

FACULDADES DE VITÓRIA
ANA PAULA TAUCEDA BRANCO

**A COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO
DIREITO DO TRABALHO, SOB A PERSPECTIVA DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

VITÓRIA
2006

ANA PAULA TAUCEDA BRANCO

**A COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E
NO DIREITO DO TRABALHO, SOB A PERSPECTIVA
DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em
Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais
das Faculdades de Vitória, como requisito parcial para
a obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite.

VITÓRIA

2006

ANA PAULA TAUCEDA BRANCO

**A COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO
DIREITO DO TRABALHO, SOB A PERSPECTIVA DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite

Prof. Dr. Daury César Fabríz

Prof. Dr. Enoque Ribeiro dos Santos

Vitória, 21 de setembro de 2006.

Dedico este trabalho a Deus – o grande sentido de minha existência – que sempre transformou o “impossível” em “possível” em minha vida, por meio de Seu inefável e incompreensível Amor.

AGRADECIMENTOS

A Luís Claudio, o “São José” que Deus destinou para ser o meu amado, muito amado marido, pai de meus filhos e companheiro de toda a vida. A Pedro Emanuel e Maria Clara, esses filhos benditos e maravilhosos; verdadeiros sinais da presença de Deus em nossas vidas e os maiores presentes que eu e Luís Cláudio já pudemos ganhar.

À minha doce mãe Valdívia, uma mulher sensível, bela e capaz de superar a todas as adversidades do mundo através do trabalho e do Amor, especialmente por mim.

Ao meu pai, Edgar, que despertou em mim o gosto pela luta honesta, árdua e comprometida com o “outro”, treinando-me para buscar vencer com ética, empenho, solidariedade, mas sem nunca esquecer de brindar a vida.

Aos meus padrinhos Wilma e Abraão, e a minha Avó Albertina, por terem me doado como patrimônio a fé, a responsabilidade, a alegria de viver e a caridade por todos.

À Dona Celeste, Seu Wilson, verdadeiros bálsamos que Deus me enviou no Seu infinito Amor, tornando-os para além de sogros, verdadeiros e excelentes “pais”.

À Cordélia – minha “mãe-preta” – e a Lidiana – minha “filha adotiva” e “mãe-seca” de meus filhos – por todo zelo, dedicação e carinho com que cuidam de mim.

À “CSA”, a Paulo Ayub, a Sayonara Grillo, a Paulo Finamore e a Ana Luíza Favoretti, outros presentes de Deus que, de “filha única” tornou-me irmã dessas tão queridas pessoas com quem partilho o amor verdadeiro, a fraternidade, o ideal de construir um mundo melhor e o conhecimento socialmente comprometido.

À “FDV”, casa de que faço parte e a quem agradeço, especialmente, na pessoa do querido, brilhante e amigo Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite, como também na pessoa do Diretor Geral, Prof. Antônio José Ferreira Abikair, um exemplo de mestre desde a minha formação acadêmica e, ainda, ao amigo Prof. Geovany Jevaux.

“Tudo é possível àquele que crê”.
(Filipenses, Cap.4, vers.13)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS COMO NORMAS DE SUSTENTAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	21
1.1 OS DIREITOS SÓCIO-TRABALHISTAS COMO DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS	33
1.1.1 O princípio da dignidade da pessoa humana como base conformadora de todo o sistema jurídico.....	48
1.1.2 O princípio do valor social do trabalho	56
1.1.3 O princípio da busca do pleno emprego	58
1.1.4 O princípio da relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa	62
1.1.5 Os direitos da personalidade na relação de emprego como dimensão do Princípio da Dignidade Humana	66
1.2 O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA	68
1.2.1 O princípio da função social da propriedade	71
1.2.2 O princípio da função social da empresa	74
2 SOLUÇÕES TEÓRICAS PARA A COLISÃO DE PRINCÍPIOS	78
2.1 A CORRENTE JUS-POLÍTICA LIBERAL E NÃO-UTILITARISTA ESTADUNIDENSE: A PROPOSTA RONALD DE DWORKIN	79
2.2 A CORRENTE DOGMÁTICA PÓS-POSITIVISTA ALEMÃ: A PROPOSTA DE ROBERT ALEXY	85
2.3 A CORRENTE SOCIAL-DEMOCRATA PORTUGUESA: A PROPOSTA DE JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO	90
2.4 A CORRENTE FENOMENOLÓGICO-EXISTENCIALISTA BRASILEIRA: A PROPOSTA DE INGO WOLFGANG SARLET	98
3 LIVRE INICIATIVA <i>VERSUS</i> VALOR SOCIAL DO TRABALHO: ANÁLISE DE CASOS NA PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO TRABALHADOR	106
3.1 A FLEXIBILIZAÇÃO COMO FENÔMENO INTRODUTÓRIO DA TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS TOMADORAS E PRESTADORAS DE SERVIÇOS.....	112

3.2 A POSSIBILIDADE DA EFETUAÇÃO DE DESCONTOS SALARIAIS ALHEIOS ÀS HIPÓTESES LEGAIS.....	119
3.3 A TAXIMETRIA DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE ADVINDA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA.....	126
3.4 A AMPLA ADMISSIBILIDADE DO ACORDO INDIVIDUAL PARA A COMPENSAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO.....	134
4 CONCLUSÃO	143
REFERÊNCIAS	146

LISTA DE SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DESC's	Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
NR's/MT	Normas Regulamentadoras aprovadas pelo Ministério do Trabalho
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OJ	Orientação Jurisprudencial
SDI-1	Seção de Dissídios Individuais – 1
STF	Supremo Tribunal Federal
SDC	Seção de Dissídios Coletivos
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

RESUMO

O presente trabalho aborda a temática da relação travada entre os diversos Princípios do Direito Constitucional do Trabalho, com o fim de buscar uma possível resposta à indagação acerca de como deveriam conviver os princípios da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa, nos campos da interpretação e da aplicação dos direitos fundamentais sócio-trabalhistas abraçados pelo Ordenamento Jurídico brasileiro.

Este estudo é feito com base nos conceitos de Princípios do Direito Constitucional do Trabalho e de Colisão de Princípios, sempre relacionando as normas nacionais vigentes – constitucionais e celetárias – às questões sócio-econômico-culturais, de modo a tentar contribuir com a questão da convivência dos Princípios Constitucionais na *práxis*, ou seja, nas situações em que dois valores ou bens jurídicos de importância, em tese, dogmaticamente igual, se contrapõem apresentando ao hermeneuta o desafio do alcance de uma solução que, por um lado, há de solucionar eventuais colisões, mas, por outro, tem também a obrigação de não sacrificar a nenhum dos interesses em jogo, senão por conta de um *valor maior*: a dignidade humana.

Parte-se do ideal de extrair a ciência do Direito – no espectro ora enfocado – de uma onipotência que pode levar-lhe a, limitado às formalidades estruturais, não transcendê-las e, assim, omitir-se quanto à sua vocação genesiana de viabilizar soluções socialmente responsáveis com os valores éticos e morais dos membros da sociedade civil, motivo pelo qual, a fim de atingir tal objetivo, são estudados e analisados os posicionamentos de alguns doutrinadores de contribuição exponencial na questão ora enfrentada, estabelecendo um diálogo entre suas teses, de modo a propor meios de soluções fiéis às convicções sociais dos cidadãos comuns, respeitando um padrão ético mínimo que se paute na dignidade da pessoa humana; tudo de modo a identificar algumas maneiras de como se processa a teoria na prática jurídica (acadêmica e forense), especialmente, através da análise de alguns estudos de casos por meio dos quais tentamos estabelecer uma sintonia histórica com os *valores* reinantes na atualidade.

ABSTRACT

The present work approaches the thematic one of the stopped relation enters the diverse Principles of the Constitutional Labor Law, with the end to search a possible reply to the investigation concerning as they would have to coexist the principles of the dignity of the person human being and the free initiative, in the fields of the interpretation and the application of the basic rights social-members of labor party hugged for the Brazilian Legal System.

This study it is made on the basis of the concepts of Principles of the Constitutional Labor Law and of Collision of Principles, always relating the national norms effective - constitutional and labor - to the partner-economic-cultural questions, in order to try to contribute with the question of the acquaintance of the Principles Constitutional in the praxis, that is, in the situations where two values or legal goods of importance, in thesis, dogmatically equal, if oppose presenting to hermeneutic the challenge of the reach of a solution that, on the other hand, has to solve eventual collisions, but, for another one, it also has the obligation not to sacrifice to none of the interests in game, except on account of a bigger value: the dignity human being.

It has been broken of the ideal to extract the science of the Law - in a focused specter however - of a omnipotent that can take it to it, limited to the structural formalities, not to exceed them e, thus, to forbear how much to its ordinary vocation to make possible socially responsible solutions with the ethical and moral values of the members of the civil society, reason by which, in order to reach such objective, they are studied and analyzed the comprehensions of some studioses of the exponential in question however focused contribution, establishing a dialogue between its thesis, in order to consider ways of solutions fidiciary offices the social certainties of the common citizens, respecting an ethical standard minimum that if paute in the dignity of the person human being; everything in order to identify some ways of as if processes the practical theory in the legal one (academic and forensic), especially, through the analysis of some studies of cases that by means of wich we try o establish a historical harmony with the values presents in time.

INTRODUÇÃO

“Não serei o poeta de um mundo caduco.
Também não cantarei o mundo futuro.
Estou preso à vida e olho meus companheiros.
Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças.
Entre eles, considero a enorme realidade.
O presente é tão grande, não nos afastemos.
Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas.”
(Carlos Drummond de Andrade)

Indiscutivelmente a sociedade, em geral, sofre uma crise sem precedentes – a nosso ver! – afinal vive-se um afrouxamento de valores. Isso tem reflexo certo no âmbito do Direito, visto que se refere a uma ciência social e, como tal, intimamente ligada à dinâmica social, motivo pelo qual os rumos que perpassam a sociedade geram eco imediato, ou pelo menos deveriam gerar, no seio da ciência jurídica.

À conta disso, por pertencermos a uma geração de profissionais e de estudiosos do Direito que, por acaso, por conta do destino ou por designo divino, acabamos vivenciando este momento histórico de uma “crise” inimaginável, pois, no que concerne à própria ciência do Direito e, especialmente, no que tange ao Sistema Jurídico nacional, esse afrouxamento de valores é patente e, sem dúvida, na perspectiva holística da sociedade e do Estado, vem influenciando sobremaneira o Direito, na pessoa de seus pensadores e profissionais, a ponto de, por vezes, parecer fragilizar aos seus próprios institutos fundantes.

Como o Direito Constitucional é o viés maior do Direito do Trabalho – motivo pelo qual adotamos, em regra, a designação deste ramo como **Direito Constitucional do Trabalho** – é certo que a mencionada crise atingiu, em cheio, a regulação das relações individuais e coletivas do trabalho humano, propondo-lhe mutações, por vezes teratogênicas, em nome da “modernização” de seus fundamentos elementares e – quiçá – das premissas constitucionais vigentes, na medida em que atinge e afeta, violentamente, a proteção de direitos fundamentais constitucionais.

Salientamos que nossa inquietação pela temática, em cotejo, dá-se a despeito da crescente literatura pátria estar contribuindo enormemente, em especial na última década, para que a Carta de nossa República seja interpretada e,

conseqüentemente, aplicada como uma constituição de “princípios” e “regras”, e não simplesmente de “regras”. Tal enfoque tem grande relevância para nós, que nos ocupamos e lidamos com os direitos fundamentais sócio-trabalhistas, uma vez que, não obstante o arcabouço doutrinário construído seja apto a propiciar uma eficácia e uma aplicabilidade mais plenas de tais preceitos constitucionais, a maioria jurídico-doutrinária ainda parece estar atolada num conceito ou num “pré-conceito” que tem levado a limitação das garantias sócio-laborais simplesmente à legislação na órbita infraconstitucional.

Sendo assim, reconhecendo e afirmando o Direito do Trabalho como um dos conteúdos do Direito Constitucional, empenhamo-nos por elaborar um estudo que pudesse contribuir de forma específica e mais imediata para os profissionais nos universos acadêmicos e forenses, cuja atuação e conhecimento estejam atrelados a esse ramo do Direito.

Para tanto, dedicamo-nos em apresentar uma visão constitucionalista – pautada em diversos estudos defendidos pela Teoria dos Direitos Humanos Fundamentais – que ainda consegue gerar muito pouco eco para essa ramificação científica, mas que, de toda forma, estão engajados em estender o olhar, sistematizando e ampliando a possibilidade de alcance das normas constitucionais dos Direitos Humanos Fundamentais sócio-trabalhistas, especialmente por meio da constatação do caráter constitucional que o Direito do Trabalho pátrio adquiriu após a Carta Magna de 1988.

Assim, o presente estudo busca contribuir com propostas inspiradas em algumas teóricas já formuladas, estabelecendo entre elas um diálogo capaz de legitimar a manutenção de um conteúdo mínimo protetivo dos direitos humanos fundamentais sócio-trabalhistas, como também visa disseminar uma compreensão baseada numa interpretação e numa aplicação dessas normas constitucionais que seja capaz de partilhar conhecimento sobre a multiplicidade de percepções e de investigações teórico-doutrinária, tantas vezes, limitadas somente aos direitos fundamentais classificados como de primeira dimensão. Tal conhecimento deve ser partilhado com aquele profissional do Direito, que devido a sua extenuante jornada laboral ou aos inúmeros compromissos mantidos em prol de sua sobrevivência, possui raras oportunidades de repensar sua formação acadêmica nesse quadrante.

Nosso ideal é partilhar o conhecimento, o saber, já elaborado por grandes estudiosos do constitucionalismo contemporâneo, ante a pluralidade de interesses e de valores que marcam a nossa Carta Constitucional de imperfeições – frutos de consensos estabelecidos e trocas firmadas com base em interesses e valores de cunho tão somente “coorporativos”.

São esses estudiosos os inspiradores de nossa reflexão, pois eles utilizam sua irresignação e não desistem de propugnar formas de leituras (interpretações) e soluções (aplicações) ainda bem pouco conhecidas na esfera do Direito do Trabalho, apesar de existirem normas no texto constitucional que caracterizam, em seu conjunto, como verdadeiro sub-sistema de índole social-trabalhista, por meio do qual, inclusive, algumas dessas normas inseridas no art. 7º da Carta da República, auferiram a qualidade de direitos humanos fundamentais ou de princípios constitucionais.

Aliás, em função disso, oportuno registrar que nos parece correto adotar o posicionamento que defende serem algumas daquelas normas jurídicas constitucionais que integram o referido sub-sistema sócio-trabalhista localizado no art. 7º do Texto Constitucional, típicos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores e, via de consequência, verdadeiras cláusulas pétreas – conforme reza o parágrafo 4º do art. 60.

