não é uma desigualdade geral e de cunho material (ricos vs pobres, empregados vs empregadores, empresas vs consumidores etc.), mas "uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica" que deve ser avaliada e comprovada concretamente em cada caso.[181]

Conforme já advertimos linhas acima, dever-se-á tomar redobrado cuidado ao emprestar a doutrina alemã majoritária para a experiência nacional. E isso por várias razões. A primeira delas é que no Brasil o citado § 1º do artigo 5º da CF/88 não limita a aplicabilidade dos direitos fundamentais apenas aos "poderes públicos" (como o artigo 1º, 3, da Lei Fundamental alemã). Outro detalhe importantíssimo é que aqui há controle difuso de constitucionalidade, exercido por qualquer magistrado, de modo que quando o julgador deixa de aplicar uma regra do direito privado por inconstitucionalidade, estará, por via reflexa, aplicando diretamente a Constituição ao caso concreto privado (hipótese vedada no regime alemão, face a exclusividade do controle pela Corte Constitucional). O outro ponto diferenciador é que a Constituição alemã apenas traz direitos de índole liberal (direitos de defesa em face do Estado, direitos de 1ª dimensão), não havendo na Lei Fundamental nenhum dispositivo que consagre direitos sociais ou difusos (direitos

[181] Dimoulis e Martins, Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, p. 110.

de matiz social). Não se deve confundir, com isso, que o Estado alemão não seja social. Ele o é, mas é o intérprete que tem essa concepção ideológica (pré-compreensão na lição de Gadamer), nada obstante o objeto (a Lei Fundamental) não o seja. Bem por isso é que o intérprete constrói teorias engenhosas para justificar a sua incidência.

Os defensores da mediação legislativa temem que o juiz realize essa tarefa, pois esse não possui legitimação popular para determinar o nível de vigência social de direitos, ainda mais quando atuam sem critérios e limites para essa aplicação, óbices que não existiriam em caso de mediação legislativa. Ela é claramente marcada por ideologia liberal, inclusive negando a mediação judicial, pois os direitos fundamentais assim o são caracterizados face a sua hierarquia material e formal, oponível contra todos e insuscetível de esvaziamento pelo legislador. Nessa linha de raciocínio, a partir do momento em que se confere apenas ao legislador e tarefa de implementar os direitos fundamentais transmudar-se-ão para direitos legais, comuns, passíveis de ineficácia em caso de mora legislativa. Quiçá, quando das novas Constituições, quando ainda não há praticamente mediação legislativa para os novos direitos fundamentais, ficariam os cidadãos em estado de letargia aguardando, ano após ano, seus direitos fundamentais serem implementados pelos legisladores, que no mais das vezes não representam, materialmente, os anseios da sociedade.

Outra posição daqueles que advogam a teoria da eficácia indireta é a necessidade de mediação pelo julgador. Este deveria aplicar os direitos fundamentais na resolução dos problemas privados quando houvesse lacuna na legislação e, principalmente, quando do preenchimento das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, tais como bons costumes, boa-fé, ordem pública, etc. O magistrado realizaria a aplicação direta do direito privado na solução da controvérsia, mas mediada pelos direitos fundamentais previstos na Constituição (interpretação conforme).

3.6.3. Eficácia direta e aplicabilidade imediata

De outro lado, entre aqueles que defendem a eficácia imediata dos direitos fundamentais na generalidade das relações privadas, está Daniel Sarmento[182]. Para o constitucionalista, a atual Constituição adotou um modelo social, bem por isso todos os direitos fundamentais devem ser imediatamente aplicados às relações privadas. Isso se daria pela opção do constituinte na busca da redução das desigualdades, que para ser conseguida necessita de uma maior intervenção do Estado nas relações privadas.

O Supremo Tribunal Federal nunca se posicionou firmemente a respeito do tema, mas em alguns julgados aplicou direitos fundamentais de forma direta e imediata para garantir o contraditório e a ampla defesa no bojo de relações particulares, bem como o direito da igualdade nas relações de trabalho[183]. Tais decisões serão vistas mais a frente, em tópico próprio.

3.6.4. Teoria Eclética ou Mista

Em arremate dessa exposição, entendemos que a razão encontra-se com aqueles que adotam a teoria eclética ou mista, conforme o direito fundamental em jogo e as circunstâncias dos casos concretos, como de resto se dá na doutrina portuguesa e espanhola (Cf. tópicos 3.3. e 3.4., infra), na medida em que a engenharia da Carta de 1988 é assimétrica. Foram positivados direitos fundamentais de todas as ordens, motivo pelo qual alguns deles têm aplicação apenas em face do Estado (*v. g.*, inciso XXXIV do artigo 5º), outros apenas em face dos particulares (*v. g.*, parágrafo único do artigo 7º), bem como a maioria deles são aplicáveis tanto em face de um como de outro.

---

182 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. As mesmas idéias estão resumidas em A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (org). **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

183 RE 158.215 – Rel. Min. Marco Aurélio e RE 161.243 – Rel. Min. Carlos Velloso.

A tarefa de mediar a aplicação de direitos fundamentais às relações privadas é precipuamente do legislador, mas também poderá ser exercida pela administração e pelo Poder Judiciário, quanto a este último principalmente na realização do controle de constitucionalidade difuso, quando o juiz deixa de aplicar uma norma infraconstitucional privada para aplicar, diretamente, algum direito fundamental da Constituição.

Para Ingo Wolfgang Sarlet:

> No que diz com a eficácia dos direitos fundamentais propriamente dita, há que ressaltar o cunho eminentemente principiológico da norma contida no art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, impondo aos órgãos estatais e aos particulares (ainda que não exatamente da mesma forma), que outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, em favor dos quais (seja qual for a categoria a qual pertençam e consideradas as distinções traçadas) milita uma presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficacial. Também no plano da eficácia dos direitos fundamentais assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade e da harmonização de valores em jogo, sugerindo-se que o limite seja, também aqui, reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser.[184]

Na mesma linha de raciocínio, Wilson Steinmetz:

> Quanto à forma (o modo, o "como") a ao alcance (a extensão, a medida), a vinculação dos particulares a direitos fundamentais – sobretudo a direitos fundamentais individuais – se materializa como eficácia imediata "matizada" ("modulada" ou "graduada") por estruturas de ponderação (ordenadas no princípio da proporcionalidade e seus elementos) que, no caso concreto, tomam em consideração os direitos e/ou princípios fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes. Ademais, nos casos concretos para os quais há regulação (concretização) legislativa específica suficiente e conforme à Constituição e aos direitos fundamentais, o Poder Judiciário, em virtude dos princípios democrático e da separação dos poderes, não deve, de plano e sem a apresentação de razões jurídico-constitucionais de peso (ônus de argumentação), afastar-se da solução legislativa, isto é, o Poder Judiciário não deve sobrepor-se, de imediato e sem satisfazer um ônus de argumentação constitucional racional e objetiva, às ponderações do Poder Legislativo concretizadas em regulações específicas de direito privado[185].

---

[184] Sarlet, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 464.

185 Steinmetz, A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais, p. 295-296.

Não é por outra razão, entendemos nós, que no Direito do Trabalho tem-se admitido como constitucionais diversas leis editadas sob o pálio neoliberal, que, ao fim e ao cabo, flexibilizam direitos (banco de horas, jornada a tempo parcial, terceirizações), tudo na medida do respeito à função primordial do legislador de mediar a incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, já *pré-ponderando* com os princípios da liberdade empresarial, sistema capitalista de produção e da livre iniciativa.

Somente em casos de inconstitucionalidade flagrante, quando ausente a *proporcionalidade* entre o direito fundamental e a restrição imposta pelo legislador, é que o Judiciário poderá deixar de aplicar a regra de direito privado (*rectius*: direito do trabalho) e aplicará diretamente a Constituição Federal[186]. Outros direitos, que pela sua natureza, são imediatamente aplicáveis às relações privadas o serão sem mediação legislativa, como o direito à vida privada, intimidade, honra dos trabalhadores, etc.

Para concluir, invocamos a lição, sempre genial, de Virgílio Afonso da Silva, acerca da impossibilidade de formulação abstrata e generalizada para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (e nas relações de trabalho):

> Na lógica do direito público, e especialmente dos direitos fundamentais, o fraco são todos os indivíduos e o forte é o Estado. "A situação jurídica é clara e estática". Já na lógica do direito privado, o fraco é aquele que sofre de uma desigualdade fática, mas essa desigualdade fática pode ter causas múltiplas e, mais importante, pode ocorrer com qualquer indivíduo. Tentar introduzir, no direito privado, uma distinção "clara e estática" entre fortes e fracos, nos moldes da distinção existente na ordem constitucional, ou seja: tratando sempre o empregador, o vendedor e o locador como fortes e o empregado, o comprador e o locatário como fracos, tem como conseqüência alterar gravemente a maleabilidade indispensável ao direito privado, distorce o conceito de boa-fé e politiza as relações privadas[187].

---

[186] Por essa razão dissentimos de Dinaura Godinho Pimentel Gomes, em lição já referenciada alhures, quando ao dissertar acerca do papel da Justiça do Trabalho verbera: "No entanto, o Judiciário Trabalhista deve deixar de aplicar toda e qualquer regra jurídica infraconstitucional que se afastar da idéia de justiça.". Para ela, que é comprometida ideologicamente com a vertente social, o "justo" seria sempre a proteção do trabalhador. (Gomes, A constitucionalização do Direito do Trabalho, p. 34).

187 Silva, A Constitucionalização do Direito, p. 74.

Assim, dependerá das circunstâncias concretas de cada caso a solução para a colisão dos direitos fundamentais de empregados e empregadores, pois a incidência dos direitos fundamentais aproveitará tanto um quanto outro, não podendo ser aplicada a lógica da solução sempre em favor dos direitos dos trabalhadores, como se empresas não fossem detentoras de direitos de mesma hierarquia, assimilando-se ao Estado.

3.6.5. Posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal

É bom que se diga, de início, que o Supremo Tribunal Federal jamais teve a preocupação de desenvolver uma doutrina mais aprofundada sobre o tema. Restringiu a julgar alguns casos concretos, bem esporádicos, nos quais adotou implicitamente a teoria da eficácia imediata, mas mesmo assim sem justificar analiticamente sua tomada de posição, a favor de uma e não de outra teoria.

No julgamento do RE 158.215[188], o Tribunal se viu diante do caso de alguns associados de uma cooperativa do Rio Grande do Sul que foram expulsos sem que as regras estatutárias de ampla defesa fossem observadas. Referidos membros disseram na imprensa local que os dirigentes da cooperativa jamais os expulsariam, lançando um desafio. Em resposta, os dirigentes expulsaram-nos sumariamente, sem observar as regras estatutárias que previam um necessário procedimento administrativo, com direito de defesa. O que parecia uma contenda de direito privado (desrespeito do estatuto), na visão do STF, converteu-se em um problema de aplicação dos direitos fundamentais ao contraditório e a ampla defesa. A decisão determinou a reintegração dos excluídos e que qualquer expulsão devesse ser precedida do devido processo legal administrativo. A Excelsa Corte aplicou diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas, mas não o disse expressamente nem fundamentou analiticamente sua posição. Afinal, bem vistas as coisas, sequer se tratava de um problema de violação direta e frontal da Constituição Federal – escapando da competência do Supremo Tribunal Federal -, mas de um problema infraconstitucional (direito civil), relacionado à obediência do estatuto.

188 STF - 2ª T - Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 07.06.1996.

Já no julgamento do RE 161.243[189], aqui especificamente quanto ao direito do trabalho, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o regulamento de empresa da companhia aérea *Air France* não poderia conter cláusula discriminatória em detrimento de trabalhadores não-franceses, no caso do recorrente um trabalhador brasileiro.

A ementa do acórdão está assim redigida:

> CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.

Muito embora a solução nesse segundo caso seja correta, a fundamentação foi objeto de crítica de Virgílio Afonso da Silva[190], para quem a tendência generalizante e absolutizante das decisões da Excelsa Corte, vedando qualquer tratamento de cunho desigual, sem observar e fundamentar acerca das condições do caso concreto, nada acrescenta ao método pós-positivista de aplicação dos princípios.