Afinal, entendemos que eles foram ali inseridos visando garantir o mínimo de dignidade para os trabalhadores, de forma a impelir a todos os setores nacionais o desafio de afirmar a dignidade humana também na pessoa do trabalhador, a despeito das corriqueiras e estratégicas crises econômicas que fatalmente desembocam em propostas tendentes ou a favorecer os direitos patrimoniais em detrimento dos direitos sociais, ou mesmo a entabular intenções de interferências do poder econômico e político, para buscar impor um recolhimento do sistema jurídico constitucional, pelas vias da hermenêutica, como a suposta melhor saída efetiva às insaciáveis necessidades do mercado econômico, acarretando, conseqüentemente, uma verdadeira economização¹ colocada a serviço desse mesmo mercado com o

fito de se empenharem em minimizar o tom de rigidez das conquistas sociais trabalhistas alçadas ao texto constitucional.

Nesse contexto histórico-jurídico, o objeto dessa dissertação consistirá na reflexão e na compreensão de como se dá a freqüente tensão existente entre os Princípios Constitucionais, indagando a possibilidade de que as soluções concretas para tais colisões possam desprezar ou ser incompatível com aquilo que, em nosso entendimento, é o substrato da Constituição da República do Brasil, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, dotado de alta carga de influência e direcionamento da atividade hermenêutica constitucional.

Disso extraímos o problema que nos propusemos a enfrentar, a saber: como se comunicam os princípios do valor social do trabalho e da livre iniciativa na perspectiva da dignidade da pessoa humana?

Tal questionamento brotou, certamente, em função de nossa inserção profissional no mundo, no âmbito das atividades forense e acadêmica, por meio das quais, há algum tempo, experimentamos as angústias advindas da preocupação com as inúmeras formas de soluções propostas e apresentadas aos problemas que emergem do seio da sociedade civil relacionados às lides que geram o envolvimento e o enfrentamento – pelo intérprete e pelo aplicador do Direito – da temática da colisão de princípios, uma vez que as questões primordiais do Direito do Trabalho já não encontram solução somente dentro das fronteiras dessa própria disciplina, extravasando para o terreno constitucional em que, de fato, a grande maioria desses princípios está expressa, positivada.

De plano, nesse particular, torna-se necessário, para a definição da problemática desse estudo, esclarecermos que elegemos a expressão “Direitos Fundamentais do Homem” – proposta por Pérez Luño (1979, p.23-24) –, por entendermos ser ela aquela mais coerente ao objeto desse estudo². Sendo assim, a fim de não gerar dúvidas acerca da opção conceitual feita, deixamos claro que as demais expressões

“Direitos Fundamentais do Homem” e “Direitos Fundamentais da Pessoa Humana”, existentes no corpo deste ensaio, são utilizadas como sinônimos reflexos lógicos de “Direitos Fundamentais do Homem”.

Ultrapassada tal questão metodológica, frisamos que nosso interesse, na elaboração deste estudo, é especialmente aguçado ante a constatação de que, embora já se tenha passado quase vinte anos de vigência da Carta Constitucional, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (inafastavelmente atrelado ao direito à vida) – apesar de ser o fundamento da nossa República e, via de conseqüência, um valor supremo³ do próprio Estado Democrático de Direito brasileiro –, ainda não atingiu o grau de eficácia normativa esperada a ponto de que lhe seja reconhecido, efetivamente, o *status* de “essência” em relação aos demais princípios constitucionais, já que nele resta consolidada a razão de ser do próprio Direito: tutelar o homem como “bem maior” em todas as dimensões de sua existência, inclusive, no que concerne aos direitos humanos fundamentais sócio-trabalhistas. Âmbito esse no qual tal reflexão toma proporções ainda mais complexas, especialmente quando voltada, como neste estudo, para a interpretação e a aplicação das normas jurídicas constitucionais.

Sendo assim, o que propomos, de certa forma, é uma espécie de “retorno à origem” da dignidade da pessoa humana, no axioma principiológico do Direito Constitucional do Trabalho, estabelecendo um diálogo entre os conceitos básicos de princípio e de colisão, de modo a entabular uma interlocução entre alguns dos doutrinadores que se tornaram o alicerce desta dissertação, sendo eles: Ronald Dworkin, Robert Alexy, José Joaquim Gomes Canotilho e Ingo Wolfgang Sarlet.

Desta feita, sem dúvida de que o desafio desta dissertação é de índole interpretativa – e, por que não, aplicativa? – de modo a perseguir uma meta de afirmação da Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem de caráter sócio-trabalhista, resgatando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como vetor do Direito e afirmando a importância de coerência dos demais Princípios Constitucionais correlatos.

Como instrumental viabilizador do presente estudo, elegemos o estudo do Direito Constitucional – com especial esforço de análise da Teoria dos Direitos Humanos Fundamentais no viés sócio-trabalhista – como ponto de partida para, somente então, adentrarmos nas especificidades do Direito do Trabalho.

Perseguindo o intento de compreender e de travar uma conexão, o mais fidedigna possível, entre os fenômenos jurídico e social, fixamo-nos em nosso tempo e espaço, comprometendo-nos a lançar um olhar ao redor; e, mesmo que laica e despretenciosamente, criando uma certa dialogicidade, apesar de incipiente, com as ciências: econômica, política, filosófica, antropológica, psicológica e sociológica. Afinal, a responsabilidade de elaborar um estudo que tem um aporte interpretativo – na medida em que reflete sobre o real e o atual sentido do princípio da dignidade da pessoa humana – exige, no mínimo, coerência com o entorno do Direito, com especial relevância para os valores contemporâneos e as condições sócio-econômicas da maior parte dos cidadãos brasileiros.

A nossa matriz filosófica (paradigma) é a fenomenologia-existencial. Já no que concerne à base epistemológica (método de abordagem), utilizada para elaborar a presente dissertação, ativemo-nos à dialético-fenomenológica-existencial-hermenêutica, pois cremos que estamos fazendo um exercício constante de imbricamento de conceitos, premissas e teses, mesmo que tenhamos por base a compreensão de algumas teorias já construídas.

A isso nos dispusemos, a fim de estabelecer uma leitura lógico-científica comprometidos com a situação mediante a qual o Direito Constitucional do Trabalho se relaciona e estabelece com a sociedade brasileira, voltamos nosso olhar para a antropologia existencial e para a sociologia, de modo a nos obrigarmos a estar sempre alertas para o mundo vivido e mais especialmente para o compromisso com a efetividade da Ciência do Direito e da Constituição, interfaceando ambas, em direção ao horizonte de compreensão ao qual nos propomos atingir, qual seja: a propugnação de soluções jurídicas pautadas, primeiramente, na premissa de axioma hermenêutico do princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, também quando se refere aos direitos humanos fundamentais sócio-trabalhistas, bem como, numa outra premissa, à convivência dos demais princípios constitucionais entre si

que seja apta a fazer que, na atividade hermenêutica constitucional, prevaleça, nos casos concretos, aquela solução que mais se aproxime da preservação da dignidade humana e do interesse coletivo.

É exatamente na esteira do método de abordagem em cotejo, que apresentamos, no curso de todo esse trabalho, uma exploração descritiva de base qualitativa e documental-bibliográfica firmada na análise de contextos, como ainda – especificamente no Capítulo “3” – um estudo de relação baseado em quatro estudos de caso devidamente delimitados, firmados na perspectiva de juntar as teorias acima mencionadas à prática, numa constante tensão dialética estabelecida entre elas não somente no sentido abstrato, mas também partindo de relações de índole humana no espectro laboral real que as circundam.

Nesse diapasão, salientamos nossa convicção da necessidade de interdependência do Direito com as demais ciências, pois a temos como um pressuposto fundamental para que o próprio Sistema Jurídico se mantenha vivo, oxigenado. Porém, isso não significa, para nós, de modo algum, o esfacelamento de quaisquer das ciências inter-relacionadas, mas sim uma disposição e um compromisso de diálogo constante a ser entre elas entabulado. Todavia, destacamos que, para efeitos do presente trabalho, nosso objeto é jurídico, até mesmo ante a necessidade de assentarmos nossas bases no Direito para, no futuro, quem sabe, podermos alçar vôos mais altos em torno de uma transdisciplinariedade mais enriquecedora.

Inseridos no Constitucionalismo contemporâneo e em sua teorização, enfatizamos conceitos e definições acerca dos princípios, da colisão de princípios e da hermenêutica, analisando alguns dos diversos enfoques existentes que estejam correlacionados com a problemática enfrentada.

Desta forma, como resultado da pesquisa feita, dividimos esta dissertação em três capítulos.

No Capítulo 1, tomamos como linha de partida os Princípios Constitucionais, evidenciando sua definição jurídica – e, salientando, as mais pertinentes com aquela que adotamos – de forma a caminharmos rompendo, evolutiva e criticamente com

posicionamentos meramente juspositivistas, inclusive nas dimensões conceitual, classificatória, de densidade normativa e de eficácia. Esse é o instante em que estamos imbuídos da tarefa de destacar as teorias jusfilosóficas de cunho hermenêutico que redimensionaram e repaginaram a arte da interpretação e da aplicação da norma jurídica, clamando por um papel vivo e responsável socialmente do hermeneuta sem levá-lo, todavia, ao pecado da discricionariedade, mas sim que lhe dê condições de avocar a missão da redimensionar a hermenêutica constitucional em nossos dias, sem excessos, mas que preze – especificamente em relação aos direitos sócio-trabalhistas – pela conjugação de uma gramática inclusiva, afirmativa e promocional no que concerne ao homem e seu papel na sociedade.

Num momento seguinte, continuamos a trilhar, trazendo à baila um estudo sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem de natureza sócio-trabalhista, analisando seu conceito e sua razão de ser, perpassando pelo panorama evolutivo-histórico que a despertou, clamando por sua efetivação. Seguidamente à seara dos direitos fundamentais do homem, debruçamo-nos sobre aquele que julgamos ser a essência de todo o constitucionalismo brasileiro: o princípio da dignidade da pessoa humana, buscando encontrar seu sentido normativo, salientando sua perspectiva conceitual jurídico-social e refletindo sobre o real grau de eficácia que atualmente lhe é conferido pelo Direito, de modo a constituir a própria base de conformação dessa ciência, sendo, por conta disso, a gênese das demais normas constitucionais e infraconstitucionais.

Em seguida, como medida preparatória para alcançarmos nosso objetivo – por diagnosticarmos serem esses alguns dos princípios constitucionais que mais usualmente colidem com aquele estudado anteriormente –, ocupamo-nos da compreensão jurídica dos Princípios da Livre Iniciativa, da Busca do Pleno Emprego, da Proteção Contra a Dispensa Arbitrária ou Sem Justa Causa, da Função Social da Empresa e da Função Social da Propriedade.

Tendo em vista a temática sobre a qual nos propusemos a estudar, ainda no Capítulo 1 nos atemos, unicamente, aos direitos fundamentais da pessoa humana como dimensão da própria Dignidade Humana e, nesse ponto, ocupamo-nos com aquilo que, para nós, é o cerne da questão, qual seja, os reais bens jurídicos aos quais se

referem e visam tutelar. Nesse percurso, feita a apresentação da correspondente teoria, discutiremos sobre sua conceituação, suas características, a natureza jurídica que a doutrina dominante lhe reconhece, atendo-nos, ainda, nos aspectos doutrinário-jurisprudenciais que envolvam seu alcance e eficácia, detalhando as diversas nuances que interessam aos direitos sócio-trabalhistas.

Acreditamos que esse enfoque temático seja fundamental para que tenhamos atingido o objetivo desse estudo, na medida em que, tendo havido uma alteração substancial no ambiente de trabalho e no modelo de proteção clássica, seus reflexos no Direito do Trabalho, seja nas relações individuais, seja nas coletivas de trabalho são inegáveis. A essa altura, elaborando um estudo mais detalhado sobre tais normas jurídicas, já se torna evidente a nossa visão acerca do Sistema Jurídico e do Constitucionalismo hodierno.

Inauguramos o Capítulo 2, apresentando um roteiro de estudos sobre os princípios constitucionais, segundo a base teórica que inspira e move o Constitucionalismo de nossos dias, destacando sua importância, especialmente quando se referem aos Direitos Humanos Fundamentais com o enfoque, no presente caso, para aqueles de índole sócio-trabalhista.

A partir daqui, firmamo-nos mais especificamente naquela propugnação que classifica as normas jurídicas em regras e princípios sem, todavia, deixarmos de apresentar algumas proposições que visam classificar os princípios constitucionais e que foram zelosamente selecionadas, visando nos restringirmos a critérios doutrinários evolutivos que valorizem, especialmente, a qualidade normativa de superioridade e de densidade quanto à eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais.

É inegável que, especialmente a essa altura da dissertação, já terá restado evidenciada toda a carga valorativa e ideológica por meio do qual lançamos nosso olhar sobre a matéria em análise e, conseqüentemente, que alimentou a abordagem ora elaborada. Partimos de nossa matriz filosófica de modo a nos libertarmos de alguns paradigmas juspositivistas ainda presentes nesse instante de transição jurídico-filosófica que, não obstante tenham contribuído, devem dar lugar ao “ainda mais novo”, por serem mais fiéis às expectativas da vida social hodierna.

Nessa mira, o princípio da proporcionalidade assume especial relevância, motivo pelo qual nos detivemos em sua definição, seus elementos e sua destacada importância no universo da hermenêutica constitucional. Assimilada tal base teórica, deter-nos-emos na análise da possibilidade de existência de colisão dos Princípios Constitucionais e dos Direitos Humanos Fundamentais, bem como nas formas de solução propostas pelos doutrinadores em cujas lições nos nutrimos que, unanimemente, exortam-nos à utilização dos instrumentos de ponderação visando à otimização dos fins constitucionais.

Desembocamos, desta forma, no Capítulo 3, preocupados em efetivar alguma contribuição prática, seja no âmbito forense, seja no mundo acadêmico, apresentando quatro estudos de caso, através dos quais passamos a exercitar a árdua e inafastável tarefa de buscar unir teoria e prática, conforme as relações sociais e os preceitos normativos de nosso tempo, sem que abandonemos o espaço dialético provocado pela convivência no Sistema Jurídico dos binômios: razão *versus* senso comum, completez *versus* incompletez e segurança *versus* mobilidade, que dialogam, veemente e incansavelmente, sob o nosso olhar, sem que, contudo, rasguem a perspectiva da unidade constitucional.

O último passo é dado no sentido de apresentar nossa conclusão sobre a problemática que nos dispomos a estudar, no âmbito da temática da colisão dos princípios no Direito Constitucional do Trabalho pátrio, especialmente relacionados aos direitos humanos fundamentais sócio-trabalhistas. A essa altura, firmamo-nos naquelas idéias propostas e nas argumentações que julgamos mais importantes, mas permanecendo, continuamente, atentos ao nosso compromisso de estudar para contribuir, solidarizar o conhecimento, provocando outros leitores, por meio da crítica precedida pela necessária análise e reflexão, pisar e repisar na crença do Direito como um dos instrumentos viabilizadores da justiça social e não somente como um “meio” de obtenção da tão ansiada “paz social”. Afinal, cremos que a não efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais de natureza social, econômica e cultural impede a concretização de todos os demais direitos do homem e, via de consequência, do próprio ideal do Direito como ciência.

Finalizamos cientes de que, para alguns, somos somente mais alguém em busca do inatingível, mas registramos que é com a maturidade de quem reconhece que nem tudo pode ser efetivado em conformidade absoluta com o intento constitucional que apresentamos essa dissertação. Convictos de que, apesar de devermos preservar as importantes dimensões de programaticidade das normas constitucionais sob o enfoque dos direitos sócio-trabalhistas, urge que, com base no princípio da dignidade da pessoa humana como ferramenta viabilizadora das conquistas dessa natureza e, oxalá, por meio de medidas hermenêuticas que consagrem o intento protetivo da disciplina estudada, possamos desestimular supostos desvios jurisprudenciais – inclusive legislativos – que venham a tolher a efetivação dessa dimensão inafastável dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS COMO NORMAS DE SUSTENTAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

“Eu quase que nada não sei, mas desconfio de muita coisa.” (Grande Sertão Veredas)

Damos partida ao nosso estudo, registrando estarmos cientes de que há concepções conceituais vinculadas à palavra “princípio” que podem limitar-lhe ou estender-lhe o alcance de compreensão. Optamos pela segunda opção, uma vez que nos inserimos na contemporaneidade que envolve o Direito Constitucional e o impregna de novas visões e mecanismos hermenêuticos, não obstante uma tendência consolidada no universo do Direito de manter-se num estado de conservação que tem provocado a sociedade civil a questionar os métodos interpretativos e aplicativos da norma jurídica, ante uma constatação comum de insatisfação com os métodos até então abraçados, muitas vezes tolhedores, do potencial de contribuição que há de ser ofertado como razão de ser da própria existência da ciência que estudamos.

Nesse sentido, aproveitamos para fazer uma breve pausa para esclarecer que ao nos referirmos à Ciência do Direito não o fazemos adentrando na profundidade das discussões existentes sobre os requisitos a serem preenchidos pelo conhecimento a ponto de poder ser ele reconhecido ou não como uma “verdadeira ciência”. Não se trata, em hipótese alguma, de não reconhecermos pertencente ao Direito o caráter de cientificidade. Não, muito pelo contrário, afinal, a definição que temos da “ciência” é se constituir num estudo ou mesmo num conhecimento que se debruça sobre um objeto com a finalidade de criar um arcabouço teórico capaz de trazer uma efetiva contribuição para a prática, colocando-a a serviço da realidade experimentada pela sociedade. Daí é que se nos afigura extremamente natural e enriquecedora essa postura de inquietação e de incessante reflexão acerca do cumprimento pelo Direito do seu papel como “ciência”, quando ainda hoje sua “grande vedete” permanece sendo um formalismo um tanto que infértil e retardado quanto aos efetivos interesses e experiências sociais.

Ademais, basta-nos a certeza de que, do mesmo modo que todas as demais searas do conhecimento, a parcela de investigação em relação à qual o Direito se dedica a perquirir investigar em muito contribui para a experiência da vida em sociedade, havendo muito mais ainda por se fazer.

Por conta do sobredito é que estamos convictos de que a instância da compreensão sobre os fenômenos jurídicos e sociais clama por um constante exercício de repensar os conceitos, as teorias e as práticas dominantes, tonificando o Direito como ciência e, conseqüentemente, avocando a responsabilidade social que lhe compete – a paz social –, mesmo que para isso seja necessário romper com a eterna sobreposição de teóricas formuladas para manter o *status quo* do poder econômico.

Reafirmando tal convicção, extremamente enriquecedora é a reflexão feita por Mamman (2003, p.52-53) sobre a visão existencialista⁴ que Heidegger e Marx adotam no sentido de que as idéias não têm vida própria e, em função disso, defendem que a consciência do ser humano prevalece sobre o inconsciente, sendo portanto o mundo concreto – em suas dimensões sociais, econômicas e políticas – o *locus* no qual o homem se realiza como ser, na medida em que, firmado em sua noção de mundo, adota uma dinâmica experiencial:

⁴ A dita referência existencialista feita à Karl Marx faz parte de uma visão muito particular da autora do texto acima transcrito, uma vez que Marx é quase que incontrovertidamente tido por um *essencialista*. Nesse sentido, oportuno é elucidar que – numa visão wittgensteiniana – enquanto o *essencialismo* refere-se a uma realidade, uma atividade ou uma mentalidade formada por substâncias rígidas, atômicas, puras e logicistas acerca de conceitos e idéias comum a todos; o *existencialismo*, por outro lado – na acepção heideggeriana – debruça-se e se ocupa de um homem que é sujeito ativo de sua história, estando inserido num mundo de possibilidades que formam e transformam o seu próprio *mundo* e esse mesmo *ser humano*. Sendo assim, ao mesmo tempo em que é intrigante, por certo que também é de inegável contribuição o olhar lançado pela Profa. Janette Antonios Mamman ao apresentar tal faceta da doutrina marxista, uma vez que robustece a importância das formulações teóricas de Marx como legado intelectual para a humanidade, acompanhado de tantos outros nomes como: Hegel, Kierkegaard, Heidegger, Gabriel Marcel, Jean Wahl e Alberto Camus (GIOVANNI, 1991, 593-597). Evidente que todos eles – dentre tanto outros – conjuntamente fixados na premissa de que a essência do ser humano é a sua própria existência, mantêm vivo o sopro de esperança quanto à viabilidade e à possibilidade de um projeto sócio-político-jurídico fundamentado na vivência e na experiência do *aqui* e do *agora* relativamente ao mundo no qual estamos inseridos, fazendo uso da capacidade humana de auto-transformação e auto-construção, para impregnar a *práxis* da Ciência do Direito de uma experiência fenomenológico-existencialista apta a transcender e a superar o argumento conformista de resignação à hobbesiana natureza humana e simplista da dogmaticidade teórica dessa ciência, ousando, pelo menos, propugnar por novos modos de solução dos conflitos advindos da convivência humana, da vida em sociedade e, especialmente, do Direito, cujo vetor seja a defesa intransigente da dignidade da pessoa humana, conforme estabelecido na Carta da República brasileira, especialmente nos seguintes dispositivos legais: inciso III do artigo 1º c/c o art. 170 c/c o art. 193.

A existência precede à racionalidade, não nos é doada pela ciência. E nossa vida cotidiana tem dimensões que não se reduzem só ao racional. O que caracteriza estar na existência é viver cada qual a sua vida, que exige a cada momento um comportamento. Ninguém vive sem prover à subsistência. Vivemos no mundo que nós somos o que nos rodeia e nele temos que nos situar.

Nossa vida exige uma preocupação com fazer coisas, tomar medidas pra continuar existindo e temos que utilizar as coisas que se nos apresentam no mundo: essa utilização vai permitir definir nossa vida e os outros entes.

Feitas tais considerações, antes ainda de adentrarmos propriamente na questão atinente à definição jurídica dos Princípios Constitucionais, esclarecemos que o faremos vinculados a uma das marcas do atual constitucionalismo, qual seja: a evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem que, superando o juspositivismo – como similitude à expressão “direito positivo” cujo estado de contraposição se dá em face do “direito natural” (BOBBIO 2003, p. 58-59) –, propõe uma releitura da Ciência do Direito imbuído, de modo especial, em planejar um redimensionamento do processo interpretativo que não se sedimente e se reduza, unicamente, à estrutura formal da lei e, assim, acabe por desprezar a existência de outros critérios juridicamente eficazes, dentre os quais o conteúdo da norma jurídica formalmente tida por válida; conteúdo esse atinente à justiça ou, à injustiça intrínsecas ao texto, que Kelsen se recusou a enfrentar.

Isso é desde logo afirmado, uma vez que, ao adentrarmos no estudo principiológico ao qual nos propusemos, julgamos ser necessária a adoção de uma visão do Direito como um Sistema aberto para manter-se em um estado de inevitável dialogicidade com as demais ciências, proporcionando-lhes, assim, uma oxigenação capaz de lhe estimular a acompanhar, o mais fidedignamente possível, a mutabilidade histórico-social da “era virtual” e as exigências advindas da vida por ela experimentada.

Afinal, na qualidade de pessoas humanas – aqui encampando a função de “estudiosos” –, temos a missão e a capacidade teórica de refletir sobre o Direito e a autêntica realidade na qual se situa hoje, sem termos que ficar, obrigatória e eternamente, cultuando um modo de interpretar e de aplicar a norma jurídica que constitua um verdadeiro amálgama com referências dogmáticas, cujo culto pode ter nos deixado em dívida com a sociedade civil, pelo menos nos últimos cem anos.

É nesse relacionamento do ser humano – devidamente contextualizado no mundo e suas experiências – com a ciência que, inicialmente, objetivamos encontrar a etimologia da palavra “princípio”. Contudo, embora estejamos receptivos a questionamentos, a essa altura do presente estudo já deve estar evidente que a clássica significação da palavra “princípio” como sendo sinônimo de “começo” ou “origem” nos parece por demais generalizadora para justificar, validar ou confirmar a teoria que, ao final, visamos adotar. Diante disso é que nos socorremos das lições lexicológicas de Houaiss (2001, p. 2299) que, dentre inúmeras apresentações de acepções de cunho definidor, indica algumas que julgamos bem atender a interesses científicos simpáticos à transdisciplinariedade, além de serem dotadas de denotações tanto de ordem lógica, como de caráter lingüístico, sem igual:

proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos; lei de caráter geral com papel fundamental no desenvolvimento de uma teoria e da qual outras podem ser derivadas; proposição lógica fundamental sobre a qual se apóia o raciocínio; ...

Fixados os contornos etimológicos da palavra “princípio” e a despeito de toda a polêmica que impera em torno de suas funções no Sistema ou de seu real grau de normatividade, a seguir, ainda calcados na lingüística, partimos por buscar compreender o significado jurídico da mencionada palavra, ou seja, nosso objetivo neste instante é apreender como os “princípios” são definidos pela Teoria Geral do Direito. Nesse iter, buscando naquela que adotamos como a melhor parte da doutrina, voltamo-nos a Reale (2002, p.304-305), cujo ensinamento acerca dos Princípios Gerais do Direito é o seguinte:

A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, que para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática. Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios da isonomia (igualdade de todos perante a lei), de irretroatividade da lei para proteção dos direitos adquiridos, etc.

Por meio do ensinamento do referido professor, é fácil perceber que os Princípios Gerais do Direito são os verdadeiros alicerces da engenharia do Direito que, muitas vezes, restam visíveis e patentes – como é o caso daqueles que foram transformados

em normas positivadas pelo próprio Ordenamento Jurídico – e, noutras, à guiza de qualquer formalização normativa, continuam a manter sua indelegável importância de sustentação de todo o sistema na qualidade de vetores doutrinários, racionais, éticos e hermenêuticos.

Apresentada a conceituação de Miguel Reale, verifica-se que ela se encontra em inteira sintonia com aquela construída por Bandeira de Mello (2003, p. 112), a quem aqui homenageamos ante a precisão de seus contornos que, sem dúvida, contribuiu para a divulgação e a sedimentação de uma compreensão jurídica lúcida o bastante acerca dos Princípios Gerais do Direito:

Deveras, princípios gerais do Direito são vetores normativos *subjacentes* ao sistema jurídico-positivo, não porém com um dado externo, mas como *uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento*. É que os diversos institutos nele compreendidos – quando menos considerados em sua complexidade íntegra – revelam, nas respectivas composturas, a absorção dos valores substanciados nos sobreditos princípios.

Aliás, nesse quadrante, ratificando seu entendimento, Bandeira de Mello (2003, p. 817-818), segue de forma intransigente, fixando seu posicionamento sobre o conceito, o papel e a importância dos Princípios para o Direito, inferindo que

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

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremediável a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

A propósito, vale arrematar a conceituação sobre a temática com o enriquecedor posicionamento de Saldanha (1998, p. 217), uma vez que, como se estivesse endossando as lições acima transcritas, de certo modo, as complementa quando elucida que os princípios jurídicos, além de serem uma espécie de “pontos de partida”

para a criação da norma e para os verdadeiros nortes da sustentação doutrinária, advertem serem eles próprios, ao mesmo tempo, extraídos pelos intérpretes e pelos aplicadores da lei na atividade hermenêutica, da norma sobre a qual se debruçam⁵, donde se extrai uma séria exortação acerca da importância e da responsabilidade de tal atividade interpretativa e aplicativa da norma jurídica, em especial, quando esta está consagrada no Ordenamento como um *princípio*.

Desta feita é que cremos que o Constitucionalismo Social⁶ surge como reflexo da reestruturação das grandes unidades teóricas de sustentação do Direito. Assim pensado, o Direito Constitucional hodierno não constitui somente um sistema de regras ordenadas, imutáveis nem uma simples dádiva da existência humana, mas antes num sistema firme e reciclável, edificado na prática hermenêutica crítica o bastante a ponto de combinar “forma” e “experiência”, no trato das soluções dos casos concretos, respeitando as mais diversas experiências humanas, especialmente aquelas de cunho histórico, sociológico e psicológico. É inspirado nesse movimento pluralista e pautado no seu enfoque que, para efeitos do presente trabalho, destacamos a Teoria dos Princípios, cuja proposta de incorporar-se ao texto constitucional é tão lúcida que foi adotada pelas atuais cartas magnas dos Estados Democráticos de Direito, num rearranjo quase que orquestrado das Nações soberanas que a ela se envergaram – dentre as quais o Brasil está incluído desde a Carta da República de 1988 –, instaurando e reconhecendo na própria estrutura do Estado Republicano, a Teoria dos Princípios e dos Direitos Fundamentais do Homem.

A meio-caminho, entre o positivado e o idealizado, partimos em busca da compreensão do que vem a ser o Princípio Constitucional no contexto da realidade jurídica nacional, a fim de, no uso inteligente das noções e das teorias já consolidadas mesmo que antagonicamente sobre a matéria, estabelecer um processo

⁵ Ao mencionar o verbete *norma*, esclarecemos que nosso estudo se encontra pautado em concepções hermenêuticas formuladas a partir do pós-positivismo, conforme as teorias de Dworkin e de Alexy, motivo pelo qual insta fixar que o Sistema é composto por *normas jurídicas*, verdadeiro gênero do qual os *princípios* e as *regras* são as espécies.