3.6.6. Posição adotada pela jurisprudência trabalhista

A prática judicial trabalhista não é diversa, seja pela escassez de decisões a respeito do tema, seja pela ausência de fundamentação analítica. Dois casos recentes servem de objeto para o debate quanto ao ponto. Ambos indicam pela adoção da tese

---

[189] STF – 2ª Turma – RE 161.243 – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 19.12.1997.

[190] Silva, op. cit., p. 94.

da eficácia direta e aplicabilidade imediata, com características generalizantes, criticada por Virgílio Afonso da Silva quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal[191], nada obstante o resultado final seja diverso.

A primeira delas, uma decisão do TRT da 2ª Região[192], aplicou diretamente direitos fundamentais dos trabalhadores para obstar dispensa em massa na empresa Amsted Maxion Fundição. No citado caso, o empregador resolveu dispensar diversos trabalhadores em razão da crise financeira mundial, para tanto argumentando que o direito de dispensa sem justa causa é um direito potestativo dos empregadores, eis que a garantia de emprego do inciso I do artigo 7º da Constituição não foi regulamentada e não é auto-aplicável.

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

Assim ficou redigida a ementa do acórdão:

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

[191] Nota supra.

192 Processo 20281.2008.000.02.00-1 – Relª. Desª. Ivani Contini Bramante – DOE 15.01.2009.

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

Essa mesma posição foi defendida por centenas de magistrados do trabalho reunidos na 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho.[193]

---

193 DIREITOS FUNDAMENTAIS – FORÇA NORMATIVA. I – ART. 7º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária. II – DISPENSA ABUSIVA DO EMPREGADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. NULIDADE. Ainda que o empregado não seja estável, deve ser declarada abusiva e, portanto, nula a sua dispensa quando implique a violação de algum direito fundamental, devendo ser assegurada prioritariamente a reintegração do trabalhador. III – LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. ÔNUS DA PROVA. Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita. (Enunciado nº 2).

No mesmo contexto sócio-econômico de crise mundial, houve dispensa em massa de empregados da Embraer, ficando a matéria afeta ao julgamento do TRT da 15ª Região[194]. Referido tribunal, ao contrário de seu congênere da 2ª Região, declarou a abusividade da dispensa em massa sem tratativas de negociação, mas não avançou para reconhecer a nulidade da dispensa e determinar a reintegração dos trabalhadores, apenas condenou a EMBRAER a pagar indenizações, por violação à boa-fé objetiva.

A decisão ficou assim ementada:

> CRISE ECONÔMICA - DEMISSÃO EM MASSA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCAÇÃO COLETIVA – ABUSIVIDADE – COMPENSAÇÃO FINANCEIRA – PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto sócio-econômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua de legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Européia (Directiva 98/59), Argentina (Ley n. 24.013/91), Espanha (Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995), França (Lei do Trabalho de 1995), Itália (Lei nº. 223/91), México (Ley Federal del Trabajo de 1970, cf. texto vigente - última reforma foi publicada no DOF de 17/01/2006) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a EMBRAER efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros, acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é

[194] TRT 15ª Região – 00309.2009.000.015.00-4 – Rel. Des. José Antonio Pancotti – DOESP 30.03.2009.

> razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva - o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente.

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

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

3.7. Princípio da proibição do retrocesso social (artigo 7º, *caput*, da CF/88)

A segurança jurídica é um dos principais objetivos do Direito, bem por isso é consagrada nas mais diversas Constituições e Tratados Internacionais. Apenas a título de exemplo, poderíamos referir que está presente no preâmbulo da CF/88, no artigo 5º, *caput* e diversos incisos, bem como em diversos outros artigos ao longo da Carta. Ela engloba as garantias do devido processo legal, da legalidade, respeito à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e direitos adquiridos, as restrições em matéria penal, entre tantas

outras. Poder-se-ía resumir que é princípio fundamental do Estado de Direito, sendo sua nota diferenciadora em relação aos Estados de exceção.

Para Ingo Wolfgang Sarlet a segurança jurídica remete à dignidade da pessoa humana, na medida em que a descontrolada disponibilização de direitos e projetos de vida dos cidadãos por parte da ordem jurídica acabaria transformando-os em meros instrumentos da vontade estatal (*coisificação* da pessoa), retirando-lhes o traço de dignidade, em sua visão mais embrionária. Não é por outra razão que nos Estados de Direito há a garantia de direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive como imperativos de tutela contra atos dos poderes públicos e dos particulares, de sorte a serem eles o instrumental de proteção da dignidade da pessoa humana. Logo, em cada direito fundamental há, em seu núcleo, um traço de dignidade. Para o citado autor,

> Para além disso, há que levar em conta que especialmente o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais tem sido consensualmente considerado uma exigência inarredável da dignidade da pessoa humana (assim como da própria noção de Estado de Direito), já que os direitos fundamentais (ao menos em princípio e com intensidade variável) constituem explicitações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. Portanto, a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica.[195]

Aprofundando no estudo da segurança jurídica, a doutrina portuguesa[196] divisou sua atuação em duas vertentes: as idéias da *proteção da confiança* e também da *proibição do retrocesso social*. A primeira radica na noção de respeito às situações jurídicas já consolidadas, a confiabilidade, racionalidade e transparência dos atos, quer públicos, quer privados, de sorte a dar segurança aos cidadãos quanto aos efeitos de seus próprios atos[197]. A segurança jurídica, objetivamente, exige a continuidade do

---

[195] Sarlet, A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica, p. 15.

[196] Por todos: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338-340 e QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentai sociais:** Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

[197] Não é por outra razão que o princípio constitucional da proteção da confiança deu azo à criação do princípio da boa-fé objetiva no direito privado (artigo 422 do Código Civil de 2002).

Direito, da ordem jurídica posta, mas na vertente subjetiva significa a proteção da confiança do indivíduo nessa estabilidade (daí a positivação do respeito à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito – inciso XXXVI do artigo 5º da CF/88).

Enquanto a proteção da confiança atua na segurança jurídica das situações já consolidadas, de outro giro, a *proibição do retrocesso* ou *vedação do retrocesso* atua naquelas situações para o futuro, criando limites ao poder público de restringir, mesmo que com efeitos prospectivos, direitos sociais já efetivados pela Carta ou pelas leis.

Para Ingo Wolfgang Sarlet:

> O que importa consignar, nesta quadra, é a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas manifestações), mas também não dispensa – pelo menos é esta a tese que estaremos a sustentar – uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido "batizada" pela doutrina – entre outros termos utilizados – como proibição (ou vedação) de retrocesso e aproximamo-nos ainda mais do cerne do nosso estudo.[198]

Encontra o princípio da vedação do retrocesso, além da referência ao dogma da segurança jurídica, duas outras manifestações explícitas em nossa Constituição. A primeira delas é a do § 2º do artigo 5º, quando o constituinte originário garante todos os direitos dos diversos incisos, mas "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados", ou seja, quer-se agregar novos direitos fundamentais, mas não se admite o retrocesso daqueles já efetivados (inciso IV do § 4º do artigo 60).

---

[198] Sarlet, op. cit., p. 18.

Em igual direção, aqui no que tange ao Direito do Trabalho, o constituinte estabeleceu no *caput* do artigo 7º que "*São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:*", também garantindo um patamar mínimo aos trabalhadores, porém incentivando o constituinte derivado, bem como o legislador, a implementar novos direitos, vedando o retrocesso quanto aos que já estão postos na ordem jurídica.

Remonta a José Afonso da Silva, no Brasil, o desenvolvimento da tese, na medida em que defendia que as normas constitucionais de eficácia limitada, espécie programática, nada obstante dependam da atividade legislativa infraconstitucional para produzir todos os seus efeitos, tinham elas um poder paralisante de impedir que outras normas fossem editadas com o objetivo de esvaziar o conteúdo do direito fundamental previsto constitucionalmente. Naturalmente, o professor paulista não utilizou os termos de princípios da proibição do retrocesso social ou vedação do retrocesso, na obstante tenha defendido algumas de suas teses principais[199].

Gomes Canotilho leciona com precisão:

> Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A "proibição de retrocesso social" nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social.
>
> O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ("lei da segurança social", "lei do subsídio de desemprego", "lei do serviço de

[199] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

> saúde") deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.[200]

Como se vê, o princípio da vedação do retrocesso social está intimamente ligado à idéia das restrições aos direitos fundamentais, sendo um de seus balizamentos ("limites dos limites"), criando obstáculos intransponíveis sobre os quais o legislador, e em menor medida também o Executivo e o Judiciário, não consegue saltar[201].

Importante ressaltar que o princípio da vedação do retrocesso social impõe limites à corrosão dos direitos fundamentais (daí sua referência expressa nos artigos 5º e 7º), não se aplicando quanto às demais questões legislativas. Dito de outro modo, não há falar em vedação do retrocesso social quando, por conveniência política, algumas leis são revogadas ou alteradas, mesmo quando a situação fática tenda a prejudicar o cidadão, desde que não afete diretamente seus direitos fundamentais. Por esse motivo que Ingo Sarlet intitulou a vedação do retrocesso de "eficácia protetiva" dos direitos fundamentais.[202]

Como um princípio (ao contrário das regras que se aplicam no modelo "tudo ou nada"), a vedação do retrocesso não é absoluta, em razão disso comporta aplicação por ponderação, na maior medida possível. O legislador está vinculado à Constituição, daí porque deve implementar as promessas do constituinte (Constituição dirigente de Gomes Canotilho), sob pena de cometer inconstitucionalidade por omissão. Mas, o que a vedação do retrocesso garante é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, na sua coincidência com a dignidade da pessoa humana, mas não veda o legislador de conformar os direitos à situação sócio-política daquele determinado momento social,

---

[200] Canotilho, op. cit., p. 320/321.

[201] Remetemos à obra sobre o tema: BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

[202] Sarlet, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 434 e s.

pois, se assim não fosse, converter-se-ia, por interpretação, as leis infraconstitucionais em cláusulas pétreas constitucionais, insuscetíveis de modificação alguma.

A doutrina diz que esse núcleo dos direitos fundamentais que a vedação do retrocesso protege é aquele mínimo existencial para a vida digna do cidadão, contudo a idéia de mínimo existencial é volátil, alterando conforme cada momento político, social e econômico, principalmente quanto a este último em Estados em via de desenvolvimento como é o Brasil – aqui está também a noção de "reserva do possível", na medida em que a arrecadação efetiva do Estado, no mais das vezes, não é suficiente para ofertar toda aquela gama completa de direitos fundamentais que a Constituição enuncia[203], isso no que toca aos direitos fundamentais de segunda dimensão ou direitos sociais a uma prestação positiva do Estado. Quanto aos direitos de primeira dimensão ou direitos de defesa, não há esse entrave orçamentário para a sua real implementação.

E nesse particular que radica também a proporcionalidade, utilizando-a para a definição de qual o mínimo existencial naquela dada situação concreta, bem como se o direito fundamental exigível encontra-se dentro da noção de "reserva do possível". É o caso de Estados ricos e desenvolvidos que em momento de crise aguda resolvem, por meio de alterações legislativas, restringir direitos fundamentais já implementados. Não é que, como já referido, a vedação do retrocesso proíba qualquer tipo de restrição, mas a restrição deve ser proporcional e não afetar o núcleo essencial (mínimo existencial).

Segundo a nossa posição, a conclusão é subentendida, mas vale anunciar que nenhum princípio constitucional é absoluto, como de resto se dá com a vedação do retrocesso social. Não é por outra razão que alguns direitos trabalhistas (previstos até no rol do artigo 7º da CF/88) são restringidos, em alguma medida, pelo legislador, com algum retrocesso social, mas desde que não ofenda a dignidade dos trabalhadores.