⁶ Essa expressão foi cunhada na obra “Constitucionalismo Social: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Melo”, no seio da qual são apresentados diversos artigos em que seus autores se dedicam, exclusivamente, ao estudo dos direitos sociais. Assim é que visando dar ênfase e valorizar a importância do estudo dos direitos sociais e, no caso deste estudo, especialmente aos de índole trabalhista, é que também decidimos por utilizar referida expressão.

analítico e crítico que reconheça a eficácia jurídica dessas normas, sem deixar de lado o referencial ético nesse jogo de hermenêutica constitucional.

Concernente a esse propósito, Barroso (1996, p. 141) apresenta a seguinte definição acerca dos Princípios Constitucionais:

... os princípios constitucionais são normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que os institui. [...] É importante assinalar, logo de início, que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípios, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.

O referido autor, mediante seu entendimento, faz eco àquela que, para nós, é a evidenciação que melhor atende ao objetivo do presente trabalho – não obstante a existência de tantas outras de cunho notadamente respeitáveis e louváveis ante a capacidade de exploração teórica formulada por seus autores –, uma vez que nós também reconhecemos nos Princípios Constitucionais a própria identidade do Ordenamento Jurídico e a função de pilares sustentadores de todo o Sistema. Nessa perspectiva sincrônica é que tais normas acabaram por reclamar por posturas coerentes no campo lógico-hermenêutico aptas a subjazer interpretações e aplicações das normas jurídicas, que além de serem coerentes com seus conteúdos valorativos, estejam também prontas a contribuir com a harmonia e a estabilidade desse edifício de formulações deontológicas (no sentido do dever ser, das aspirações, dos ideais a que se pretende atingir) que compõem esse mesmo Sistema.

Do sobredito, outra não pode ser a nossa conclusão, senão a mesma defendida pelo professor Luiz Roberto Barroso na citação acima transcrita, qual seja: de que há a prevalência dos princípios sobre as regras⁷.

⁷ Ao afirmarmos que concordamos com o Prof. Roberto Barroso acerca da prevalência dos *princípios* sobre as *regras*, supomos que ambos não estão no mesmo plano hierárquico e que pertencem a uma mesma categoria, qual seja, a das normas jurídicas.

É nesse novo horizonte do estudo do Constitucionalismo que damos tônica àqueles Princípios Constitucionais relacionados aos Direitos Fundamentais do Homem, imbuindo-nos de realçar sua importância e pisar pela sua supremacia, convergindo para uma perspectiva que impossibilite o tolhimento de sua função normativa, de sua juridicidade. Nesse sentido, os ensinamentos de Bonavides (2004, p. 289-290) têm um cunho particularmente esclarecedor:

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas nas Leis das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em norma normarum, ou seja, norma das normas.

Observa-se, desta forma, que a afirmação acima gizada se traduz numa teoria competente o bastante para incitar o intérprete e o aplicador da lei a uma postura emancipatória, no sentido de não compreender o Direito como um mero receptáculo passivo de normas e regras que, muitas vezes, não correspondem aos valores predominantes na sociedade que os gerou.

Portanto, partindo da concepção dos Princípios Constitucionais como a “norma das normas”, defendemos a sua supremacia em relação às demais normas jurídicas. A partir dessa premissa – libertadora tanto teórica como jurisprudencialmente –, solidificamos nossa convicção de que os **Princípios Constitucionais** – especialmente no caso da realidade brasileira em que se encontram positivados no texto da carta republicana – não só ocupam um *locus* de inegável soberania dentro do Sistema Jurídico, como também são, de certa forma, hierarquizados entre si conforme o conteúdo ou mesmo a matéria por eles positivados, havendo, inclusive, uma predominância daqueles que tratam dos **Direitos Fundamentais do Homem** em relação àqueles que tratam das demais normas gerais constitucionais.

Isso se dá porque os Princípios Constitucionais passaram a ocupar um tratamento específico nesse movimento que tomou o constitucionalismo hodierno. A eles é conferido especial destaque, uma vez que se ocupam com os chamados **Direitos Humanos Fundamentais** e, desta forma, acabam por convergirem para um *locus* de preemência em relação às demais normas, especialmente por conta de suas “atribuições” marcadas pelo inafastável compromisso com o bem maior tutelado pelo Direito, qual seja: a vida humana em toda a sua dimensão de dignidade.

Um dos estudiosos que mais arduamente analisa e estuda tal tese é Dantas (1995, p. 53-54) que, ao explorar a teórica principialista constitucional, defende uma classificação por meio da qual os verdadeiros **Princípios Constitucionais Fundamentais** são todos aqueles contidos no Título I da Carta da República, enquanto que os demais são **Princípios Constitucionais Gerais**, por se referirem a um ou mais setores do ordenamento constitucional (DANTAS, 1995, p. 60).

Entabulando um diálogo de convergência nesse particular, volvemo-nos também a Borges (1993, p.144-145), para quem somente há uma hierarquização entre os próprios princípios da própria Carta da República ante a enumeração formulada no “Título I” do texto. Ali são apontados seus princípios fundamentais, ao mesmo instante em que, automaticamente, é despontada sua preponderância de importância em relação a todas as demais normas, a ponto, inclusive, de refletir no poder de reforma constitucional, posto que inatingíveis por força do §4º do artigo 60, por se tratarem de normas de caráter vital para a manutenção da vida do próprio Ordenamento e, conseqüentemente, do Estado de Direito.

Essas vertentes de posicionamentos que defendemos têm especial importância quando nos atemos, especialmente, ao recorte de nosso estudo, qual seja: os Direitos Fundamentais sócio-trabalhistas que, sem dúvida, nascem e prezam pela conjugação de uma gramática inclusiva, afirmativa e promocional no que concerne ao homem e seu papel na sociedade⁸. Aliás, a esse respeito, mais do que oportuna é a lição de Sarlet (2004, p.127), segundo o qual:

⁸ A expressão, por nós aqui utilizada, se refere ao compromisso que acreditamos ter o Direito com a formulação de interpretações e de aplicações da lei que, não obstante o caráter técnico e coerente, também se ocupem em assegurar à pessoa humana as mínimas condições de vida para que se

Se partirmos do pressuposto de que a dignidade da pessoa humana pode ser definida como sendo 'a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos', ver-se-á que a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas sejam atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.

Afora uma série de outros entendimentos, posicionamentos e acepções acerca dos Princípios Constitucionais Fundamentais que poderiam ser aqui arrolados como justificativa para a adoção de uma postura linear sobre a questão – e que dariam margem a um sem-fim de ilações e de digressões, certamente não abarcáveis nesse momento de nosso estudo e, quiçá, em um texto de dissertação –, cuidamos acima de somente tentar ultrapassar um pouco as razões básicas de caráter prescritivo e dogmático-teórico, demonstrando concepções que se aproximem da proposta que abraçamos no sentido de defender uma perspectiva do Direito Constitucional que seja oxigenada o bastante para abarcar em sua própria essência fundante os Direitos Fundamentais do Homem na forma de Princípios maiores. Tudo de modo a conceber uma versão cada vez mais engajada com a sociedade e seus valores – especialmente aqueles positivados – propugnando, inclusive, por algum critério de utilização do método interpretativo/aplicativo que aponte para essa linha de ação comprometida, inclusive com a hierarquização dos Princípios Constitucionais Fundamentais ante os demais (Princípios Gerais) prescritos na Carta Magna.

Assim, firmamo-nos numa perspectiva que fixa o olhar e cultua os **Princípios Constitucionais Fundamentais** – parafraseando o Prof. Paulo Bonavides (2004, p.290) como “o alfa e o ômega” –, de todo o Sistema Jurídico nacional, na medida em que expressam e traduzem moral e positivamente os valores sociais adotados pela sociedade, de modo a vincular todas as demais normas jurídicas que compõem esse mesmo ordenamento.

viabilize a vida digna. Em síntese: é reflexo do anseio de que o intérprete e o aplicador da *norma*, além de nutrir respeito pelo uso de uma correta técnica hermenêutica, mediante seu ofício, também se empenhe com a propugnação de propostas que possam se constituir em instrumentos viabilizadores da efetividade dos *direitos sociais*.

Nesse desfecho, alinhavamos que o rol de construção lógica acerca do conceito de princípios acima apresentado é construído sob as bases de nossa convicção quanto à imprescindibilidade de um estudo que, como o nosso, pretende analisar os Direitos Fundamentais de índole sócio-trabalhistas, tão comumente caracterizados e classificados por grande parte da doutrina juspositivista⁹ como sendo – em sua maioria – normas programáticas e, por isso, carentes de uma efetiva juridicidade e eficácia, especialmente por adentrarem nos liames da política e carecerem de uma proposta de hermenêutica constitucional, apta a romper com o anseio do poder econômico em descumpri-las. Este, aliás, é um dos impulsos que nos impele a continuar nessa linha de análise e nos firmarmos do modo como aqui nos apresentamos.

Nessa esteira é que, embora já tenhamos avançado em alguns parâmetros conceituais sobre a temática ora enfrentada, declinaremos para o próximo capítulo as reflexões acerca de nossa posição de existência de uma natural premência hermenêutica constitucional do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em relação aos demais. Adiantamos, por ora, tão-somente que defendemos isso por compreendermos, nesse princípio, o sentido e a razão de ser de todos os demais Princípios do texto magno.

1.1 OS DIREITOS SÓCIO-TRABALHISTAS COMO DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Perseguindo o objetivo de dialogar com os demais ramos do conhecimento, de plano, salientamos o aspecto ético que permeia o Direito no que concerne a Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem. Afinal, funda-se na premissa daquilo o que há de ser considerado como o mínimo necessário para que o ser humano possa viver com dignidade a ponto de desenvolver, nos ensaios da experiência da vida, a sua essência e a sua personalidade, não se ocupando somente com a subsistência desse ser humano, mas também com a sua realização plena através de cada conquista

⁹ Ver concepções juspositivistas antagonistas de: John Austin (BOBBIO, 1995, p. 47); Hart (1994, p.11); Hans Kelsen (BOBBIO, 1995, p. 148).

alcançada e de cada valor que passa, dinamicamente, a agregar a existência e a potencialidade humanas.

As discussões jurídicas contemporâneas, pelo menos em sua farta maioria, certamente perpassam pela temática dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, que tanto enobrece a investigação jurídica, pois, no contexto da modernidade, experimenta uma análise de conteúdo, que leva o Direito a livrar-se do pecado de dedicar-se, primordialmente e durante pelo menos um século, às formas.

No que atine ao aspecto terminológico, inúmeras são as locuções utilizadas pela doutrina e pelos textos constitucionais visando distinguir as prerrogativas conferidas ao indivíduo, pela Constituição, em face do Estado e da sociedade (MORAES, 1997, p. 139-149). Contudo, ao adotarmos a expressão que melhor se adequa ao nosso olhar sobre a teórica, filiamo-nos a proposta de Silva (2001, p. 178-179), qual seja, Direitos Fundamentais do Homem ou Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, pois, apesar da obviedade de que todos os direitos se referem aos seres humanos e de que somente a pessoa humana seria o “sujeito” de tais direitos, não há mais que se falar numa relação dos denominados Direitos Humanos travada exclusivamente com o Direito Natural, visto que tais direitos encontram-se farta e claramente “fundamentados” e resguardados no Ordenamento Jurídico Constitucional, de modo a proteger interesses, necessidades, prerrogativas e faculdades da pessoa humana, restando superadas – pelo menos para o objetivo que se pretende atingir por meio do presente estudo – celeumas relativas aos debates jusfilosóficos firmados em torno dessa questão ante a ausência de dúvidas quanto à constatação daqueles direitos tidos por fundamentais pelo sistema vigente.

Nesse sentido, perfeito é o esclarecimento de Guerra Filho (1997, p.12):

De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do direito, com aptidão para a produção de feitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos enquanto pautas ético-políticas, situadas em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito interno.

A propósito, essa evidência remete-nos ao fato de que, no curso da história da humanidade, nem todas as pessoas foram consideradas, de fato, humanas e, desta feita, não eram sujeitos de direito por conta de convicções e de conveniências culturais, políticas e econômicas da sociedade. A partir dessa observação, o que se visa é pisar e repisar o caráter histórico da construção da Teoria dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, com o intuito de compreendermos alguns momentos fundamentais da história, uma vez que esses direitos – e não meras práticas advindas de suposta “caridade” do Estado ou de particulares – surgem como fruto de conquistas do homem no curso da história e à custa de muito sangue derramado e vidas sacrificadas na luta pela emancipação da pessoa humana em suas mais distintas necessidades (SUSSEKIND, 2003, p.32-42).

Considerando que os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados, iniciamos essa breve abordagem acerca da Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem, debruçados sobre os direitos fundamentais sócio-trabalhistas, os quais, como todo o direito, constituem-se numa invenção humana, tendo sido traduzidos como fruto de uma plataforma emancipatória formulada num momento histórico em que, de acordo com Weis (1999, p.38-39), experimentou-se uma

... deplorável situação da população pobre das cidades industrializadas da Europa Ocidental, constituída sobretudo por trabalhadores expulsos do campo e/ou atraídos por ofertas de trabalho nos grandes centros. Como resposta ao tratamento oferecido pelo capitalismo industrial de então, e diante da inércia própria do Estado Liberal, a partir de meados do século XIX floresceram diversas doutrinas de cunho social defendendo a intervenção estatal como forma de reparar a iniquidade vigente.

Do esposado, extrai-se que os direitos fundamentais sócio-trabalhistas nascem no século XIX, no seio dos países europeus industrializados, e são adotados pela doutrina constitucional, fazendo parte da segunda dimensão dos direitos humanos que se materializa nos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais – “DESC’s”, quando, no cenário acima descrito, a Encíclica *Rerum Novarum* e as obras de Karl Marx surgem como forte influência de crítica ao pensamento liberal, denunciando que o tão veemente propagado direito à igualdade, na verdade, restou conquistado em nível meramente formal.

Por certo que em relação à família e as outras formas de estamentos, de clãs sociais e religiosos, a emancipação histórica do indivíduo como pessoa humana diante dos grupos sociais a que pertence se deu graças às Declarações de Direitos Norte-Americanas e à Declaração Francesa de 1789 (COMPARATO, 1999, p.38-40).

Todavia, a sociedade que se formou demonstrava claramente ser necessária a luta por uma outra plataforma emancipatória, já que havia restado inviabilizado o exercício substancial do direito à liberdade e somado ao fato da constatação de um descaso absoluto com igualdade material, diagnosticava-se, no seio desta mesma sociedade, que, na prática, tais direitos formalmente declarados somente estavam servindo como instrumentos de manipulação da burguesia para – rezando na cartilha de *Fouillé*¹⁰ – contratar a tudo e a todos a seu bel-prazer, tendo em vista que, à época, o que imperava nas sociedades das nações européias industrializadas era uma enorme contradição entre os ditos direitos divulgados de forma clara e formal nas Declarações de Direitos – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França de 1793, na Constituição Francesa de 1811 – e a prática da realidade social vivenciada por uma ampla maioria do povo – e, especialmente, dos trabalhadores – uma vez que os referidos valores não eram reconhecidos a todas as pessoas, o que acabou por levar sindicatos e partidos operários a reivindicarem a intervenção Estatal na vida econômica e social, regulamentando o mercado de trabalho.

Assim, já na primeira metade do século XIX, diagnosticava-se uma violenta pauperização do proletariado naquela sociedade em que os contratos de emprego firmados entre o rico e o pobre – fosse este quem quer fosse, ou seja, criança, adulto, homem, mulher, mutilado, doente, idoso ou gestante – tinham suas cláusulas absolutamente convalidadas pelo tal Estado Liberal que se limitava a um papel de mero árbitro da sociedade responsável por afirmar a condição de liberdade e de igualdade desses cidadãos operários.

A luta pelo intervencionismo dava-se ante o desejo social de que o Estado deixasse de ser um mero árbitro e se comprometesse, na qualidade de Poder Público, com as

¹⁰ “Quem diz contratual diz justo”.

ações positivas na economia e com a criação de condições institucionais, que viessem a efetivar o exercício desses direitos que somente pareciam ter sido, durante a vigência do Estado Liberal, materialmente conquistados.

A constante exibição desse cenário àquela sociedade, somada à intuição coletiva de que se estava diante de uma crise social sem precedentes, não interessava a ninguém – nem mesmo à burguesia, que sem dúvidas tinha ciência de que num eventual episódio de contestação não pacífica e organizada do proletariado operário em relação às condições de trabalho às quais estava submetido, era ela quem seria a primeira vítima, seja no que concerne à provável depredação de seu patrimônio, seja quanto às suas vidas e de seus familiares –, uma vez que o mencionado caos certamente não se sustentaria por mais muito tempo, o século XIX acaba por se tornar um momento histórico fértil para divulgar e propagar as idéias do movimento socialista, bem como para que o Estado assumisse alguns direitos sociais em favor do proletariado – e demais necessitados –, como ocorreu na Constituição Francesa de 1848, após restaurada a República e convocada a Assembléia Constituinte, que, embora inicialmente tenha resistido para que não se fizesse constar no novo texto alguns dos direitos sociais declarados em 1791 e 1793, se viu obrigada a firmar compromissos visando dirimir os interesses conflitantes ali claramente representados – liberalismo *versus* socialismo democrático e família, propriedade, ordem pública *versus* progresso, civilização –, acabando por abolir a pena de morte, por proibir a escravidão, e por também apontar, no seu art. 13, a criação daquilo que seria, no século XX, o *Welfare State* (COMPARATO, 1999, p. 38-43 e p.147-151).

Assim é que se forma a ponte histórica entre a segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX, tempo em que, de fato, os “DESC’s” passam a ser largamente afirmados, especialmente por conta das agruras experimentadas pela sociedade nos quatro anos da Primeira Guerra Mundial – que parece ter despertado, internacionalmente, o mínimo de senso ético coletivo em relação ao valor da vida humana –, em função das disposições expressas nos textos constitucionais da Suíça (1874), do México (1917) e de Weimar (1919), bem como devido a extensão universal atingida pelo Direito do Trabalho através do Tratado de Versalhes (1919), responsável por criar a Organização Internacional do Trabalho – “OIT”.

Destarte, nesse percurso histórico acima brevemente trilhado e ante essa nova demanda social, surge o Estado-Social, comprometido com garantias institucionais em defesa dos direitos coletivos ou de coletividades, conforme propugnado pela ideologia antiliberal que tomou corpo à época, devido às condições sub-humanas experimentadas pela maior parte da população, ameaçada e vitimada por uma violenta exclusão social.

Do narrado, histórico, político e juridicamente, a sociedade se depara com visões distintas acerca do papel do Estado: o liberal e o intervencionista, respectivamente associados aos direitos de primeira e de segunda dimensão, cada qual representado pela Revolução Americana de 1776 e pela Declaração Francesa de 1789. Tais visões, no entanto, não se afastam uma da outra quando o que se tem em foco, holisticamente, é a dignidade da pessoa humana; como, aliás, evidencia Lafer (1988, p.130-131) ao pensar sobre “o problema da desigualdade” e o Estado Democrático contemporâneo:

É, no entanto, da convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo, apesar da heterogeneidade de suas origens, e é por essa razão que entendo que esta desarmonia em relação ao papel do Estado na sociedade, na passagem da primeira para a segunda geração de direitos, obedecem como foi dito, na perspectiva *ex parti populi*, a uma dialética que subordina a contradição à complementariedade, pois as duas gerações de direitos na intuição da irredutibilidade do ser humano ao todo do seu meio social, e no pressuposto de que a sua dignidade se afirmará com a existência de mais liberdades e menos privilégios.

Esta antinomia entre os direitos de primeira e os de segunda geração é, aliás, um bom exemplo do caráter heurístico da dicotomia pensar/conhecer...

Percebe-se, com efeito, que, na evolução da afirmação histórica dos Direitos Fundamentais do Homem, a disseminação da ideologia capitalista, responsável por estimular um comportamento tendente ao acúmulo de riquezas constitui-se, na verdade, num claro óbice à viabilização e à efetivação de tais direitos representados pela segunda plataforma emancipatória da Revolução Francesa, qual seja, a igualdade que guarda conexão indubitável com a liberdade, já que inexiste possibilidade de ser livre e igual sem que as garantias mínimas da pessoa humana sejam resguardadas. A concepção de poder sugerida pelo sistema capitalista representa um entrave à materialização democrática desses direitos tidos por

fundamentais para a pessoa humana que, sob o jugo da pobreza, de fato, não consegue se tornar livre nem, especialmente, viver como um igual em relação aos demais nas sociedades contemporâneas dos Estados Democráticos de Direito.

Essa inquietude de estado de espírito com relação à pobreza, para aqueles mais formalistas ou afobados, pode significar uma reflexão de âmbito simplesmente sociológico que nada teria a vincular-se com a ciência do Direito. Todavia, como já dito alhures, ao contrário, ela guarda total coerência com nossa proposta de estudo elaborada a partir da concepção marxista existencialista de que o real (existência) prevalece sobre as idéias (racionalidade), ou seja, antes do homem “ser” ele “existe” e tal existência se dá no mundo real, ou seja, em todas as suas dimensões sociais, econômicas e políticas (MAMMAN, p.53-54).

Vale dizer, nesse particular, que é muito oportuna a observação de Arendt, quando passada a segunda grande guerra, demonstra-se muito preocupada com a constatação da desnecessidade da classe trabalhadora para o setor de produção capitalista de um porvir a partir do século XX, afirmando o seguinte: “O que se nos depara é a possibilidade de uma sociedade de trabalhadores sem trabalho, isto é, sem a única atividade que lhes resta. Certamente, nada poderia ser pior.” (ARENDR, 1999, p.13).

Desta forma, fundados na convicção de que o Direito é um Sistema aberto, a dialogicidade com outras ciências é inevitável para sua oxigenação e, portanto, para sua própria afirmação e sobrevivência como ciência responsável pela paz social por meio de apresentação de alternativas sócio-político-jurídicas viáveis e comprometidas com a pessoa humana.

Partindo desse posicionamento, cremos ter chegado ao ápice da discussão em torno dos direitos fundamentais sociais – no nosso caso, de índole trabalhista: aquela que adentra na análise da qualidade de direitos fundamentais que tais direitos possuam.

Nesse sentido, adotamos o posicionamento de que os direitos sociais são verdadeiros Direitos Humanos Fundamentais, partindo das seguintes premissas:

- a)** os Direitos Fundamentais do Homem são aqueles direitos buscados por todos os povos e que vieram a ser positivados num dado ordenamento, numa convergência entre jusnaturalismo e positivismo;
- b)** a hermenêutica constitucional contemporânea, enraizada na comunicação travada entre a estrutura jurídica e a realidade concreta, propõe essa postura de convergência entre jusnaturalismo e positivismo, como forma de salientar a importância da busca pela efetividade dos direitos sociais que, aparentemente, já teriam surgidos de modo limitado, em função de carecerem de uma prestação estatal para sua viabilização;
- c)** na qualidade de autênticos Direitos Humanos Fundamentais de segunda dimensão, há de ser cobrada, exigida uma providência, uma prestação do Estado quanto à efetividade¹¹ das normas classificadas como direitos sociais, cujo limite, em tese, só seria encontrado na reserva do possível.

Portanto, nesse ensaio, parte-se do pressuposto de que os Direitos Fundamentais do Homem são aqueles direitos buscados por todos os povos e que vieram a ser positivados num dado ordenamento jurídico, retratando uma convergência entre jusnaturalismo e positivismo, que está em consonância com a proposição da hermenêutica constitucional contemporânea, firmada e comprometida para que se trave uma comunicação entre a estrutura jurídica e a realidade concreta. Cumpre esclarecer que essa proposta hermenêutica tem especial relevância quando o que se analisa e se discute é a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais no âmbito sócio-trabalhista, visto que esses direitos, por terem nascido de modo “limitado”, carecem de uma prestação estatal – e, muitas vezes, dos particulares! – a fim de que possam ser concretizados e, por conta disso, quando se trata de cobrar

¹¹ Para efeitos de elucidação terminológica, salientamos que a expressão “efetividade” é utilizada neste estudo como sinônimo da “eficácia social” da norma jurídica, ou seja, da necessidade de se viabilizar que o Direito seja, de fato, aplicado ao(s) caso(s) concreto(s). Dito isso, importante é pontuar como corolário lógico que ao mesmo tempo em que se verifica que o caráter da “efetividade” está intimamente vinculado ao da “eficácia” da norma jurídica, complementando-se mutuamente, há também entre elas um elemento diferenciador segundo a clássica construção doutrinária, visto que, enquanto a *eficácia jurídica* se refere à possibilidade, à capacidade de ser aplicada, de produzir efeitos jurídicos em relação aos fatos e situação sobre as quais o Sistema regula, por outro lado a *efetividade* diz respeito à “realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 2001, p.83).

uma providência do Estado, o limite de sua exigibilidade ficaria situado no prisma da reserva do possível.

Não obstante essa questão seja inquietante a ponto de quereremos enfrentá-la neste momento, por termos como prematura a iniciativa de análise do ponto supra mencionado, deixaremos para adiante a reflexão a ser apresentada nesse particular. Sendo assim, faremos aqui uma breve pausa para, mais à frente, retomarmos ao tema da reserva do possível somente ao final deste item (1.1).

Por ora, instigados pela tensão existente entre a realidade e a normatividade, dedicar-nos-emos apenas a legitimar nossa busca por dar sentido aos direitos humanos fundamentais sócio-trabalhistas, através de algumas nuances jurídicas, que serão apontadas a seguir:

I) O título II da Carta Constitucional brasileira é dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais. Ali se encontram arrolados tantos direitos civis, políticos e de nacionalidade, como também sócio-trabalhistas, razão pela qual nos filiamos ao entendimento que conclui serem os direitos sócio-trabalhistas, efetivamente, direitos fundamentais da pessoa humana. Isso significa dizer que nos filiamos à corrente que defende que, já no preâmbulo da Constituição da República, há menção expressa no sentido de que constitui objetivo permanente do nosso Estado garantir a defesa dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça, restando, assim, superada qualquer cizânia relativa à sua inquestionável condição de direitos fundamentais no Sistema, especialmente se investigarmos a estreita relação existente entre o Estado Social que vige no Brasil e os direitos sociais, cuja importância lhe dá a tônica de verdadeira essência, ou seja, de razão de ser desse Estado.

II) A regra insculpida no inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Carta Republicana reconhece aos direitos fundamentais sócio-trabalhistas o *status* de Cláusulas Pétreas e, em função disso, é inegável a juridicidade e a efetividade que os permeiam, razão pela qual devem ser vistos dessa maneira e respeitados ante o lastro de proteção constitucional que lhes foi conferido, sendo inadmissível que

ainda no século XXI sejam encarados como generosidade de um ou outro governante ou particular.

Nesse particular, singular é abordagem feita de Sarlet (2003, p.66-70) para esclarecer o equívoco inaceitável daqueles que advogam por uma interpretação restritiva e literal do §4º do art. 60 do texto constitucional, haja vista que o legislador originário teria utilizado a expressão “direitos e garantias individuais” e, em sendo assim, os direitos sociais não estariam abrangidos no elenco das cláusulas pétreas.

Para um maior aprofundamento da análise de tal tese, o professor Ingo Wolfgang Sarlet desvela ponto a ponto as fragilidades jurídicas de tal argumento, começando por afirmar que, caso a expressão “direitos e garantias individuais” – utilizada uma única vez e somente no dispositivo legal acima descrito – seja interpretada literal e restritivamente, além dos direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos de modo geral (salvo a regra atinente ao sufrágio universal), os direitos coletivos (como os de participação política, de liberdade sindical e de greve, por exemplo) e o próprio Mandado de Segurança Individual, também não poderiam integrar as cláusulas pétreas por estarem fora do *loci* do artigo 5º.

Desenvolvendo sua linha de raciocínio, Sarlet prossegue lecionando que também não há como prosperar o argumento de que mencionada expressão “direitos e garantias fundamentais” devesse ser interpretada de forma a que fossem consideradas cláusulas pétreas tão somente os direitos fundamentais equiparáveis aos direitos individuais arrolados no artigo 5º, já que fazer distinção entre direitos individuais e não individuais é tarefa inviável em relação ao Direito Constitucional pátrio, como também contrário ao sentido mínimo da Constituição formal e material, isto posto na hipótese de se considerar, como direito fundamental, somente os direitos individuais, por uma questão lógica, os direitos e as garantias dos demais capítulos do Título II passíveis de serem considerados equiparados aos direitos individuais (direitos de defesa), como os direitos sociais não-prestacionais acabariam, via de consequência, sendo protegidos como “cláusulas pétreas”.