Mais uma vez Wolfgang Sarlet:

---

[203] Sobre o tema da: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

> (...) o reconhecimento de um princípio da proibição de retrocesso não poderia – como suficientemente destacado nas páginas precedentes – resultar numa vedação absoluta de qualquer medida que tenha por objeto a promoção de ajustes, eventualmente até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social, onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto.[204]

Na trilha da doutrina lusa de vanguarda, o Tribunal Constitucional português, precursor na aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, em dois lapidares julgados o adotou para fundamentar as suas decisões. No primeiro deles (Acórdão nº 39 de 1984), o Tribunal entendeu que uma nova lei que havia revogado parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde impunha retrocesso social e, por isso, era inconstitucional, pois afrontava o artigo 64 da Constituição que garante o direito fundamental à saúde.

Em seu voto, o Conselheiro Vital Moreira lecionou:

> Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.
>
> Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.[205]

Em julgamento mais recente (Acórdão nº 509 de 2002), o Tribunal também entendeu ser inconstitucional uma nova lei que excluiu os jovens entre 18 e 25 anos da proteção dada pela lei do benefício do rendimento mínimo de inserção, mesmo tendo a legislação fustigada resguardado os direitos adquiridos.

---

[204] Sarlet, op. cit., p. 39.

205 Acórdãos do Tribunal Constitucional, vol. 3/95-131, p. 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa.

Existem três formas de restrição aos direitos fundamentais[206]: a primeira é a *restrição expressamente estatuída pela Constituição*, quando uma regra da Carta excepciona um direito (por exemplo, alínea "a" do inciso XLVII do artigo 5º excepciona a inviolabilidade do direito fundamental à vida do *caput* do mesmo artigo); em segundo plano existem as *restrições expressamente autorizadas pela Constituição,* quando o constituinte originário delega ao legislador a possibilidade e a tarefa de restrição de direitos fundamentais (exemplo o inciso XIII do artigo 5º e todas as outras normas qualificadas como de *eficácia contida*[207]), que se dividem em *reservas legais simples* e *reservas legais qualificadas*; por fim, têm-se as *restrições implicitamente autorizadas pela Constituição,* quando a própria convivência dos direitos fundamentais dentro de um mesmo sistema constitucional exige restrições como forma de acomodá-los. Elas podem ser de duas formas: a) *conceitos jurídicos indeterminados e institutos sujeitos à regulação legal* e b) *conflitos entre direitos fundamentais e bens constitucionais legítimos.* No último caso é que se recorre à técnica da *ponderação* para estabelecer os limites, ponderação que pode ser feita pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Entretanto, nos dois últimos gêneros da classificação (englobando as quatro espécies), não se admite que as restrições aos direitos fundamentais sejam invasivas ao ponto de esvaziar, por via reflexa, a garantia imposta pela norma constitucional – que de resto é imune até contra os ataques do constituinte derivado–, calhando, nessa tarefa de limitação aos poderes restritivos, o princípio da proibição do retrocesso social.

Exemplo da adoção dessa teoria é o artigo 13 da Constituição da Turquia:

> Direitos e liberdades fundamentais podem ser restringidos pela lei, em conformidade com a letra e o espírito da Constituição, objetivando salvaguardar a integridade indivisível do Estado com seu território e nação, soberania

206 Utilizamos, aqui, a classificação de JANE REIS GONÇAVES PEREIRA, por entendermos a mais completa e de acordo com a forma adotada pelo constituinte originário. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Uma Contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. *Mutatis mutandis*. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

207 Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

> nacional, a República, segurança nacional, ordem pública, paz geral, interesse público, moral e saúde pública, e também por razões específicas dispostas nos artigos da Constituição. As restrições de direitos fundamentais e liberdades não podem entrar em conflito com os requerimentos da ordem democrática da sociedade e não deverão ser impostas para nenhum objetivo que não aqueles para os quais foram prescritas.

Na experiência do Supremo Tribunal Federal existem algumas manifestações expressas quanto ao princípio em estudo[208], sendo mais paradigmático o julgamento do Mandado de Segurança nº 24.875 de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Na oportunidade os Ministros julgavam questão envolvendo o pretenso direito adquirido de Ministros aposentados da Corte ao recebimento de subsídios que ultrapassavam o teto do funcionalismo público, porém fixado por lei editada posterior à jubilação.

Em seu agudo voto, o Ministro Celso de Mello diferenciou as balizas de atuação de constituinte originário (conceitualmente ilimitado) e do derivado, este último com as limitações formais, circunstanciais e materiais. O poder reformador está inserido dentro dos parâmetros da Constituição, por isso não se lhe permite dispor contra todas as opções fundamentais do constituinte originário. Mais a frente acrescenta:

> Registro, de outro lado, que tenho igualmente presente, no exame desta controvérsia constitucional, o postulado da proibição de retrocesso social, cuja eficácia impede – considerada a sua própria razão de ser – sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão, que não pode ser despojado, por isso mesmo, em matéria de direitos sociais, no plano das liberdades reais, dos níveis positivos de concretização por ele já atingidos, consoante assinala (e adverte) autorizado magistério doutrinário (...).
>
> Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em conseqüência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inocorrente na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

---

[208] ADI 3105 – Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso – DJ 18.02.2005, ADI 3.128 – Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso – DJ 18.02.2005 e ADI 3.104 – Relª. Minª. Cármen Lúcia – DJ 09.11.2007.

Na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho há uma única referência ao princípio da proibição do retrocesso social[209] [210]:

> A Convenção Coletiva de Trabalho é o instrumento pelo qual os sindicatos dos empregadores e dos empregados negociam novas e melhores condições de trabalho, levando a efeito o primado da autodeterminação coletiva e da liberdade de negociação.
>
> Contudo, essa negociação encontra limites nos princípios que regem o Direito do Trabalho. Seja pelo princípio protetivo, da condição mais benéfica ao trabalhador, seja pelo princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhista ou mesmo pelo princípio da proibição do retrocesso, não se pode admitir que uma negociação coletiva, sob o pretexto de flexibilizar as normas trabalhistas, suprima direitos e conquistas, hoje assegurados.
>
> Entender de modo diverso traria severos prejuízos à classe operária, admitindo-se que um acordo coletivo elimine direitos e conquistas dos empregados, com argumentos que, bem analisados, mais privilegiariam os empregadores.

Embora ainda seja incipiente a discussão da proibição do retrocesso social no direito do trabalho, pelo que visto da doutrina e da jurisprudência especializada, não há admissão das restrições expressamente autorizadas pela Constituição, muito menos daquelas implicitamente autorizadas, apenas as restrições expressamente estatuídas pela Carta. O que há, a nosso juízo, é a absolutização dos princípios trabalhistas, de modo que Pinheiro Castelo[211] defende que sequer o legislador poderia realizar alguma restrição. Não chega a enfrentar o tema da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Devido a matriz socializante (pré-compreensão), os especialistas laborais

---

[209] TST – 5ª Turma - RR-1008/2006-301-04-00.6 – Rel. Min. Emmanoel Pereira – DJ 04.04.2008.

[210] Diretriz que se verifica na doutrina trabalhista de Jorge Pinheiro Castelo: "Repita-se, mais uma vez, o *caput* do art. 7º da CF, ao estabelecer que 'são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social', fixa dois princípios constitucionais fundamentais do direito do trabalho. Primeiro, ao estabelecer no plano constitucional o objetivo do direito laboral como da busca da melhoria da condição social, fixa a proibição do retrocesso social, especialmente por norma infraconstitucional. Segundo, eleva para o nível constitucional a garantia da norma mais favorável. (O Direito Material e Processual do Trabalho e a Pós-Modernidade, p. 283).

[211] "Portanto, a exceção ao princípio da norma mais favorável contida na previsão constitucional só poderia ser prevista como norma constitucional e ainda assim não de caráter genérico, mas específico, sob pena de sofrer de inconstitucionalidade, em face do *caput* do art. 7º da CF." (Op. cit. p. 283).

não admitem sequer o debate quanto aos limites da conformação legislativa ordinária ou aquela negociada.[212]

[212] Calha, aqui, a advertência de Luís Roberto Barroso: "A Constituição desempenha dois grandes papéis na sociedade: preservar consensos mínimos e organizar o espaço de decisão política, mantendo desobstruídos os canais de deliberação democrática. Os direitos fundamentais sociais garantem aos indivíduos condições materiais para uma existência digna, sendo esse um fim em si mesmo e também um pressuposto para a participação esclarecida no espaço público. Toda ação estatal que atente contra tal objetivo será, em princípio, inconstitucional. Por outro lado, não se pode retirar das maiorias de cada momento a possibilidade de repensar o tamanho do Estado e de suas obrigações para com a sociedade. O equilíbrio entre esses dois pólos é essencialmente dinâmico e seria inútil e antidemocrático pretender congelar a discussão artificialmente. É nesse contexto que deve ser pensada a vedação do retrocesso. (Prefácio da obra DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007).

4. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

4.1. Inserção do Direito do Trabalho na interpretação constitucional pós-moderna

Partindo da premissa fixada alhures de que o modelo constitucional nacional é democrático de direito, com a garantia de direitos fundamentais tanto de viés liberal como de matriz social, por corolário exigindo do intérprete uma posição epistemológica coerente com esse novo modelo, entendemos que o Direito do Trabalho também deve inserir-se nessa nova conjuntura. E isso não apenas porque os direitos do trabalhador integram o rol dos direitos fundamentais previstos no artigo 7º da Constituição de 1988, mas também porque ao se inserir dentro da atividade produtiva, o trabalhador traz os direitos fundamentais inerentes à sua condição de cidadão, como são os direitos da personalidade, sujeitos a violações. Por essas razões que o intérprete, principalmente os magistrados trabalhistas, que lidam com esses direitos fundamentais, devem partir da pré-compreensão democrática de direito e valer-se do método pós-positivista como o único adequado a manipular um sistema jurídico que inclua direitos fundamentais.

Também como já visto em capítulo próprio, quando tratamos da incidência de direitos fundamentais nas relações privadas, incluídas as relações de trabalho, todo o ordenamento jurídico é influenciado pelas normas constitucionais, sendo o problema da eficácia direta, indireta ou mista, um problema secundário. Se o Direito do Trabalho é influenciado pelo modelo constitucional vigente, impõe-se o respeito aos direitos tanto de empregados como de empregadores, sem que haja precedência *prima facie* entre eles, reformulando-se a visão da posição clássica, já referida linhas acima, de que os direitos fundamentais dos trabalhadores ganham *status* de direitos absolutos[213].

[213] Mudando com a concepção clássica de que a fórmula política não é mais social, porém democrática de direito, o subprincípio trabalhista do "*in dúbio pro operario*" deixa de existir. Se durante a fórmula social se admitia que, na dúvida, deveria privilegiar o trabalhador, pois essa era a ideologia que a Constituição defendia, em tempos atuais, quando for possível colher do dispositivo dois ou mais sentidos, deverá o intérprete escolher aquele que esteja de acordo com a fórmula do estado democrático de direito, nem sempre a favor dos direitos dos trabalhadores, como de resto se dá quando da aplicação da técnica da interpretação conforme à Constituição, para interpretação da legislação infraconstitucional.

Um caso exemplificativo dessa posição que precisa ser superada, refere-se a entrevista do Presidente do Banco do Estado do Espírito Santo S/A, na qual disse que entre as centenas de empregados que precisariam ser dispensados, em razão de sua adequação estrutural, optou-se por aqueles que tinham problemas administrativos, tais como advertências, censuras, ou que tinham desempenho profissional abaixo do exigido. Diversos dos empregados dispensados recorreram à Justiça do Trabalho com o objetivo de serem indenizados por violação à honra e a moral, na medida em que estando entre os dispensados, a entrevista pública do representante deixava entender que a postura profissional de todos eles era insatisfatória, proporcionando dificuldades para nova colocação no mercado de trabalho, mesmo que o banco não tenha feito uma lista pública com o nome dos dispensados.