Sarlet continua a trilha de enfrentamentos jurídicos existentes, ocupando-se, por manifestar, então, acerca do posicionamento daqueles que advogam que os direitos

sociais jamais poderiam ser considerados cláusulas pétreas, ante sua condição de direitos a prestações o que obstaría sua equiparação aos direitos de liberdade previstos no artigo 5º, e daqueles que defendem que, caso fosse a vontade do constituinte que os direitos sociais fossem assim protegidos, teria ele ou nominados, expressamente, no inciso IV do §4º do artigo 60, ou, pelo menos, feito referência a todos os direitos e as garantias fundamentais.

A esse posicionamento, o jurista Sarlet desqualifica, ensinando que a Carta da República brasileira, além de não fazer qualquer diferença entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, não estabelece também qualquer prevalência àqueles direitos de defesa e esses direitos prestacionais. O autor afirma que não mais prospera a premissa de que todos os direitos sociais deveriam ser conceituados como direitos a prestações estatais, sendo boa parte deles equiparável aos direitos de defesa no que concerne à sua função precípua e sua estrutura jurídica.

Ao final, Sarlet desmonta esse edifício arcaico, equivocadamente construído sob as bases da malsinada tese, advertindo que a propugnação de que somente sejam considerados direitos fundamentais os direitos individuais elencados no artigo 5º, estaria excluindo dessa interpretação tacanha também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, já que não se encontram ali inseridos.

III) Os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Carta da República, numa explícita completude em relação às duas premissas anteriormente apresentadas, rezam ser possível que, aos direitos fundamentais sócio-trabalhistas, sejam acrescentados outros advindos de Tratados Internacionais nos quais o Brasil faça parte, bem como que gozem eles de *status* de norma constitucional (Emenda Constitucional) na hipótese de estarem incluídos em Tratados e Convenções Internacionais devidamente aprovados em cada uma das casas do Congresso Nacional, em dois turnos e com três quintos de votos dos respectivos membros.

Mantendo-nos nesse particular, relativamente ao binômio normativo acima apontado, há uma questão que tem proporção surpreendente no seio da Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem: a soberania. Afinal, a partir do instante em que o Brasil livre e pleno no exercício de sua soberania decide por contrair obrigações jurídicas

na seara internacional aderindo a tais pactos, não pode delas esquivar-se sem sofrer as conseqüências pelo desrespeito a uma norma jurídica à qual está vinculado por livre e manifesta vontade.

Desta feita, inúmeros tratados internacionais relacionados aos direitos fundamentais sócio-trabalhistas ingressaram no sistema vigente na qualidade de normas constitucionais trabalhistas, tais como: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da “ONU” (1966) e a Declaração de Viena (1993). Nessa condição, devem ser os direitos neles previstos cobrados quanto à sua implementação caso as normas domésticas já não tiverem resguardado o piso mínimo de proteção previsto nas regras internacionais, soberanamente pactuadas.

Nessa esteira, realçando a imperatividade jurídica dos “DESC’s”, Piovesan (1998, p. 88-92) afirma que nacionalmente é preciso que tais direitos sejam propagados e reivindicados como reais direitos e não como caridade, ao passo que internacionalmente – devido ao fato de o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais prever a tutela, a supervisão e o monitoramento do modo pelo qual o Estado Brasileiro garante esses direitos internacionalmente assegurados – sugere que seja levada ao Ministério das Relações Exteriores (Divisão da “ONU”) a proposta de Audiências Públicas, com a participação de entidades não governamentais, visando acompanhar os relatórios apresentados pelo Brasil no que concerne ao Pacto, bem como que se exija que o Estado Brasileiro preste contas à comunidade internacional acerca de seu compromisso em implementar políticas públicas que viabilizem esses direitos, já que as pressões internacionais e a publicidade das violações dos “DESC’s” compelirão o país a justificar internacionalmente suas práticas e, via de conseqüência, as ações internacionais contribuirão para as práticas governamentais nesse particular como um estímulo às reformas internas que urgem nessa seara.

A autora continua seu rol de sugestões viabilizadoras a partir do arcabouço jurídico já existente, propugnando, ainda no plano internacional, que seja divulgado e salientado perante as organizações não-governamentais – internas e externas – que o dito pacto prevê que seja adicionado por elas uma linguagem jurídica aos

discursos a serem proferidos quando o Brasil for convocado a responder a eventuais casos de violação aos “DESC’s”, como também que haja esforços no sentido de elaborar um Protocolo Facultativo ao Pacto através do qual seja introduzido o Direito de Petição junto às instâncias internacionais nas hipóteses de violação aos “DESC’s”, mecanismos de comunicação entre os Estados pactuantes e, ainda, a elaboração de indicadores técnico-científicos aptos a avaliar o cumprimento e a observância a tais direitos, conforme proposto pela Declaração de Viena de 1993.

A professora Flávia Piovesan finaliza atendo-se a dois vetores: o primeiro, no âmbito nacional de enfoque da temática, salienta ser da máxima importância que os agentes jurídicos se orientem por uma lógica humanista e democrática plenamente consagrada em nosso ordenamento e, ainda, que seja ressuscitada, na arena jurisdicional, uma advocacia ousada e apta a levar ao Judiciário pleitos formulados com base no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de modo a fazer com que haja uma tradição de enfrentamento das questões atinentes aos “DESC’s” e, sob essa óptica, paulatinamente, que se vá transformando a lógica recatada do Poder Judiciário de prender-se aos argumentos do respeito à “separação dos poderes” e da discricionariedade administrativa, a despeito do dever jurídico estatal de viabilizar e de respeitar tais direitos e, conseqüentemente, de combater a doutrina das “normas constitucionais programáticas”, cuja destinação é tão-somente negar juridicidade a esses direitos consagrados constitucionalmente e que vinculam as políticas públicas estatais.

Já o segundo, na seara internacional, através do qual admoesta acerca da necessidade de se rever a doutrina da “aplicação progressiva” dos DESC’s, ante a previsão do Pacto de que o máximo de recursos disponível possível seja utilizado para implementá-los, de modo a que sejam exigidos e reivindicados como efetivos direitos também na instância internacional.

IV) No plano da eficácia dos direitos fundamentais sociais, conforme sistematização do Professor Ingo (2005, p.283-284), caso estejam tais direitos estruturados como direitos de defesa (liberdades públicas) ou direitos sociais prestacionais (de cunho programático ou não), “são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, os termos

do disposto no art. 5º, §1º, de nossa Constituição” e, relativamente os direitos fundamentais sociais classificados como prestacionais, continua o mestre (SARLET, 2005, p.281) lecionando que

por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muita razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. O quanto de eficácia que cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto.

Após colocar uma pá de cal em torno das discussões que insistem em subsistir nessa seara, tantas vezes alicerçadas pela equivocada argumentação de tratarem-se os direitos fundamentais sociais de normas constitucionais de cunho programático, Sarlet (2005, p.56) aduz que os direitos fundamentais sociais se caracterizam tanto “por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais”, mas também abarcam em si – para além dos direitos positivos – “as assim denominadas liberdades sociais” (direitos sociais equiparados aos direitos de defesa), facilmente ilustradas pelo direito à liberdade de associação e pelo reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores a férias, salário mínimo, etc.

Além disso, evitando qualquer manipulação no entorno de suas lições, assevera que a expressão “social” não significa que os tais direitos fundamentais se confundam com os direitos coletivos ou difusos; não, ao contrário, eles se referem ao indivíduo e são assim denominados por representarem uma densificação do projeto de justiça social, tendo íntima relação com a reivindicação das classes oprimidas, especialmente do ponto de vista econômico, como é o caso da classe operária.

V) Advém da obrigação do Estado em gerir políticas públicas comprometidas em viabilizar e efetivar tais direitos fundamentais, quando se depara com a questão da reserva do possível.

Nesse aspecto, são extremamente interessantes e apropriadas as observações feitas por Barcellos (2002, p.236-246), no sentido de advertir que, no que se refere

ao alto custo dos direitos fundamentais sociais, tal característica não é exclusiva deles, uma vez que os direitos fundamentais individuais também demandam gastos imensos e inegáveis ao Poder Público, tendo talvez como diferenças, tão somente, o grau (não a natureza) desses custos e o ínfimo costume de se refletir a respeito dos gastos com a proteção dos direitos individuais, o que acaba por desmascarar e jogar por terra essa estratégia, muitas vezes utilizada deslealmente, ao fincar-se enfaticamente no custo dos direitos fundamentais sociais como medida impeditiva de avanços nessa esfera e de inviabilização da sua plena efetividade.

Quanto a isso, ainda, Barcellos continua desvelando o estudo da reserva do possível, lecionando que tal expressão tem um significado que vai além das questões jurídicas – razão pela qual o Direito há de ser estudado num estado de dialogicidade com as demais ciências correlatas – acerca daquilo que pode ou não ser exigido do Estado, lembrando, assim, a importância de que se reconheça haver “um limite de possibilidades materiais” – que se encontra na previsão ou nos recursos financeiros –, para que se possa arcar com os custos de dado direito subjetivo, ou seja, para que possa ele ser concretizado, a despeito de estar previsto no sistema legal e independentemente de tratar-se de um direito fundamental classificado como individual ou social.

Congregando as premissas anteriormente esposadas, apresenta uma argumentação jurídica do mais alto interesse na seara do Direito Público, em especial do Direito Constitucional, qual seja: nos atos de gestão dos recursos públicos – sejam eles destinados a abster-se de gastos, ou de dispêndio, ou estejam relacionados à previsão orçamentária ou à apuração de receitas, enfim, façam parte do início ou do fim do ciclo financeiro – o Poder Público tem o dever de subordinar-se a tudo aquilo que foi eleito como prioritário pelo constituinte originário e que se encontra estabelecido no texto constitucional na forma de objetivos fundamentais, pois a despesa pública nada mais é do que um meio de viabilizar que tais metas sejam estabelecidas legitimamente pela sociedade.

Todavia, o ponto mais alto da tese, advogada por esta autora, encontra-se no argumento de que, por império das normas constitucionais,

... os recursos financeiros deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes deverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento ...

Convém lembrar também que há uma série de compromissos internacionais abraçados formalmente pelo Brasil – o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre o direito das Crianças e o Pacto de San José da Costa Rica – os quais buscam investir o máximo dos recursos disponíveis na promoção dos direitos soberanos e livremente pactuados.

Daí, exsurge o dever do hermenêuta de, por um lado, estar sempre consciente quanto à limitação de recursos em cada caso concreto, mas, por outra via, exigir do Estado a realização dos objetivos fundamentais da República, que têm, na promoção da pessoa humana, um duplo compromisso: proteger os direitos individuais e garantir as condições materiais mínimas de existência digna; ideais esses intimamente ligados à questão dos recursos públicos.

Com efeito, apesar dos turvos contornos de eficácia e de exigibilidade ainda persistentes em relação aos direitos fundamentais sociais e da convicção de que nenhum direito é absoluto, por certo é justamente nesses direitos que a ordem jurídica e social, como um todo, encontra sua unidade ao compreender com clareza seus valores objetivos e seus princípios fundantes no que se refere, especialmente, ao Princípio da Igualdade, que neles alcança “uma dimensão objetiva contra atos de arbítrio do Estado” (BONAVIDES, 2004, p.568-569).

Com certeza, essa foi uma das mais fortes razões que impeliram Ingo Wolfgang Sarlet a produzir artigo científico cujas reflexões têm ainda maior peso em sede de direitos fundamentais sócio-trabalhistas, através do qual defende a proibição de retrocesso de tais direitos, por meio da tese central de que existe uma ligação estreitíssima deles com a própria segurança jurídica e social, uma vez que o núcleo essencial desses direitos “encontra-se conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente (em se tratando de direitos sociais prestacionais) ao conjunto de materiais indispensáveis para uma vida com dignidade” (SARLET, 2004, p.154-155).

1.1.1 O princípio da dignidade da pessoa humana como base conformadora de todo o sistema jurídico

Antes de fazermos qualquer referência de natureza jurídica sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, cumpre-nos, desde já, fixarmos na problemática da hermenêutica constitucional contemporânea, que em Gadamer resgata a justiça aristotélico-romana atribuindo-lhe a característica de “permanente modernidade” ao sobrelevar a importância da razão como instrumento propulsor para que o saber moral – de caráter social – impere sobre o saber técnico. Desse modo, no instante crítico e decisivo hermenêutico que é o de aplicar o direito (órexix), inspiremo-nos na lógica de Sócrates e de Platão que propugnaram uma atitude firme de junção da habilidade (tecné) com o saber moral (frónesis), ou seja, da “arte de julgar” e o do “viver corretamente” em geral; isso tudo de forma a unir esse saber técnico, que é voltado a interesses particulares, ao saber moral – ocupado com o saber geral ético – levando à prevalência do prático sobre o teórico a partir do mundo concreto.

Sempre nos pautamos em assumir o Direito como uma ciência humana sem métodos científicos próprios, mas com a capacidade de ousar lidar com as probabilidades, não se restringindo, jamais, a tão-somente aquilo que é inerte e considerado previsivelmente “certo” e “seguro”, haja vista que, nos dias de hoje, nem mesmo as ciências exatas se permitem mais às tão sonhadas “previsões seguras” advindas das suposta aplicação de regras que levariam a uma ciência cuja “vida” estaria limitada a um sistema fechado, não oxigenado, desconectado da dinâmica social relativa ao contexto em que está inserido o hermeneuta (MAMANN, 2003, p. 89-102).

A teorização hermenêutica que adotamos é, portanto, aberta em métodos específicos e passa por um Direito que é “existencializado”, que dialoga avidamente com uma sociologia jurídica comprometida com a emancipação do homem e finca suas raízes na filosofia, tendo por referencial exatamente a base fenomenológica de Gadamer, que – em sua obra “Verdade e Método” – sugere o rompimento da necessidade de um método científico único ou específico e o empenho na busca da verdade científica através da disposição e do esforço, motivo pelo qual o raciocínio lógico aponta para a premissa de que, se a hermenêutica geral é a busca da verdade, via de consequência a hermenêutica jurídica é a busca do justo, da verdade jurídica que há de ser

revelada a partir do instante em que a decisão a ser proferida atenda às condições existenciais do homem em seu tempo e espaço, inserido no seu mundo real (MAMANN, 2003, p. 103).

Este recorte tem séria implicação quando nos detemos no Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana que, não obstante seja o bem maior (na vertente “vida humana” tutelada pelo Ordenamento Jurídico pátrio), sofre de uma rançosa dificuldade por parte da doutrina e da jurisprudência, no sentido de não conseguirem construir um real e definido conceito jurídico. Desta feita, o papel do hermeneuta nessa análise possui de destaque e de responsabilidade diferenciados, conforme se discorrerá mais à frente.