O Tribunal Regional capixaba, sem ponderar os princípios em conflito, como a honra e imagem do trabalhador, de um lado, e o direito de informação e a publicidade dos atos das pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público, de outro, julgou que houve violação à honra de uma empregada e que havia o dever de indenizar. Não levou em consideração as circunstâncias fáticas do caso concreto, como o caráter informativo da entrevista, na medida em que causaria alterações significativas em sua estrutura e diversos reflexos para a população em geral. A entrevista não foi concedida com o objetivo de macular a honra dos empregados dispensados, mas de esclarecer à população às mudanças a serem experimentadas na estrutura bancária estatal.

O Tribunal Superior do Trabalho manteve a decisão[214] [215], dizendo que:

---

214 TST - RR - 221100-52.1996.5.17.0007 – Rel. Min. Emmanoel Pereira – DEJT 13.11.2009.

215 Em caso similar já havia decidido o Tribunal Superior do Trabalho: “DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. DISPENSA COLETIVA. DIVULGAÇÃO DEPRECIATIVA. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. 1. Caracteriza dano moral, passível de gerar direito à indenização, o ato de Banco empregador que, em meio de comunicação de massa, difunde a explicação de que a dispensa de um grupo de 700 empregados deveu-se a ‘problemas disciplinares’, ‘baixo desempenho profissional’, ‘censuras e advertências’. 2. A divulgação ampla e generalizada de informações desabonadoras à conduta de ex-empregada constitui ofensa à sua reputação e à sua imagem no meio social em que vive, criando-lhe decerto empecilhos à recolocação no mercado de trabalho. 3. A configuração do dano moral ganha ainda maior vulto se considerado o fato de as instâncias ordinárias não haverem consignado que a dispensa deu-se por justa causa. 4. A ausência de eventual divulgação do rol nominativo dos empregados despedidos não é empecilho a que se repute presente um nexo causal entre o comportamento do empregador e a ofensa

> Portanto, a publicação atingiu a autora na sua honra de trabalhador e ser humano, ou seja, honra subjetiva e objetiva, ao lhe ser imputada uma imagem extremamente negativa, com capacidade de provocar profundo abalo em sua personalidade e no seu círculo de convívio social.
>
> (...)
>
> De outro lado, restou patente tanto o dano, quanto a culpa da reclamada e o nexo causal, já que a lesão aos atributos da personalidade da reclamante decorreu de ato irrefletido de seu presidente: a publicação de entrevista que ofendeu a honra da empregada.

O resultado da decisão é reflexo do modelo metodológico positivista, eis que para esse modelo as normas jurídicas são absolutas. Se válidas, devem ser aplicadas em todos os seus efeitos. Por isso, quando manipulou princípios jurídicos que envolvem direitos fundamentais, como é o direito à honra e a imagem do trabalhador, os Tribunais utilizaram a técnica de aplicá-los na maior medida possível, com absolutização desses direitos, sem considerar as circunstâncias do caso concreto e os direitos fundamentais que também possuía o empregador, representado pelo seu dirigente.

Se o método aplicado fosse o pós-positivista, com ponderação de princípios conflitantes, conforme as circunstâncias do caso concreto e na maior medida possível, subsidiada pelo princípio da proporcionalidade, o resultado teria sido diverso e muito mais consentâneo com as diretrizes da atual Constituição Federal de 1988.

É de se perceber que a Constituição não adotou explicitamente qualquer princípio específico do Direito do Trabalho, na medida em que no rol do artigo 7º não fez referência à irrenunciabilidade, proteção ou qualquer outro, diferentemente do que fez em relação a outros temas como a ordem econômica (artigo 170) e previdência social (artigo 194), por exemplo. Entretanto, não se pode olvidar que em tantos outros dispositivos deixou bastante claro que a valorização do trabalho (artigo 170), a busca do pleno emprego (inciso VIII do artigo 170), a função social da propriedade (inciso XXIII do artigo 5º), demonstra a vocação constitucional para o desenvolvimento social e solidário dos cidadãos, sem deixar de lado outras garantias de ordem liberal.

---

infligida ao empregado ante a fácil identificação dos integrantes do grupo dispensado coletivamente". (TST - E-RR-543.180/1999.0, Rel. Min. João Oreste Dalazen - DJ 21.10.2005).

Como já referido em tópicos anteriores, os princípios podem ser construídos pelo intérprete, por indução, a partir do direito positivo abstratamente considerado, sem a necessidade de haver um dispositivo específico que lhe de suporte, como se dá com as regras jurídicas. Por isso, o sistema constitucional atual dá suporte aos princípios de Direito do Trabalho já tratados acima (tópico 1.2), bastando apenas a alteração de seu modelo de aplicação, recomendando a ponderação conforme as circunstâncias fáticas. O que defendemos não é uma negação dos princípios clássicos trabalhistas, mas a sua correta aplicação, de acordo com o modelo metodológico pós-positivista.

Exemplificativamente, os desavisados ou ideologicamente comprometidos, poderiam objetar a existência do inciso VI do artigo 7º, onde o constituinte originário deixou clara a possibilidade de renúncia/sacrifício de direitos do trabalhador, com o despojamento, com a interveniência sindical, do mais importante de seus direitos que é o salário. Logo, por conseqüência, todos os outros direitos também o seriam, rompendo com o dogma da irrenunciabilidade.

A premissa não é verdadeira, *rogata venia*. Atualmente, qualquer interprete sério das normas constitucionais defende que as regras que positivam restrições de direitos fundamentais, antes de serem sinal da adoção de um princípio restritivo, é a confirmação do inverso[216]. Em palavras outras, admitir a existência de um princípio geral a partir de uma regra específica importaria, sem dúvida, no reconhecimento da imprestabilidade (ou inutilidade da regra do inciso VI do artigo 7º, *v.g.*), na medida em que se o princípio fosse o da renunciabilidade, porque então prescrever a possibilidade de renúncia nesse caso específico? Pelo contrário. A positivação de regras de restrição aos direitos fundamentais, este com a estrutura de princípios jurídicos, indicam que o princípio é o da irrenunciabilidade de direitos, sendo que a exceção deve ser de logo prevista e autorizada em casos excepcionais, como fez o constituinte originário. Os

[216] Consultar, nesse sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 e SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

constituintes derivados também podem legislar, criando regra constitucional restritiva de direitos fundamentais, mas para tanto devem obedecer a uma série de requisitos, tais como não ofender o núcleo essencial dos direitos fundamentais, realizar a ponderação racionalmente, balizando-se pela proporcionalidade e pelo princípio da proibição do retrocesso social (tópico 3.7), sob pena de inconstitucionalidade da emenda, conforme a proibição do § 4º do artigo 60 da Constituição[217].

Da mesma forma que a colisão de princípios na resolução do caso concreto invoca o que atualmente se chama de técnica da ponderação, podem existir situações em que foi o próprio constituinte quem já fez a ponderação (*rectius:* pré-ponderação) e positivou o resultado do sopesamento como uma regra de exceção.

O exemplo acima é uma dessas hipóteses. Existindo em determinados casos concretos conflito entre a valorização do trabalho (e, por corolário, a irrenunciabilidade de direitos) e de outro lado os valores da livre iniciativa, ambos de alçada constitucional e sem hierarquia *prima facie*, o próprio constituinte já pré-ponderou e deu a solução do caso: sob essas condições específicas, a livre iniciativa deve prevalecer (inciso VI do artigo 7º da Constituição). Por evidente, sob condições diversas, a irrenunciabilidade de direitos trabalhistas irá prevalecer sobre os interesses de gestão.

Não tivesse feito essa restrição expressa o legislador constituinte originário, tanto o derivado quanto o infraconstitucional poderia fazê-lo[218], cada qual com seus

---

[217] É de se observar, ao contrário do que defende os positivistas, que o constituinte originário expressou no citado inciso que é vedada a edição de emenda constitucional "tendente a abolir" direitos individuais, retirá-los do ordenamento ou tolher-se a eficácia, mas não impediu, antes incentivou, a conformação legislativa reformadora da Constituição, adaptando-a aos novos tempos, desde que preservado o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

[218] Quando o legislador infraconstitucional cria uma exceção proporcional à um princípio constitucional, o faz por meio da positivação de normas que ocupam a estrutura de regras jurídicas legais, podendo citar como exemplo a restrição legislativa que a própria CLT faz ao princípio da irrenunciabilidade de direitos, quando admite que um dirigente sindical renuncie a essa condição, por corolário renuncie a sua garantia provisória no emprego, a teor do § 1º do artigo 543 da CLT. No exemplo, o legislador infraconstitucional já pré-ponderou os direitos em conflito, entendendo que, situações fáticas concretas, como a mudança de endereço por interesse do empregado, pode autorizar a renúncia de direitos.

métodos procedimentais próprios e, ambos, respeitando o conteúdo essencial do direito fundamental, sob pena de inconstitucionalidade material.

Como visto, a ponderação pode ser legislativa – positivando-se uma regra de exceção ao princípio contraposto, bem como pode ser judicial. Por corolário, havendo a regra jurídica de exceção ao direito fundamental, o aplicador não pode desprezá-la e desconsiderar a atividade própria do legislador que é mediar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas[219]. O juiz somente pode deixar de aplicar a regra jurídica restritiva de direito fundamental se ela for inconstitucional, para tanto precisa motivar, em controle difuso, a desproporcionalidade da atividade legislativa.

O pressuposto para adoção da teoria dos princípios é admitir a plasticidade destes, com a possibilidade de retrações conforme as circunstâncias do caso concreto. Não se coaduna com o pós-positivismo a existência de princípios absolutos no sistema.

Virgílio Afonso da Silva, criticando a doutrina clássica, diz:

> Os direitos fundamentais seriam absolutos porque não poderiam sofrer limitações. Essa tese, ainda que intuitivamente plausível, por querer conferir maior grau de proteção a esses direitos, ignora a impossibilidade, não somente teórica, mas sobretudo prática, de resolver colisões entre direitos fundamentais sem recorrer à limitação de alguns deles nos casos concretos. Como se verá mais adiante, é impossível resolver o problema da constitucionalização do direito sem recorrer ao sopesamento entre direitos fundamentais, o que, por conseguinte, implica recorrer á sua limitação quando assim exigível.[220]

---

[219] Exemplo corriqueiro na Justiça do Trabalho da aplicação inadequada do método é quando os juízes invocam o princípio da inafastabilidade da jurisdição para deixar de aplicar a regra competencial do artigo 651 da CLT. A regra jurídica citada já é o resultado da pré-ponderação do legislador ao conflito entre os princípios do acesso à jurisdição e da efetividade da Justiça. Levando em conta todas as circunstâncias concretas, o legislador optou por privilegiar como competente a Vara do Trabalho do local da prestação dos serviços, onde estão as provas a serem produzidas, impondo ao autor da ação o deslocamento até a sede da Vara, caso não mais resida na jurisdição onde prestou serviços. Quisesse o legislador privilegiar, no caso, o princípio do acesso à justiça em toda medida, teria positivado no artigo 651 da CLT que o trabalhador poderia propor a ação na Vara do Trabalho mais próxima, ou mesmo como defendem os magistrados em torno da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho: "Em se tratando de empregador que arregimente empregado domiciliado em outro município ou outro Estado da federação, poderá o trabalhador optar por ingressar com a reclamatória na Vara do Trabalho de seu domicílio, na do local da contratação ou na do local da prestação dos serviços." (Enunciado nº 7).

[220] Silva, A Constitucionalização do Direito, p. 88.

Até no seio da sociedade liberal-individualista francesa do século XVIII, onde a proteção da liberdade e dos direitos individuais era levada à última medida, já se reconheciam as restrições aos direitos fundamentais.[221]

4.2. Colisão de princípios e os métodos de solução

As forças antagônicas da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, como sói acontecer em regimes de índole democrática, adotaram ideologias conflitantes e até mesmo incompatíveis, o que foi visto com mais cuidado em tópico anterior, como se percebe claramente do preâmbulo (direitos sociais X desenvolvimento); artigo 1º (os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa); artigo 3º (desenvolvimento nacional X erradicação da pobreza); artigo 5º (propriedade privada X sua função social); artigo 170 (valorização do trabalho/busca do pleno emprego X livre iniciativa/livre concorrência).

O legislador primordialmente, depois o intérprete, tendo o Poder Judiciário essa última qualidade, tem a obrigação de ponderação e de adequação dessas duas linhas ideológicas (socialismo X liberalismo), sem que uma supere a outra *prima facie* e abstratamente, até porque quando do conflito de princípios de mesma hierarquia formal a resposta não é dada pelo sistema pelo modelo da subsunção.

Pensamos que a se admitir que sempre os interesses do trabalhador devam prevalecer sobre aqueles do empregador, estar-se-ía negando a própria natureza de princípio à irrenunciabilidade de direitos, proteção, primazia da realidade, etc., pois a característica essencial que diferencia os princípios das regras é a possibilidade de adequação e ponderação em casos concretos, ora um prevalecendo um pouco mais ora outro, sempre com os olhos nos limites de seu núcleo essencial.

---

[221] Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, artigo 4º: "A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique outrem: em conseqüência, o exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que assegurem aos demais membros da sociedade a fruição desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados pela lei."

Paradigmática a seguinte passagem de Robert Alexy:

> O problema da invalidade de princípios dizia respeito a princípios extremamente fracos, isto é, princípios que em caso algum prevalecem sobre outros. No caso dos princípios absolutos trata-se de princípios extremamente fortes, isto é, de princípios que em nenhuma hipótese cedem em favor de outros. Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em casos de colisão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável.
>
> É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio leva à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam de ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.[222]

Na esteira da lição do afamado professor germânico é de simples verificação que em nosso sistema jurídico constitucional também não existem princípios absolutos. Expomos a nossa opinião alhures com a demonstração de que a irrenunciabilidade de direitos, como princípio constitucional, admite tanto a restrição constitucional por meio do inciso VI do artigo 7º, bem como a legislativa ordinária do § 1º do artigo 543 da CLT. Também admite restrição a irrenunciabilidade de direitos quando em choque com outro princípio contraposto, de mesma estatura constitucional, conforme as circunstâncias do caso concreto, para cuja função o Judiciário deve valer-se do método pós-positivista. Não se coaduna com o modelo constitucional atual a idéia de que, por exemplo, o princípio da irrenunciabilidade é absoluto[223].

---

[222] Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 111.

[223] Em recente julgado, o Tribunal Superior do Trabalho disse: “em questões trabalhistas, os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade não cedem passo ao da boa-fé, nem se enfraquecem perante argumentos econômicos ou cálculos utilitaristas, que afirmem a prevalência da disposição monetária em detrimento de direitos consagrados no ordenamento jurídico.” (TST - E-RR - 1454/2005-103-03-40 – Relª. Minª. Maria Cristina Peduzzi – DJ 29.02.2008).

Precisa, no particular, a lição de Virgílio Afonso da Silva:

> A figura da renúncia a direitos é conhecida desde o direito romano. Sua recepção no âmbito do direito público sempre foi, contudo, problemática. No âmbito dos direitos fundamentais, por sua vez, a possibilidade de renúncia costuma ser rejeitada de pronto.
>
> Quando se menciona as principais características dos direitos fundamentais, costuma-se falar em *inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade*. Se se encaram tais características como simplesmente *prima facie*, podem elas desempenhar alguma função, mas não é possível imaginar que o problema se esgote por aí. Casos difíceis e limítrofes – e muitos não tão limítrofes assim – não podem ser explicados de maneira tão simples e genérica e não é difícil encontrar contra-exemplos que demonstrem as limitações da aceitação absoluta dessas características.
>
> Exemplifico:
>
> (1) Aquele que, após a prolação de uma sentença de primeiro grau em um processo, aceita não recorrer à instância superior diante de uma proposta em dinheiro da parte contrária, *negocia* seu direito fundamental ao duplo grau de jurisdição.
>
> (2) Aquele que, diante das câmeras de TV, exibe sua cédula na cabine de votação, *renuncia* ao sigilo do voto.
>
> (3) Quando um homem entra para um seminário na igreja católica, com o intuito de se tornar padre, ou uma mulher, com o intuito de se tornar freira, *renunciam* eles a seu direito de constituir família.
>
> (4) Aquele que é aprovado em concurso público e aceita o cargo de juiz, renuncia a seu direito fundamental do art. 5º, XIII, referente ao livre exercício de qualquer trabalho, pois somente poderá exercer uma atividade de magistério (art. 95, parágrafo único, I).
>
> (5) Todo aquele que celebra um contrato, renuncia a uma parcela de sua liberdade.
>
> Os exemplos seriam muitos, mas esses são suficientes para ilustrar a falta de força explicativa de classificações como a mencionada acima, especialmente quando tais classificações pretendem ter aplicação absoluta a todos os direitos fundamentais, sem nenhuma exceção.[224]

O mesmo raciocínio aplica-se à dignidade da pessoa humana e ao direito a vida, que de igual forma não são absolutos, basta dar uma olhada na alínea *a* do inciso XLVI do artigo 5º que admite a adoção de pena de morte em caso de guerra declarada,

[224] Silva, A Constitucionalização do Direito, p. 62/63.

afastando, sem dúvida alguma, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, em alguns casos excepcionais, limítrofes, proporcionalmente.

Os princípios fundamentais dos trabalhadores, presentes no sistema jurídico constitucional, devem observar essa mesma diretriz. Se se entender que os princípios da irrenunciabilidade de direitos e da proteção sejam absolutos, ao menos *prima facie*, poderão até prestar-se a alguma função, nas pegadas de Virgílio Afonso da Silva, como a função informativa do legislador e a interpretativa, no entanto esse caráter absoluto perde força quando da sua função normativa.[225]

Na sua função normativa, segundo o modelo pós-positivista que adotamos, os princípios possuem força normativa como a das regras jurídicas. Enquanto as regras se aplicam por subsunção, os princípios aplicam-se por ponderação, na maior medida possível e de acordo com as circunstâncias dos casos concretos. Essas circunstâncias fáticas são normalmente identificadas a partir de outros princípios diversos colidentes. No caso de colisão de princípios, deverá o intérprete resolver a controvérsia com o auxílio do princípio da proporcionalidade, pelo procedimento esquadrinhado a seguir.

4.2.1. Razoabilidade

Diversos autores de nossa experiência dogmática constitucional[226] entendem que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são conceitos similares, mas

---

225 No mesmo sentido Daniel Sarmento: "Já se tornou lugar-comum a afirmação de que, apesar da relevância ímpar no papel que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais. Tem-se entendido que o caráter principiológico das normas constitucionais protetivas dos direitos fundamentais permite ao legislador que, através de uma ponderação constitucional dos interesses em jogo, estabeleça restrições àqueles direitos, sujeitas, no entanto, a uma série de limitações (são os chamados 'limites dos limites')". (Sarmento, Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos, p. 293).

226 "Guardada a circunstância de que suas origens reconduzem a sistemas diversos – ao americano em um caso e ao alemão em outro – razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis." (Barroso, op. cit., p. 36).

pensamos, entretanto, como aqueles que os diferencia.[227] Antes mesmo de expormos a razão que nos leva a defender que a razoabilidade e a proporcionalidade são distintas, é necessário realizar algumas depurações semânticas.

Ambos são classificados como princípios, mas essa classificação não atende aos padrões do pós-positivismo. Para essa linha metodológica, como já visto, normas jurídicas podem ocupar a estrutura de princípios ou de regras. Ambos possuem força normativa e aplicam-se por métodos particulares (subsunção e ponderação). Se bem analisadas, a razoabilidade e a proporcionalidade não se enquadram em nenhuma das duas espécies normativas. Não desempenham o papel de princípios, muito menos o de regras jurídicas. Eles executam a função de critérios de solução de antinomias dentro do sistema jurídico pós-positivista. São metacritérios que se localizam fora do sistema, por isso recebendo, na doutrina especializada, diversas outras nomenclaturas, como de máximas, regra, normas de segundo grau e postulados normativos aplicativos[228]. Com efeito, a nomenclatura utilizada é de menor importância, desde que, com Virgílio Afonso da Silva, pense que "Mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo 'princípio' é deixar claro que ele, na expressão 'princípio da proporcionalidade', não tem o mesmo significado de 'princípio' na distinção entre regras e princípios, na acepção de teoria de Robert Alexy".[229]

Como corolário dessa depuração, a razoabilidade e a proporcionalidade não podem e não devem ser aplicados como princípios jurídicos. Por não integrar o sistema jurídico, não há como haver colisão com outros princípios, bem por isso não há falar em sopesamento entre razoabilidade e proporcionalidade, ou mesmo com outros princípios. Eles são utilizados como mecanismos de interpretação/aplicação do direito. São as

---

[227] Por todos: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais.** Ano 91, volume 798, abril de 2002, p. 23-50 e ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

[228] Ávila, Teoria dos Princípios, p. 137.

[229] Silva, O proporcional e o razoável, p. 26.

ferramentas utilizadas pelo jurista pós-positivista para corrigir defeitos sistemáticos e para dar maior racionalidade na fundamentação.[230]

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

A depuração do princípio da razoabilidade indicou que ele visa investigar o itinerário utilizado pelo poder público para perseguir um fim buscado. Se os meios estão adequados para alcançar aquele fim almejado, sem que para isso sacrifique de forma desmedida outros direitos, quando o ato seria razoável, chegando ao ponto de Virgílio Afonso da Silva defender que a razoabilidade corresponde apenas a primeira regra do teste de proporcionalidade.[231] A razoabilidade, enfim, seria uma condição necessária, mas não suficiente para que um ato seja tido como proporcional. Nessa perspectiva, funcionaria ela como um dos métodos de solução da colisão de princípios.

No entanto, existem outros autores, como Humberto Ávila, que reconstroem o princípio da razoabilidade – postulado normativo aplicativo para Ávila – a partir de alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal. A razoabilidade é utilizada para indicar

---

230 Daniel Sarmento, consciente dessa necessidade de racionalidade quando da fundamentação acerca da ponderação de princípios, adverte: "(...) muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta 'euforia' com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram- se em verdadeiras 'varinhas de condão': com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser". (Sarmento, Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional, p. 200).

231 Silva, op. cit., p. 33.

equidade, congruência e equivalência[232]. Em resumo das três vertentes, a razoabilidade funcionaria como um instrumento de verificação de critério e medida, remontando sua origem ao direito de igualdade do artigo 5º, *caput*, da Constituição. Visaria o princípio da razoabilidade analisar se determinados atos estatais não distorcem, desmedidamente, a idéia de igualdade material da norma constitucional.

Humberto Ávila adverte que:

> Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada.
>
> Essas considerações levam à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (preâmbulo e art. 3º da CF).[233].

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

---

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

[233] Ávila, op. cit., p. 142.

Um exemplo pode explicar a razoabilidade. Há uma lei municipal que veda a entrada de animais domésticos em restaurantes. Trata-se de uma regra jurídica que se aplica por subsunção. Contudo, em situações excepcionais, como no exemplo de uma chamada policial para que um cão farejador verifique a existência de bomba em um dado restaurante, nada obstante preenchido o antecedente da regra, ela não deve ser aplicada nesse determinado caso concreto. E isso porque o que a regra visa prestigiar é a higiene e a saúde pública dos cidadãos, de modo que permitir a entrada do cão da polícia nesse caso especialíssimo não irá contrariar o objetivo genérico da regra. Houve prestígio da igualdade material com o tratamento diferenciado para o cão policial, ao invés de tratá-lo como os demais animais domésticos que não podem entrar no local.

O mais importante ficar consignado é que a razoabilidade não autoriza que o aplicador, invocando-a como um *topoi*, afaste a aplicação de regras jurídicas quando o seu antecedente esteja satisfeito, sob pena de desmoronamento de todo o sistema de direito positivo. As regras jurídicas são criadas para serem aplicadas por subsunção, no modelo “tudo-ou-nada”, daí porque é temerário generalizar-se o seu uso, flexibilizando as regras jurídicas, conforme as circunstâncias dos casos concretos, como se princípios fossem. Se os princípios fomentam o ideal de justiça, as regras o da segurança jurídica.