A preocupação concreta e o compromisso do Direito com a Dignidade da Pessoa Humana já não são mais tão recentes. Tal “encontro” ocorreu desde 1948, a partir da Declaração dos Direitos Humanos e, inspirado neste fato, Bonavides (2004, p.574) salienta que se teve, pela primeira vez na história, um documento o qual, ao mesmo tempo em que reflete uma evidente convergência de anseios universais em relação ao homem e à sua dignidade, também sintetiza em si direitos e garantias até então jamais abraçados por quaisquer das Cartas Constitucionais.

Percebe-se, com efeito, que, na evolução da afirmação do valor da Dignidade Humana, cujos momentos mais relevantes historicamente foram o Cristianismo, seguido do Iluminismo-Humanista, enriquecido por algumas idéias de Kant e contagiado pelas agruras da Segunda Grande Guerra, o comportamento de devoção ao valor do homem como um fim em si mesmo tendeu a ser assumido como uma ideologia cultivada no mundo ocidental de nossos dias, a despeito de, muitas vezes, impor-se como discurso bem distante da prática do Estado e do Direito (BARCELLOS, 2002, p.103-104).

A concepção do conceito de dignidade humana – hoje presente em inúmeras Cartas Constitucionais dos Estados de Direito que se denominam “civilizados” e, via de regra, por meio da consagração formal dos Direitos Fundamentais do Homem – experimenta profunda metamorfose, acarretando um sentimento de inquietude, que leva o hermeneuta hodierno a sentir-se dividido entre inúmeras consciências sobre

seu conceito jurídico-normativo e sua dimensão relativa à ética geral predominante nas diversas sociedades democráticas.

Nesse eterno refazer da noção do conceito de dignidade da pessoa humana – extremamente mutável e mapeável sob os mais diversos enfoques sócio-jurídicos – considerando o teor semântico-lingüístico, trabalharemos com Houaiss, para quem o verbete dignidade possui o sentido de

1. qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio valor; honra, autoridade, nobreza (sempre se mostrara homem de muita d.) 2. qualidade do que é grande, nobre, elevado 3. modo de alguém proceder ou de se apresentar que inspira respeito; solenidade, gravidade, brio, distinção (agir com d.) (repeliu o insulto com d.) 4. respeito aos próprios sentimentos, valores; amor-próprio (sua d. impediu-o de continuar naquele casamento degradante) (HOUAISS, 2001, p.1040)

Já o verbete pessoa é conceituado como:

1. indivíduo considerado por si mesmo; ser humano, homem ou mulher [...]
5. FIL no kantismo, o ser humano considerado com um fim em si mesmo, e por esta razão apresentando um valor absoluto, em oposição a coisas e objetos inanimados, nada além do que meio ou instrumentos, e portanto como um valor relativo (HOUAISS, 2001, p.2201)

Por fim, o verbete humano(a) tem o seguinte significado:

1. relativo ao homem ou próprio da sua natureza (fraquezas ou virtudes h.)
2. composto por homens (raça h.) 3. que não é divino (justiça h.) 4. que mostra piedade, indulgência, compreensão para com outra(s) pessoa(s) (um patrão h.) (HOUAISS, 2001, p.1555).

Dentro desta vertente da linguagem, fixamos, para efeitos desse estudo, que a expressão dignidade da pessoa humana será utilizada como a noção de a consciência do próprio valor, cultivado pelo indivíduo considerado por si mesmo, ante a sua natureza humana.

Firmada esta baliza semântico-lingüística, no que concerne ao aspecto jurídico que será denotado à referida expressão, utilizaremos a conceituação formulada por Silva (1998, p.90) acerca da dignidade da pessoa humana, por nos parecer a que mais se adequa ao nosso propósito, bem como a mais acertada relativamente à realidade da

Ordem Jurídica Constitucional, cuja expressão, a nosso ver, é utilizada na Carta sob forte influência filosófico-Kantiana e para quem a dignidade "... é o atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite a substituição equivalente. Assim, a dignidade entranha e se confunde com o próprio ser humano". Dessa feita, para Silva a pessoa humana há de ser tratada e compreendida em nosso Sistema partindo-se da seguinte premissa:

Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento. (SILVA, 1998, p.90)

Reconhecidas as variantes conceituais semântico-lingüísticas e jurídicas com que voltamos nosso olhar para a questão da dignidade da pessoa humana, seguimos em frente visando atingir o objetivo ao qual nos propusemos de modo a entabular nossas reflexões e aproveitamos para nos valer, dentro do possível, do prisma da concepção kantiana de dignidade da pessoa humana, segundo a qual

... no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Do afirmado, podemos, portanto, deduzir que, quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente, mas, quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. (KANT, 2000, p. 77)

Quanto a isso, importante salientar a concepção de Sarlet (2006, p.60), o qual, a despeito de toda a dificuldade conceitual da expressão dignidade e superadas todas as acepções periféricas que envolvem sua análise, infere seu conceito jurídico da dignidade humana afirmando que é a

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O sobredito conceito consegue trazer em si e lançar luz nos reais pilares significativos da expressão sobre a qual nos debruçamos nesse instante, permitindo a transcendência das dificuldades conceituais existentes e viabilizando o respeito a tal valor constitucional, pois dimensiona a dignidade humana como inerente à própria condição de pessoa humana e, assim, anuncia a obrigação de todas as demais pessoas – inclusive do Estado – de respeitarem e protegerem tal pessoa humana no sentido de defender-lhe contra situações desumanas e degradantes, como também de promover e propiciar-lhe as condições mínimas para sua existência e inclusão social.

Reconhecida a tônica que a compreensão da expressão dignidade da pessoa humana tem, importa-nos ressaltar que a dita construção conceitual – de índole tanto semântico-lingüística como jurídica – é de crucial importância para a realidade jurídica brasileira, uma vez que o referido valor veio expressamente insculpido na Carta Constitucional na qualidade de Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que fundamenta a própria República Federativa – conforme se observa logo no inciso III do art. 1º –, motivo pelo qual tal norma jurídica, ante o seu caráter normativo e em respeito ao Sistema como um todo, há de inspirar todas as atividades hermeneuticas.

Isso se afirma partindo do pressuposto de que são os princípios constitucionais que dão consistência e instruem todo o Sistema Jurídico, na qualidade de espécie do gênero norma jurídica, de acordo com as teorias que impulsionam a atual Hermenêutica Constitucional, não havendo como lhes negar, portanto, sua supremacia e sua posição hierárquica superior na ordem normativa em relação às regras jurídicas e aos próprios princípios gerais, sendo este o motivo pelo qual Bonavides (2004, p.292) os tem como a “pedra de toque” do Ordenamento, já que constituem sua própria razão de ser, especialmente após terem alcançado a esfera constitucional, devendo, assim, nortear a interpretação e a aplicação de todas as demais normas, agregando esclarecimentos e facilitando a compreensão, em cada posicionamento adotado no caso concreto. Nesse sentido, lúcidas são as razões a seguir transcritas:

A teoria dos princípios, porfiando contra o arbítrio, em verdade busca fazer com que eles se compadeçam com a normatividade e o exercício do poder, de conformidade com as mais arraigadas exigências de natureza humana,

dando, assim, uma nova versão de legitimidade à ordem jurídica com fundamento na Constituição.

Em verdade, os princípios gerais, elevados à categoria de princípios constitucionais, desatam, por inteiro, o nó problemático da eficácia dos chamados princípios supraleais, terminologia que tende a cair em desuso, arcaísmo vocabular de teor ambíguo, enfim, locução desprovida de sentido, salvo na linguagem jusnaturalista.

[...]

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Posto no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de normas das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.

De último, essa posição de supremacia se concretizou com a jurisprudência dos princípios, que outra coisa não é senão a mesma jurisprudência dos valores, tão em voga nos tribunais constitucionais de nossa época. As sentenças dessas Cortes marcam e balizam a trajetória de juridicização cada vez mais fecunda, inovadora e fundamental dos princípios.

Desnecessário tecer comentários adicionais sobre o posicionamento asseverado por esse jurista, pois ela traduz, a todo tempo, a dinâmica que impera no pós-positivismo e na teoria material da Constituição, que têm nos princípios um antídoto contra a pureza¹² tanto jusnaturalista como juspositivista.

Convém determo-nos, nesse instante, no Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana que, agregando em si a qualidade de princípio constitucional e de fundamento da República, não há de tolerar qualquer descaso ou desrespeito cometido contra ele, exprimindo a adoção de uma postura de insubordinação a este valor fundamental e, via de consequência, um comportamento tendente à corrosão da estrutura da própria Ordem firmada.

Assim, Sarlet (2006, p.66-75), discorrendo sobre a eficácia e a efetividade da Dignidade da Pessoa Humana, enquadra-a como princípio jurídico-constitucional fundamental, pois, na verdade, não obstante o nosso Ordenamento Jurídico Constitucional não tenha incluído a dignidade da pessoa humana no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, elevou-se este valor ao *status* normativo de princípio constitucional devidamente insculpido no inciso III do artigo 1º, garantindo-lhe, desta forma, um grau de normatividade e um nível de proteção que justifica e exige sua

¹² O termo “pureza” é aqui utilizado no sentido de “extremo”, uma vez que se parte da convicção de que, para efeitos desse trabalho, é fundamental estabelecer um diálogo de completude de validade entre as propostas das duas escolas mencionadas, de modo a se evitar uma redução no conceito do Direito pela exclusão de qualquer uma delas.

promoção, em razão do que desnecessário que ele constasse positivado para que viesse a ser respeitado na condição de valor inerente a toda e qualquer pessoa humana; afinal, na medida em que esta existe, aquele, deve, há de ser protegido pelo Direito.

Não bastasse o conhecimento que se depreende da presente lição, o jurista ainda admoesta que não existe um direito fundamental à dignidade da pessoa humana, posto que, como qualidade inerente à pessoa humana, não há como se tornar ela um direito reconhecido no Ordenamento, mas sim deve ser deduzida de “direitos fundamentais autônomos, não especificados”, uma vez que é justamente na dignidade da pessoa humana como princípio fundamental que os direitos fundamentais encontram seu próprio fundamento.

Em seguida e após ter identificado, em nosso Sistema jurídico-normativo, a dignidade da pessoa humana como princípio e, conseqüentemente, valor fundamental do Estado Social Democrático de Direito, justifica exatamente nele a própria existência do Ordenamento, de modo a concluir que ao Princípio Jurídico-Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana é atribuído o caráter de portador da mais alta “hierarquia lógico-valorativa”, impendendo, contudo, advertir não ser ele “absoluto”, sendo possível e necessária sua “relativização” a fim de viabilizar o objetivo de igualdade em dignidade de todos os seres humanos.

Referido jurista finaliza afirmando que, ante o caráter normativo e vinculante do princípio sob análise – “seja na dimensão jurídico-normativa, seja na perspectiva objetiva e, seja como fundamento de posições subjetivas” –, a dignidade da pessoa humana é um Princípio Constitucional balizador de todas as demais normas jurídicas, uma vez que é nele que se inicia e se encerra a própria unidade de todo o Sistema Jurídico-Normativo vigente.

Ante o esposado, julgamos oportuno desde já esclarecer que, ao defendermos o posicionamento que entende ser o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana a razão de ser do Estado Democrático de Direito brasileiro e um natural vetor (axioma) para a atividade hermenêutica constitucional, não estamos, de modo algum, afirmando que o direito à vida seria valorativamente superior ao direito à dignidade

humana. No mesmo viés, também não estamos aqui a defender a existência de estágios distintos hierarquicamente com relação ao direito à vida, tais como: 1º) direito à vida; 2º) direito à dignidade; 3º) demais direitos fundamentais... Não, evidentemente não se trata disso.

Na verdade, nossa proposta é abarcar no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, os desdobramentos naturais do direito à vida. Nesse aspecto, Silva (2001, p.105) é extremamente elucidativo ao lecionar que a “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Feito tal esclarecimento, após termos estabelecido a modulação científico-doutrinária do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em nosso Ordenamento jurídico, debruçar-nos-emos sobre alguns daqueles Princípios Constitucionais que mais usualmente com ele se relacionam, questionando ou reafirmando sua premissa ético-jurídica nos casos concretos a serem solucionados sempre pautados pelo compromisso de unidade e de complementariedade do Sistema. Isso se dá especialmente naquelas situações concretas cuja complexidade exija a análise dessa espécie de retorno à esse axioma hermeneutico constitucional acima proposto, numa atividade que há de ser permeada por uma reflexão tanto de caráter deontológico (aquilo que deve ser), como axiológico (o valor; aquilo que é o “melhor”).

1.1.2 O princípio do valor social do trabalho

Do esposado, exsurge que o trabalho no sentido libertador surge, genesianamente, dos ideais humanitários que edificaram a Revolução Francesa.

Assim pensando, no uso inteligente dos jogos de linguagem em que são feitos constantes rearranjos estabelecidos escrito ou verbalmente, não constitui o homem uma “máquina”, nem o trabalho unicamente uma “mercadoria”, ou, na acepção moral, cultural ou religiosa tão-somente um fardo, um encargo, um castigo, uma dívida, uma pena, mas antes e, sobretudo, um valor – dignificação do trabalho – que fundamenta os Direitos Fundamentais do Homem na sua formação cultural e que é sustentado por

dois vieses concomitantes inerentes ao Direito e à Moral. Na verdade, é um meio de viabilizar, na prática, a necessidade diária de sobrevivência e um instrumento de realimentação da humanidade de cada pessoa pela liberdade da posição de superioridade em dignidade em relação aos demais animais (VIANA, 2003, p.27-42; p.81-98).

A Carta Magna – movida pelo vetor da dignidade da pessoa humana – dita como um dos Princípios Constitucionais que fundamentam nossa República o valor social do trabalho, que há de ser experimentado pela pessoa humana tanto no âmbito da sociedade como no da economia, numa exploração de conteúdos que requerem a necessidade de conjugar uma relação de complementariedade e tensão entre os aspectos de direito e de dever do trabalho humano. Abarcando em si tanto a dimensão do direito a manter a vida humana por meio da sobrevivência oportunizada por esse mesmo trabalho, como também a dimensão de dever, uma vez que a sociedade necessita da contribuição de todos para o seu adequado funcionamento e para a harmonização social, é inevitável que tal princípio seja disseminado como eixo condutor de atos e de contratos pactuados tanto entre particulares quanto pelo Poder Público e, ainda, na interação das instâncias.

Note-se que o referido valor, açambarcado como Princípio Constitucional pelo Ordenamento Jurídico pátrio, vem expresso não somente no título referente aos Princípios Fundamentais da República, mas também no título relativo à Ordem Econômica e Financeira, que tem nele – juntamente com o valor da livre iniciativa – a “pedra fundamental” na qual repousa o Sistema Econômico nacional (art. 170 da CRFB).