O princípio da razoabilidade, guardados todos os cuidados retro, incide para afastar, também, a aplicação de regras jurídicas trabalhistas, reclamando do aplicador a fundamentação racional e exaustiva, na busca da legitimação da sua decisão.

Um exemplo especialíssimo seria o caso de um empregado que ocupa um cargo de envergadura na estrutura empresarial, mas que após receber vultosa quantia de dinheiro a título de herança, resolve contratar com o empregador a diminuição das suas responsabilidades, com diminuição da remuneração. *De lege lata*, a diminuição é vedada (artigo 468 da CLT), contudo, no caso especial, conforme as circunstâncias, é a redução admitida, afastando-se a regra jurídica citada, com apoio na razoabilidade. As razões que inspiraram a positivação do artigo celetista citado não se fazem presentes no caso colhido como exemplo (relação meio-fim).

4.2.2. Proporcionalidade

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

A posição decantada no Tribunal tedesco e que foi recepcionada na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, divide o princípio da proporcionalidade em três sub-regras distintas e sucessivas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A proporcionalidade encontra fundamento de existência na Constituição Federal, seja pelo regime e princípios adotados (§ 2º do artigo 5º), seja pelos diversos dispositivos que se referem à idéia de proporcionalidade, como a legalidade, princípio republicano, estado democrático de direito e no devido processual legal substancial, ou mesmo decorra da estrutura própria dos direitos fundamentais (princípios jurídicos).

Analisemos as três sub-regras em que se decompõe a proporcionalidade.

Uma medida é adequada quando o meio eleito tem a capacidade de atingir ou pelo menos fomentar a realização do objetivo. Assim, o objetivo buscado pelo poder público pode ser fomentado por diversos meios. Todos esses são adequados, ficando excluídos aqueles outros que não o são. Apenas esses são desproporcionais. A regra primeira da proporcionalidade, a adequação, não indica uma única solução correta, mas apenas exclui aqueles meios que não são capazes de fomentar o objetivo, daí porque Virgílio Afonso da Silva disse que a sub-regra da adequação baralhava-se com o outro metacritério da razoabilidade. De todos os meios possíveis de serem empregados para a consecução do fim, a adequação rejeita apenas alguns deles.

Seguindo na ordem de precedência, tem-se a sub-regra da necessidade, que é utilizada para verificar se, naquele caso concreto, existiam outras medidas também

eficazes para fomentar o objetivo buscado, mas que fosse menos restritiva de direitos fundamentais. Excluindo-se com o teste da adequação aquelas medidas estatais que não são adequadas a fomentar o objetivo buscado, a necessidade visa escaloná-las, indicando qual, ou quais, das medidas adequadas são, também, necessárias no sentido de fomentar em grande medida o objetivo, restringindo muito pouco os outros direitos em conflito, prestigiando tanto o fim almejado quanto os direitos restringidos.

Atendidos os dois primeiros testes, a medida restritiva deve passar pelo seu último desafio, a proporcionalidade em sentido estrito, considerada "um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva".[234] Essa terceira regra visa analisar, nas circunstâncias concretas, se os princípios colidentes foram otimizados na maior medida possível. Que a restrição é inevitável, já é pressuposto da teoria dos princípios, mas a restrição dos princípios em colisão deve ser a menor possível, para tanto utilizam-se as três sub-regras, dando a almejada racionalidade no manejo dos princípios jurídicos.

Virgílio Afonso da Silva, engenhosamente, cria um exemplo para demonstrar a aplicabilidade do teste. Seria o caso de o Estado determinar que todos os cidadãos fizessem exame de HIV, entre os infectados determinasse o encarceramento, tudo na busca da defesa da saúde pública. Essa medida estatal é adequada, eis que fomenta o fim almejado, necessária, porque, embora restrinja direitos fundamentais, é a mais eficaz de todas para a defesa da saúde pública. Ao lado dela, podem existir outras que sejam também necessárias, um pouco menos restritivas, contudo também menos eficazes. Somente com o socorro à proporcionalidade em sentido estrito o aplicador chegaria a conclusão que os fins buscados (defesa da saúde pública) não é importante ao ponto de sacrificar tantos direitos fundamentais, como a liberdade e a dignidade.

Humberto Ávila sintetiza os três testes da proporcionalidade:

---

[234] Silva, op. cit., p. 40.

> O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.[235]

E o princípio da proporcionalidade tem total aplicação não só na verificação da constitucionalidade dos atos restritivos praticados pelo poder público, mas também dos atos praticados por particulares – a partir do momento em que se admite a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas –, como se dá no Direito do Trabalho, em que a figura do empregador, em regra, é um particular.

Exemplos na seara especializada seriam os mais diversos, como nos casos de realização de revistas nos empregados e o monitoramento de e-mails, só para ficar nos mais corriqueiros. Para saber se a revista pode ser realizada e, principalmente, em que medida, deverá o intérprete/aplicador trabalhista recorrer à proporcionalidade para sopesar os direitos à privacidade e da defesa da propriedade, pelo menos. Para essa tarefa é essencial que se construa a fundamentação a partir da premissa de que todos os direitos fundamentais podem – e sofrerão – restrições quando da sua incidência aos casos concretos, abandonando a pré-compreensão socializante de que os direitos dos empregados são absolutos.

Enquanto a maioria da doutrina e jurisprudência trabalhista defende que não se admite nenhuma forma de revista no trabalhador, aplicando de forma absoluta os princípios constitucionais da privacidade e da intimidade[236], existem algumas posições

---

[235] Ávila, op. cit., p. 158.

236 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho: "REVISTA DE EMPREGADO. I – REVISTA – ILICITUDE. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador. II – REVISTA ÍNTIMA – VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc. VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição da República." (Enunciado nº 15).

isoladas que defendem a ponderação da privacidade com o princípio da propriedade do empregador, admitindo a revista íntima em determinadas situações concretas. Sem se referir à máxima da proporcionalidade, muito menos às suas três regras, Alice Monteiro de Barros leciona que:

> A nosso ver, *a revista se justifica*, não quando traduza um comodismo do empregador para defender seu patrimônio, mas quando constitua o último recurso para satisfazer ao interesse empresarial, à falta de outras medidas preventivas; essa fiscalização visa à proteção do patrimônio do empregador e à salvaguarda da segurança das pessoas. Não basta a tutela genérica da propriedade, devendo existir circunstâncias concretas que justifiquem a revista; é mister que haja, na empresa, bens suscetíveis de subtração e ocultação, com valor material, ou que tenham relevância para a funcionamento da atividade empresarial. Ademais, a tecnologia também poderá ser utilizada pra evitar ou reduzir os efeitos da revista na intimidade dos empregados. A título de exemplo, a colocação de etiquetas magnéticas em livros e roupas torna desnecessária a inspeção em bolsas e sacolas, nos estabelecimentos comerciais.[237]

Instintivamente, ou pelo menos implicitamente, a autora aplicou as regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, remontando ao bom sendo e à proibição de excesso, respectivamente, antecedente remoto e próximo do princípio da proporcionalidade. Observou as circunstâncias do caso concreto, para dizer que sob determinadas condições fáticas a revista é admitida em outras não. E é essa posição pós-positivista que defendemos seja a adotada no Direito do Trabalho quando haja conflito de direitos fundamentais de empregados e empregadores.

4.3. Conflito entre regra e princípio

Já tivemos ocasião de desenvolver a posição de que a Constituição Federal abriga normas jurídicas que possuem tanto a estrutura de regras quanto a de princípios, pelo que nem toda norma construída a partir de um dispositivo constitucional é um princípio. Também entendemos que nem todos os princípios construídos a partir da Constituição são direitos fundamentais. Esses últimos representam uma pequena parte do grande conjunto das normas constitucionais – é um subconjunto.

---

[237] Barros, Proteção à Intimidade do Empregado, p. 74.

Para que se possa manter coerência sistêmica e racional na dogmática dos direitos fundamentais, a única solução é entender que as regras jurídico-constitucionais que enunciam restrição a um princípio devem ser privilegiadas. Raciocinar em sentido inverso, entendendo que o princípio deva prevalecer, levaria à conclusão de que regras constitucionais originárias seriam inconstitucionais, natimortas. É por essa razão que se tem entendido, com André Ramos Tavares, que as regras constitucionais que enunciam diretrizes contrárias aos princípios são restrições a eles e, por isso, devem prevalecer nos casos concretos de colisão.[238]

É exatamente o que fizemos quando exemplificamos linhas atrás que a regra constitucional que admite a redução salarial por norma coletiva (art. 7º, IV, da CF/88) é a exceção constitucional expressa ao princípio da irrenunciabilidade de direitos.

E a restrição a direitos fundamentais não se dá apenas quando foi de forma expressa autorizada pelo constituinte originário, também poderá ser feita a restrição pelo legislador ordinário e, em último caso, pelo intérprete quando houver necessidade de solucionar colisão entre eles sem nenhuma solução dada pela Constituição ou pelas leis. Trata-se de autorização implícita de restrição em prol da harmonização dos valores constitucionais, cuja técnica de argumentação é tratada em vários tópicos.

Em magnífica tese de doutoramento[239], Jorge Reis Novais leciona que as restrições implícitas não só são admissíveis, como são inevitáveis. Eis sua lição:

---

238 "Contudo, há de se admitir que os princípios constitucionais possam ser excepcionados, pelo constituinte originário, o que ocorrerá, evidentemente, por meio da elaboração de determinada regra oposta ao princípio em apreço, sem que essa regra esteja necessariamente conectada a algum outro princípio constitucional que, por aplicação dessa regra, seja automaticamente invocado. Poder-se-ia concluir, pois, que a regra constitucional acaba sobrepondo-se ao princípio. Na realidade, por ser concreta (específica), dirigida a determinada situação, a regra abre seu espaço de aplicação, subtraindo-o do espaço genérico de aplicação do princípio. É uma retração do campo de incidência do princípio, por expressa vontade do constituinte originário. Como síntese, pode-se afirmar que os princípios aplicam-se amplamente, salvo restrição expressa em sentido contrário – restrição, essa, que estará consubstanciada em uma regra." (Tavares, Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva Constitucional, p. 36/37).

239 Tese que foi aprovada com nota máxima, contando com orientação do Professor Doutor Jorge Miranda e participação na Banca Examinadora, entre outros, de Gomes Canotilho e Vieira de Andrade.

> (...) Ora, esta inevitabilidade de colisões de bens constitucionais ou de desenvolvimento de exigências de sentido contrário decorrentes das garantias constitucionais não é um problema que se coloque apenas à Administração e aos tribunais na decisão de situações ou controvérsias jurídicas concretas. Na medida em que o legislador, condicionado pela dimensão objectiva dos direitos fundamentais, está obrigado a antecipar, prevenir e regular a solução dessas situações de conflito ou de tensão, pode dizer-se que se trata de um problema que, em planos mais gerais e abstractos ou concretos e individualizados, afecta todos os poderes constituídos.
>
> A necessidade, imposta pelo princípio da unidade da Constituição e pelo princípio da igualdade, de compatibilizar os valores em conflito no sentido da sua realização optimizada pode ser acompanhada da impossibilidade objectiva de satisfação integral de cada uma das normas constitucionais que garantem os bens em conflito. Nessa altura, há uma inevitabilidade objectiva de limitação, eventualmente recíproca, dos efeitos jurídicos que emanam das disposições constitucionais e, porventura, a eventual necessidade de afetação desvantajosa do conteúdo de proteção à partida contido na norma de direito fundamental, mesmo que em alguns casos para isso não se disponha – até porque tal seria objectivamente impossível para todas as situações – de autorização constitucional expressa. A não consideração da possibilidade de restringir os direitos fundamentais sem reservas quando em colisão com outros bens constitucionais teria como contrapartida necessária a não observância ilegítima de outras normas constitucionais por parte dos poderes constituídos que se vissem colocados perante a necessidade de resolver as situações de conflito.[240]

Importante frisar que a Constituição portuguesa de prevê no artigo 18: "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.", ainda assim o professor Reis Novais encontrou grande eco com sua tese ao admitir a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais não expressamente autorizada pela Constituição.

Mais uma vez invocamos as conclusões de Daniel Sarmento:

> Mas, por outro lado, parece-nos que, afora os casos de direitos fundamentais especificamente endereçados contra particulares, será sempre necessário levar em consideração, na resolução do caso concreto, a autonomia do ator privado, mesmo quando a hipótese envolver uma relação jurídica manifestamente assimétrica. Concordamos, no particular, com Ingo Sarlet, quando, apesar de reconhecer a relevância do problema da desigualdade fática na aplicação dos direitos humanos nas relações privadas, registra que os particulares detentores de poderes sociais são também titulares de direitos fundamentais, e a sua autonomia privada não deixa de ser protegida constitucionalmente. Assim,

[240] Novais, As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição, p. 548.

> segundo ele, nem mesmo nas relações em que esses poderes sociais sejam parte "*(...) se poderá deixar de reconhecer a existência de um conflito de direitos fundamentais, tornando-se indispensável uma compatibilização (harmonização) à luz do caso concreto, impedindo um tratamento idêntico ao das relações particular – poder público.*"
>
> De outra banda, é importante frisar que a influência da desigualdade fática na incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas não comporta simplificações equivocadas e não cabe dentro de fórmulas matemáticas. Há uma enorme variedade de situações heterogêneas, que não devem e não podem ser equiparadas pelo intérprete. Têm pouco em comum relações com as que existem, por exemplo, entre pais e filhos, empregador e empregado, ordem religiosa e seus membros, sindicato e seus filiados. As peculiaridades de cada um destes vínculos, assim como o liame existente, em cada caso, entre o tipo de poder exercido pela parte mais forte da relação e a natureza do direito fundamental em jogo, têm de ser levadas em consideração para solução correta do litígio em questão.[241]

Concluímos o tópico reconhecendo que os princípios constitucionais podem sofrer restrições pela legislação infraconstitucional, na medida em que necessárias para conformação dos demais princípios antagônicos, ponderando-se nos casos concretos, de acordo com o princípio da proporcionalidade. Essas restrições são positivadas por meio de regras jurídicas. No Direito do Trabalho admitimos a restrição proporcional aos direitos fundamentais trabalhistas, que ocupam a estrutura de princípios, restrição realizada, primordialmente, pelo legislador – não é por outra razão que as diversas normas restritivas, editadas durante a fase política do neoliberalismo, retraíram direitos fundamentais previstos na Constituição e são tidas como legítimas.[242]

4.4. Limitação dos Direitos Fundamentais Trabalhistas

Dentro dessa perspectiva, aplicando o método pós-positivista, ancorado na necessária "reformulação" gnosiológica da pré-compreensão, adotando-se a ideologia do Estado Democrático de Direito (fórmula política) ao invés da socializante, diversas

---

[241] Sarmento, A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil, p. 277-278.

[242] O aumento das hipóteses de contratação temporária a título precário (Lei 9.601 de 1998), representa uma restrição ao princípio do pleno emprego e ao princípio específico trabalhista da continuidade da relação de emprego, em alguma medida, mas é tida como *proporcional* e, por isso, constitucional.

situações limites em que a doutrina e a jurisprudência trabalhista clássica respondiam negativamente, para todos os casos, devem ser novamente estudadas. Tratam-se das hipóteses de restrições a direitos fundamentais dos trabalhadores, realizadas por norma coletiva e por norma individual. Hipóteses essas que não encontram respostas prontas dentro da doutrina dos direitos fundamentais desenvolvida no país, mas a formulação nada tem de complexa, apenas reclama a aplicação do mesmo método, nada obstante mudando o objeto de manipulação – aqui, a legislação trabalhista pátria.

O constituinte incentivou a negociação coletiva entre as partes da relação de trabalho (artigo 7º, XXVI). A posição clássica é que por meio desse veículo não poderia haver restrição de direitos dos trabalhadores, apenas o acréscimo, na medida em que a legislação forma um patamar mínimo sobre o qual as partes não podem negociar.[243] A premissa para a defesa dessa posição é o princípio da irrenunciabilidade de direitos e, ainda, aplicado de forma absoluta, eis que não há na legislação, constitucional ou infra, qualquer vedação à possibilidade de restrição de algum direito dos trabalhadores por meio de negociação coletiva.

Já nos referimos ao *caput* do artigo 7º da Constituição quando tratamos do princípio da proibição do retrocesso (tópico 3.7, infra), cujo princípio dificulta, contudo não inviabiliza a possibilidade, em casos limítrofes, de restrição de direitos.

Aqui, o princípio da irrenunciabilidade tem a sua função de limitar a vontade das partes, criando obstáculos para que não se retroceda aos tempos do liberalismo. O ponto que merece atenção é que muito ao contrário de admitir um retorno ao liberal, as eventuais restrições, fundamentadas e proporcionais, podem e devem ser admitidas no modelo do estado democrático de direito.

---

243 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho: "(...) DIREITO DO TRABALHO. PRINCÍPIOS. EFICÁCIA. A negociação coletiva que reduz garantias dos trabalhadores asseguradas em normas constitucionais e legais ofende princípios do Direito do Trabalho. A quebra da hierarquia das fontes é válida na hipótese de o instrumento inferior ser mais vantajoso para o trabalhador." (Enunciado nº 9).

Duas correntes se divisaram quanto à irrenunciabilidade de direitos aplicada às normas coletivas. Uma dizendo que nenhum dispositivo coletivo poderia fixar direitos abaixo do patamar legal. As cláusulas vistas isoladamente, uma a uma, deveriam só acrescer, jamais retroceder. Existe, também, quem defenda que as normas coletivas devem ser analisadas globalmente, de modo que uma cláusula em específico poderia retrair algum direito operário, desde que as outras trouxessem benefícios. A norma coletiva, no seu conjunto, deveria ser benéfica, as cláusulas necessariamente não.[244]

Estamos com essa segunda posição, de que as cláusulas, individualmente consideradas, podem trazer alguma restrição proporcional, mas a regra geral (*rectius*: princípio) é para a irrenunciabilidade e a vedação do retrocesso social.

A nosso juízo, seria plenamente válida uma cláusula coletiva na qual os empregados renunciassem ao direito de ver integrado na sua remuneração o valor da alimentação fornecida pelo empregador, de modo que este não cobraria pelo produto. A posição clássica, nesse caso, não admitiria a renúncia, contudo estaria o empregador autorizado a cobrar pela alimentação ou mesmo nem fornecê-la.

Os exemplos seriam diversos, mas a premissa a ficar construída é a que não há princípio absoluto, como o da irrenunciabilidade de direitos, bem por isso seriam admissíveis algumas cláusulas restritivas, desde que essa restrição ficasse ilesa aos testes de proporcionalidade e vedação do retrocesso, com respeito ao seu conteúdo essencial, que coincide com a dignidade da pessoa humana. As circunstâncias do caso concreto seriam decisivas na ponderação de direitos e na convalidação das restrições.

Nessa linha de idéias, embora abstratamente admitida, seria impossível que uma cláusula restritiva de norma coletiva, que dispensasse o uso dos equipamentos de proteção em atividades insalubres, sobrevivesse aos testes da proporcionalidade.

---

[244] Delgado, Curso de Direito do Trabalho, p. 1394.

Também seriam admitidos negócios jurídicos celebrados entre as partes com o objetivo de conformar às regras gerais àquela situação peculiar. Em abstrato, não há vedação absoluta para que as partes possam transacionar ou renunciar direitos, desde que a restrição, tanto de direito fundamental do empregado como do empregador, seja proporcional. Em nossa posição, seria válida uma transação em que o trabalhador tem diminuição de remuneração, com a proporcional diminuição de salário, desde que os interesses pessoais, naquele caso concreto, fossem convergentes. Não conseguimos admitir que, por exemplo, na hipótese de um trabalhador que queira se dedicar aos estudos, não possa ele modificar o seu contrato de trabalho com diminuição da jornada e da remuneração, quiçá reenquadramento em uma função de menor responsabilidade e com menor remuneração.

Outra hipótese que ocorre amiúde são os planos de desligamento voluntário incentivado, intitulados PDV's, quando empregados em vias de aposentadoria recebem uma indenização adicional para renunciar ao emprego, normalmente em sociedades de economia mista e empresas públicas, que possuem procedimentos administrativos que impedem a dispensa sem justa causa. Nesses casos, além das verbas rescisórias, os empregados recebem um valor adicional a título de indenização para, transacionando, deixar o emprego e dar quitação pelo período todo do vínculo. Nada obstante a opção seja facultativa e haja transação, com concessões recíprocas, a posição majoritária não tem admitido a eficácia liberatória do negócio jurídico transação[245], proporcionando, em termos práticos, que o empregado pleiteie direitos além da indenização.

Temos consciência que a adoção dessa posição poderá criar a possibilidade da ocorrência de negócios jurídicos fraudulentos, com sacrifício dos trabalhadores, no entanto para essas situações a legislação material dá a solução do caso em favor da anulação do negócio jurídico em específico (artigo 9º da CLT c/c artigo 138 e seg. do

[245] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. OJ-SDI1-270. PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PARCELAS ORIUNDAS DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS. A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo.

Código Civil). Esses desvios de conduta não podem justificar a vedação à negociação quando as partes atuam de boa-fé e com higidez de vontade (artigo 422 do CC).

Não concordamos com a posição jurisprudencial decantada de que o dogma da irrenunciabilidade absoluta "tem por fim proteger o trabalhador não apenas perante o empregador, mas também com relação a si mesmo. Ou seja, o trabalhador, repita-se, não pode se despojar, ainda que por livre vontade, dos direitos que a lei lhe assegura", conforme teve oportunidade de dizer o Tribunal Superior do Trabalho.[246]

4.5. A dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal consagra como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, IV). E nem precisaria fazê-lo expressamente, pois a extensiva preocupação do constituinte com os direitos fundamentais, garantindo direitos individuais, sociais e coletivos em toda a Carta já é reconhecimento de que em nosso sistema jurídico vigente a dignidade da pessoa humana ocupa posição central. De outro lado, não é condição suficiente para a sua implementação e mera divulgação formal no texto, incumbindo os poderes estatais fazê-la efetiva. O trabalhador antes de se inserir no processo produtivo, é cidadão e, por isso, também destinatário dos direitos fundamentais. E o devido respeito aos direitos fundamentais, se não pode dar de forma absoluta, conforme já tratamos alhures, reclama a preservação da dignidade humana.

A dignidade humana, tanto de trabalhadores quanto de empregadores, deve ser o limite sobre o qual o intérprete não consegue saltar, seja ele legislador ou juiz. É a dignidade humana o núcleo rígido dos direitos fundamentais, balizando a atividade de restrição àqueles direitos, que ocupam a forma de princípios. Essa seria a vertente de eficácia negativa ou protetiva da dignidade da pessoa humana, sem se esquecer de sua eficácia positiva, a qual exige que os poderes públicos, e os particulares em alguma

[246] TST - E-RR - 1454/2005-103-03-40 – Relª. Minª. Maria Cristina Peduzzi – DJ 29.02.2008.

medida, comportem-se positivamente na implementação da pauta constitucional de proteção dos direitos fundamentais.[247]

Por se constituir a dignidade humana em um conceito que possui contornos imprecisos, tenciona-se a reconhecer que muitas situações podem ser apontadas como violadoras de dignidade, mas não será possível a enumeração exaustiva, até mesmo pontual, de diversas outras em que supostamente a dignidade foi violada. Corolário da plasticidade do seu conceito, é o reconhecimento de que a dignidade deve servir como pauta informativa de análise dos problemas, mas nunca isoladamente e prescindindo do estudo das circunstâncias dos casos concretos. A dignidade, inserida que está em uma sociedade multiculturalista, tem seus contornos definidos pela atividade dos entes estatais, primordialmente a Corte Constitucional – em nosso caso, ainda que não seja um genuíno Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Federal.[248]

Um limite operacional mínimo para o conceito de dignidade humana seria o respeito aos direitos fundamentais à vida, integridade física, psíquica e moral, com o respeito às condições mínimas de uma existência digna.[249]

A partir da definição dinâmica dos limites da dignidade da pessoa humana, a visão romântica tenderia a defender que ela é inviolável, imprescritível e irrenunciável. A se entender abstratamente, essas características teriam alguma função, criando limites para a atividade legislativa restritiva, mas não existe a possibilidade de defender que, individualmente, ela não possa ser violada, inclusive com ativa participação do Estado,

---

[247] Diz Ingo Wolfgang Sarlet: "É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade, que voltará a ser referida oportunamente". (Sarlet, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, p. 47).