Numa clara opção por legitimar o valor social do trabalho, incansavelmente, o constituinte o institui, sob um prisma categórico, também como base da Ordem Social, cujo primado é o trabalho humano (art. 193 da CRFB).

Desta feita, partindo da premissa de que uma das funções dos Princípios Constitucionais Fundamentais é orientar, vasta e adequadamente, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas, há que ser vencida essa dificuldade de assimilar uma postura hermenêutica tendente a reconstruir, nos casos concretos, uma unidade

textual da Carta Constitucional capaz de sustentar, em todos os níveis, o trabalho humano como um valor social a ser respeitado pelo Estado e por particulares nas mais diversas dimensões de suas atividades sociais, reconhecendo-lhes sentido, importância e reverência como natural faceta do Princípio Constitucional vetorial que é o da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim pensado, o Princípio do Valor Social do Trabalho não constitui tão-somente uma regra juridicamente ordenada, mas antes um “cordão umbilical” em que o Sistema é realimentado pelo Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana que, a nosso ver, inegavelmente, ocupa local e função (informadora, normativa e interpretadora) em primazia às demais normas, vinculando-as a posicionamentos hermenêuticos que reconheçam a pessoa humana, especialmente na figura do trabalhador e do seu trabalho, como pilar estruturante do Sistema¹³.

1.1.3 O princípio da busca do pleno emprego

O Princípio Constitucional da Busca do Pleno Emprego, em regra é somente mencionado como um mero desdobramento do Princípio Constitucional Fundamental do Valor Social do Trabalho. Porém, há um compromisso nesse estudo de compreendê-lo dentro do mosaico de acepções que congrega os enfoques prescritivos normativos a seu respeito, de modo que a alegação de que se trata de típica “norma programática” carente de maiores considerações, não é por nós acolhida nesse ensaio¹⁴.

¹³ Frise-se que a afirmação feita é sustentada na valorização da *dignidade da pessoa humana* e, em hipótese alguma, é feita de forma a excluir quem quer que seja. Portanto, pauta-se aqui numa visão larga da pessoa do *trabalhador*, incluindo tanto o titular da força de trabalho (empregado), quanto o titular do capital, da propriedade e da livre iniciativa (empregador).

Contudo, é inegável que, num Estado de Direito em que vige o sistema capitalista, há que se dedicar extremo cuidado com a atividade hermenêutica constitucional ocupada com a situação descrita acima, uma vez que, em muitas ocasiões, o *direito de propriedade* é apresentado como atributo de fundamentalidade, a despeito de já ter, em muito, extrapolado a necessária aquisição da *propriedade* como direito humano fundamental. Trata-se de uma ardilosa manobra a serviço do desenvolvimento do mercado e, por meio da qual, o que se visa é, na verdade, igualar os autênticos *direitos humanos fundamentais*, a proteção e a fruição dos direitos reais, bem como dos bens adquiridos pelos proprietários (SILVA, 2005, p.251-252), como o fim de proporcionar um número sem-fim de possibilidade de exercício de acúmulo de capital dissociado de qualquer compromisso social que prestigie a pessoa humana em toda a sua extensão social.

¹⁴ Ver item IV, constante nas pp. 43-44.

De plano, há que se salientar que esse princípio fundamental resta localizado no inciso VIII do artigo 170, inserto no capítulo referente aos Princípios Gerais atinentes ao Título da Ordem Econômica e Financeira da República do texto constitucional. Desta feita, por certo que o dispositivo constitucional em cotejo é uma norma específica dos Direitos Sociais e, assim sendo, fica submetida ao Princípio da Igualdade que, na verdade, será seu instrumento efetivador, por meio do “dever de atuação do Estado, através de prestações positivas associadas à promoção e participação dos interessados” (PENÃ,1997, p.166-167).

Portanto, verificada a qualidade de direitos fundamentais sócio-trabalhistas – estejam eles estruturados como direitos de defesa (liberdades públicas) ou direitos sociais prestacionais (de cunho programático ou não) –, parece-nos inquestionável que gozam de indubitável eficácia.

Nessa linha, firmados no foco de que os direitos sócio-trabalhistas constituem autênticos direitos fundamentais da pessoa humana do Ordenamento Jurídico, há que ser feita em seu favor uma instância interpretativa ampla e lógica no sentido de firmar que é exatamente nessa espécie de direitos que nosso Estado encontra sua própria razão de ser, motivo pelo qual se deve, a respeito deles, ser defendida sua inquestionável efetividade.

Disso advém, naturalmente, a instância da juridicidade e da efetividade plena dos direitos fundamentais sócio-trabalhistas que, na condição de cláusulas pétreas, devem ser tidos e respeitados pelo Poder Público Estatal como direitos equiparáveis aos direitos individuais no que concerne à sua função precípua e à sua estrutura jurídica no Sistema, que os acolheu com destacada importância, tanto por meio das normas originariamente nacionais como em função daquelas estrangeiras que ingressaram pelas portas dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Republicana, motivo pelo qual tem força e poder para serem cobrados quanto à sua concretização por meio do implemento de Políticas Públicas Estatais que os viabilizem em respeito, especialmente, à Doutrina da Aplicação Progressiva, adotada pelo Brasil e que determina que o máximo de recursos disponíveis seja utilizado para concretizá-los.

Isso é afirmado em consonância com o objetivo de justiça social da República brasileira, pautada na reserva do possível ante o inegável e exposto interesse do Estado brasileiro em prever ou destinar recursos financeiros aptos a concretizarem a busca do pleno emprego. Afinal, trata-se de um princípio estabelecido prioritariamente pelo constituinte originário, na qualidade de objetivo fundamental (incisos I e III do art. 3º) e de finalidade essencial da República, estando, portanto, o Poder Público a ele subordinando e, corolariamente, obrigado a efetuar despesas públicas coerentes com as opções políticas e as metas assumidas democraticamente, até que seu fim seja efetivamente alcançado.

Um equívoco hermenêutico vem sendo, constantemente, cometido, qual seja: atrelar o valor do trabalho humano às possibilidades econômicas e não em correspondência às necessidades humanas.

Ao contrário, esse mesmo hermeneuta é chamado a ficar atento a dois princípios fundamentais fixados pela Constituição da República: a Dignidade da Pessoa Humana e o valor social do trabalho, como concretizadores da Justiça Social, como seu fator viabilizador para que, de fato, a Ordem Econômica fundada na valorização social do trabalho humano possa realmente buscar o Pleno Emprego. Tudo num verdadeiro “coser” construtivo e reafirmador do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, vetor do texto constitucional, verificado, por exemplo, pelas normas balizadoras insculpidas no caput do artigo 170 c/c os incisos III e VIII do artigo 170 c/c os incisos XXIII do artigo 5º c/c o inciso IV do artigo 7º.

Gnosiologicamente, Souto Maior (2000, p.173-185) adverte que o problema do desemprego não é, por certo, um mal exclusivo do Brasil. Aliás, em função dele, muitos venderam – honesta ou desonestamente – a flexibilização como medida de fomento e fim desse problema. E, tendo se tornado um problema de estrutura social, acaba se tornando também uma peça de manobras eleitoreiras que, tão rápido como surgem, se esvaem após seu fim.

Ante o sobredito, estamos convencidos de que o desemprego é um problema, também, da ciência do Direito e não simplesmente da Economia, motivo pelo qual a

atividade hermenêutica constitucional é responsável por criar elos entre o espectro da lei e o das aspirações e das necessidades sociais.

Portanto, apesar do propósito desse trabalho não ser buscar respostas econômicas à crise do desemprego – perspectiva que nem os próprios economistas demonstram ter –, parte-se de uma visão transdisciplinar do problema em que tanto o Direito como a Economia são ambas ciências (sem qualquer prevalência de uma em relação à outra) sociais a serviço da pessoa humana, num eterno comunicar-se que sabiamente é sintetizado por Grau (1996, p.40), ao aduzir que “A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia”.

Nesse panorama, dando continuidade a essa linha de raciocínio, o Direito do Trabalho também tem o seu papel e este, ao que tudo indica, não tem como findar, uma vez que

... mesmo que de formas diferentes, haverá pessoas trabalhando para outras pessoas e esta fonte material do direito do trabalho fará sempre emergir a necessidade da regulação dessa relação, ainda que de modos diversos, mantendo-se sempre viva, enquanto durar a humanidade, a razão de ser do direito do trabalho, pelos enquanto prevalecer a noção de justiça social.

[...]

Assim, ainda que as pressões econômicas se façam no sentido da derrogação dos direitos sociais, a base existencial desses direitos, simplesmente, não deixará de existir; pelo contrário, será nessas condições que se fará sentir com maior intensidade. (SOUTO MAIOR, 2000, p.159 e p.161).

Talvez essa seja a outra realidade em matéria de emprego que o Direito pode propor, caso se intensifique a prática hermenêutica-jurídica com ênfase analítica e existencialista, coerente com a nova hermenêutica constitucional e capaz de abandonar um Direito do Trabalho estereotipado pelo discurso neoliberal e corroborar para o fortalecimento do Direito do Constitucional do Trabalho em várias vertentes concretas, de acordo com as especificidades do Sistema Jurídico em que se consolidam.

Fazendo do Princípio da Busca do Pleno Emprego um dos referenciais do Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, desmistifica-se o certo e o errado cultuado como norma vetorial, incitando o hermeneuta para, a partir de

uma visão sistêmica e experimentalizada com a realidade social, observar que a uniformidade na escolha do valor social do trabalho humano firmou-se não por ser o constituinte originário um “ser” caridoso, bonzinho ou “de esquerda”¹⁵, mas sim porque o emprego é bom para todos.

Cumpra dizer que, nesse “todos”, estão incluídos empresários e empregados, uma vez que o emprego produz benefícios para toda a sociedade política e economicamente organizada, posto que, além de ambos serem trabalhadores, são eles de igual modo consumidores e, portanto, pessoas portadoras do mais alto valor para a economia que neles enxerga sua “fonte de vida”, sendo esse certamente o motivo pelo qual Souto Maior (2000, p.160 e 173) afirma que “a produção necessita do consumidor e necessita, portanto, do trabalhador”, motivo pelo qual a retórica neoliberal de que o desemprego é uma forma infalível para a diminuição dos chamados “custo sociais do trabalho” é esquizofrênica, já que os trabalhadores desempregados deixam de ser consumidores e, via de consequência, não há o escoamento da produção, deixando o empreendedor impossibilitado de obter lucro.

Portanto, longe de ser o Princípio Constitucional da busca do pleno emprego um receptáculo vazio de regras jurídicas, há de se firmar o papel interpretativo e aplicativo do Direito nesse particular, a fim de que sejam empenhadas forças voltadas para uma “solidariedade voltada para a utilização das instituições jurídicas no sentido de instrumentalizar a justiça social” (2000, p.163), tão almejada e necessária a todos, indistintamente.

1.1.4 O princípio da relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa

¹⁵ As expressões inseridas, neste momento do estudo a que nos propomos, podem ser, para alguns, equivalente a extrapolação de uma postura “academicamente ideal”. Contudo, isso se justifica porque o paradigma filosófico, por nós eleito, é a fenomenologia-existencial, da mesma forma que o nosso método de abordagem é o dialético-fenomenológico-existencial-hermenêutico (Ver pp.14-15). Ademais, nossa opção é a interpretação e a aplicação do Direito conforme uma perspectiva fenomenológica-existencial, pronta a propiciar à compreensão a condição humana a partir de sua facticidade, além dos dados de sua experiência individual e social.

Além do trabalho humano ser um valor fundamental do Estado brasileiro – conforme se depreende dos incisos III e IV do artigo 1º –, é pertinente salientar que tal valor está definido no artigo 6º como um direito social que tem sua valorização e está primado tanto na Ordem Econômica (art. 170) quanto na Ordem Social (art. 193), sendo um corolário natural do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – insculpido no inciso III do art. 1º –, uma vez que dele se extrai a possibilidade de uma existência digna, uma das finalidades da Ordem Econômica deste país.

Amoldada tal premissa revificadora do próprio Ordenamento, somos levados a reconhecer as normas constitucionais que restam atreladas ao princípio da relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, verdadeiro desdobramento do princípio do valor social do trabalho humano, parte premente e inerente aos direitos fundamentais sócio-trabalhistas, arrolado como chave de abertura – inciso I do artigo 7º – do rol que os apresenta no texto constitucional, além de outros que visem à melhoria das condições de vida do trabalhador que labuta em prol do desenvolvimento dessa nação.

Sussekind (2001, p.119-148) introduz sua abordagem sobre a matéria salientando sua íntima ligação com o tema da estabilidade do trabalhador no emprego e esclarecendo que o dispositivo normatizado no inciso I do artigo 7º adveio como consequência de um “acordo” entre os interesses representados pela Assembléia Constituinte e objetivou a substituição da pretendida estabilidade pela indenização compensatória, motivo pelo qual se vinculou, em sede de Disposições Constitucionais Transitórias, um determinado valor que vigeria a esse título até que viesse uma Lei Complementar dispondo sobre a questão.

Do texto produzido, deduz o mesmo autor que aquilo que se desejou através da norma em comento foi tão-somente que se dificultasse a despedida arbitrária por meio da imputação de um “plus” de onerosidade ao empregador, ou seja, o interesse econômico também aqui fica reproduzido, visto que claramente se observa a tendência no sentido de proteger, no máximo, uma “indenização”, ao invés de impor limites ao direito potestativo de dispensar do empregador, inviabilizando ou mesmo

proibindo a dispensa arbitrária ou imotivada e, sendo assim, justificar a dispensa passou a ter muito mais relevância do que manter o emprego.

Nesse contexto, cai de uma vez por todas a estabilidade decenal (art. 492 CLT), passando a obrigatório o regime do “FGTS” (inciso III do artigo 7º da CRFB), quase que como antídoto para o pretenso “mal da estabilidade do trabalhador no emprego”.

O problema crucial do dispositivo em tela, a nosso ver, encontra-se no fato de que a manutenção da relação de emprego deve ser alcançada, já que a verba dela advinda tem natureza alimentar, o que significa dizer que, para o trabalhador, o “salário” significa a possibilidade de “comer” e, tendo se alimentado pode, aí sim, ele e seus familiares sobreviverem, quiçá, dignamente.

Portanto, numa visão sistemática do Direito, por onde quer que partamos para formular nosso raciocínio acerca da temática, inevitavelmente nos defrontaremos com o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana que pode funcionar, ou melhor, ser viabilizado nos espectros das relações laborais de emprego, através do princípio da relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, responsável pelo direito à garantia de emprego devidamente albergado pelos incisos III e IV do artigo 1º da Carta Magna, bem como