[248] Existem diversas situações submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal em que se discute o limite da dignidade da pessoa humana e o seu diálogo com outros direitos fundamentais, podendo-se referir ao aborto de fetos anencéfalos e a obrigatoriedade de transfusão de sangue em seguidores da fé religiosa das Testemunhas de Jeová.

[249] Cf. Sarlet, op. cit., p. 59.

quando, por exemplo, submete presos provisórios à segregação da liberdade em locais sem nenhuma condição sanitária, como é a média de nossas penitenciárias.

Com precisão, leciona Ingo Sarlet:

> Com base no que até agora foi exposto, verifica-se que reduzir a uma fórmula abstrata e genérica tudo aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana, em outras palavras, a definição do seu âmbito de proteção ou de incidência (em se considerando a sua condição de norma jurídica), não parece ser possível, o que, por sua vez, não significa que não se possa ou deva buscar um definição, que, todavia, acabará alcançando pleno sentido e operacionalidade em face do caso concreto. Com efeito, para além dos aspectos ventilados , a busca de uma definição necessariamente aberta mas minimamente objetiva impõe-se justamente em face da exigência de um certo grau de segurança e estabilidade jurídica, bem como para evitar que a dignidade continue a justificar o seu contrário.[250]

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

Abstratamente, a dignidade é inviolável, razão pela qual pode-se enunciar a regra jurídica de que não está autorizado o legislador, reformador ou infraconstitucional, a restringir a dignidade da pessoa humana, abstratamente considerada. Quando queria fazer, o constituinte originário fê-lo expressamente (artigo 5º, XLVII, *a*), bem por isso foi criada uma barreira protetiva contra a corrosão da dignidade pela atividade pontual das maiorias legislativas do momento. É pressuposto da democracia o respeito às minorias, daí porque não está autorizada a legislação, ainda que formalmente adequada, que crie violações à dignidade humana, no caso coincidente com alguns direitos das minorias.

De outro giro, devido à sua plasticidade, cada caso concreto é que irá definir qual o conteúdo da dignidade de uma pessoa humana individualmente considerada. O exemplo poderá se aquele em que seguidores da fé Testemunhas de Jeová recusam a receber transfusão de sangue, mesmo a custa de suas próprias vidas. Conforme essas

---

[250] Sarlet, op. cit., 58.

circunstâncias especiais, para eles, sobreviver com sangue de outra pessoa acarretaria uma vida indigna. E o intérprete não poderá deixar de sopesar essas circunstâncias do caso concreto. Os exemplos seriam vários (aborto de feto anencéfalo, suicídio assistido de pacientes terminais, etc). Todos eles se prestam a demonstrar que, individualmente, a dignidade humana deve ser vista como um princípio, que se aplica por ponderação, conforme as circunstâncias dos casos concretos. Após o exercício de ponderação com o auxílio do princípio da proporcionalidade, aquele resultado é que será equivalente ao princípio da dignidade, núcleo essencial do direito fundamental objeto de ponderação. Nos casos concretos, aquele conceito operacional de dignidade humana citado acima perde a razão de ser, na medida em que as características pessoais é que importarão na definição do que é a dignidade humana daquele indivíduo.[251]

Como conclusão, transportando-se a lição para o ramo especializado, temos que o legislador constitucional reformador e o infraconstitucional não podem violar os limites da dignidade humana dos trabalhadores, abstratamente considerados. Uma lei que ofenda diretamente a vida, integridade física, psíquica ou moral dos trabalhadores é tida como inconstitucional (artigo 60, § 4º, da Constituição).

Já em situações limítrofes, conforme as circunstâncias concretas, poder-se-ia falar em restrição da dignidade dos trabalhadores e dos empregadores, aqui ocupando a dignidade a estrutura de princípios jurídicos. Na verdade, a partir da teoria do suporte fático dos direitos fundamentais que se adote[252], será enunciado que não houve em verdade restrição da dignidade humana propriamente, mas que essa apenas pode ser delineada naquelas situações concretas ao final do exercício de ponderação, com o auxílio do instrumento que é o princípio da proporcionalidade. O núcleo de dignidade de cada pessoa não pode ser enunciado antecipadamente, como um conceito geral, mas

---

[251] Não é outro o raciocínio aplicado para validar, nos casos concretos dos *realitys shows*, como possível a renúncia da privacidade e a restrição, em alguma medida, da própria dignidade dos participantes.

[252] Para aprofundamento: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008 e SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

somente após o juízo de ponderação. O conceito de dignidade para cada pessoa pode ser diverso, como o é para os seguidores da fé Testemunhas de Jeová, por exemplo.

Ingo Wolfgang Sarlet defende que "É neste sentido que não podemos deixar de relembrar – na esteira de Alexy – que até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana (por força de sua própria condição principiológica) acaba por sujeitar-se, em sendo contraposto à igual dignidade de terceiros, a uma necessária relativização".[253]

[253] Sarlet, op. cit., p. 130.

CONCLUSÕES

1. O Direito do Trabalho surgiu comprometido ideologicamente com ideais socialistas (marxismo), incorporando matiz extremamente intervencionista. No Brasil, pela influência do Governo Vargas, foram recepcionados os ideais intervencionistas e foram plasmados em diversos dispositivos legais da CLT.

2. A jurisprudência trabalhista atual é reflexo dessa carga ideológica na qual a CLT foi gerada, bem por isso aplicam-se os princípios de forma absoluta, sempre em favor dos direitos dos trabalhadores.

3. A Constituição Federal de 1988 adotou a fórmula política do Estado Democrático de Direito, com a superação dialética dos modelos liberal e social, sem o prestígio isolado de nenhum deles, mas garantindo-se direitos das duas vertentes, os quais devem ser ponderados nos casos concretos. A colisão não é resolvida em abstrato ou apriorísticamente em favor dos trabalhadores, mas haverá necessidade de sopesamento em cada caso concreto.

4. O atual modelo metodológico de interpretação do direito é aquele que foi intitulado de *pós-positivista*, com proposta de superação do positivismo, fundamentado na existência de força normativa de *regras* e *princípios*; na idéia de que o atual conflito de princípios resolve-se pela técnica da ponderação e nos testes da proporcionalidade.

5. A Constituição Federal demonstra a adoção da irrenunciabilidade como um princípio implícito trabalhista, assim como todos os outros, mas que não é absoluto e comporta restrição tanto por meio de exceções constitucionais (inciso VI do artigo 7º) ou por lei infraconstitucional, neste último caso sem que a restrição ofenda o núcleo essencial dos direitos.

6. Os direitos constitucionais fundamentais incidem nas relações privadas e nas relações de trabalho. A nossa posição é que essa incidência não é uniforme, mas depende da estrutura e das características próprias dos direitos fundamentais em jogo.

7. Em sede de Direito do Trabalho, poderá haver restrição proporcional de direitos, para conquista de outro benefício, por meio de negociação coletiva e até por negociação individual, desde que preenchidos diversos requisitos, principalmente o respeito à dignidade humana e ao princípio da proibição do retrocesso social.

8. As restrições a direitos fundamentais podem ser realizadas pelo próprio constituinte originário, com a positivação de regras; pelo legislador, reformador ou infraconstitucional, e pelo intérprete, nesse último caso somente quando àqueles ainda não tenham feito e para realizar colisões em concreto, jamais em abstrato.

9. A chave para dar segurança jurídica à teoria dos princípios e justificar de modo fundamentado a ponderação é a adoção do princípio da proporcionalidade, com as suas três sub-regras da adequação, necessidade e a proporcionalidade estrita. Com a utilização do método pós-positivista, emprestar-se-á racionalidade e cientificidade ao Direito do Trabalho, sem descuidar de seu vetor axiológico, representado pelos direitos fundamentais dos trabalhadores, coincidindo o núcleo essencial desses direitos com a dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Proteção à Intimidade do Empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

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

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Renúncia e Transação no Direito do Trabalho. In: DUARTE, Bento Herculano (org.). **Manual de Direito do Trabalho**. Estudos em Homenagem ao Professor Cássio Mesquita Barros. São Paulo: LTr, 1998.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

_____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: Linguagem e Método. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2008.

_____. Tributo e segurança jurídica. In: LEITE, George Salomão (coord). **Dos Princípios Constitucionais:** Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **O Direito Material e Processual do Trabalho e a Pós-Modernidade:** A CLT, o CDC e as repercussões do Novo Código Civil. São Paulo: LTr, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, Ano 16, Janeiro-Março 2008, nº 62, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. *Los Princípios y La Ponderación Judicial: El Rol del Juez en el Proceso Del Trabajo Chileno*. **Cadernos da AMATRA IV**. 10º Caderno de Estudos sobre Processo e Direito do Trabalho, Ano IV, nº 10, jan/mar. 2009, HS Editora, 2009.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DE LA CUEVA, Mario. **Derecho Mexicano del Trabajo**. México: Porrúa, 1943.

_____. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. Vol 1. México: Porrúa, 1996.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2004.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do Direito do Trabalho no mundo contemporâneo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 916, janeiro 2006. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7795. Acesso em: 07 set. 2008.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FLORES, Baltasar Cavazos. La flexibilización, em Novedades y tendencias actuales del derecho del trabajo. In: PERONE, Gian Carlo; SCHIPANI, Sandro (coord.). **Princípios para um Código-Tipo de Direito do Trabalho para a América Latina**. São Paulo: LTr, 1996.

GARCIA, Maria. Juspositivismo do século XXI: a norma como valor. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, Ano 15, Julho-Setembro 2007, n. 60, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A constitucionalização do Direito do Trabalho: interpretação e aplicação das normas trabalhistas para a efetiva inter-relação dos interesses econômicos com o respeito à dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, Ano 15, Janeiro-Março 2007, n. 58, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 3 ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

_____. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgilio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Comentários à CLT**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima C. Borges (coord.). **Direitos Sociais na Constituição de 1988:** Uma Análise Crítica Vinte Anos Depois. São Paulo: LTr, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** Ano 16, Abril-Junho 2008, n. 63, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PARRA, Augusto Conti. Princípios para um "Código-Tipo" de Direito do Trabalho na América Latina. In: PERONE, Gian Carlo; SCHIPANI, Sandro (coord.). **Princípios para um Código-Tipo de Direito do Trabalho para a América Latina**. São Paulo: LTr, 1996.

PEDROSO, Marcelo Batuíra da C. Losso. **Liberdade e Irrenunciabilidade no Direito do Trabalho**. Do estudo dos princípios à *economic analysis of law* aplicados ao Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Uma Contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais**. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

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

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 2002.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os Princípios do Direito do Trabalho**. Tradução Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** Ano 14, Outubro-Dezembro 2006, n. 57, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). **Direitos Fundamentais:** Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Livres e Iguais:** Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

_____. Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada. In: LEITE, George Salomão (coord.). **Dos Princípios Constitucionais**. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2 ed. São Paulo: Método, 2009.

SENTA, Antonio Della. Disponibilidade dos direitos trabalhistas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, junho 2003: Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4156. Acesso em 07 set. de 2008.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho.** 2 ed. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, ano 91, volume 798, abril de 2002, p. 23-50.

_____. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22 ed. Vol. 1. São Paulo: LTr, 2005.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva Constitucional. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais:** Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIERA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo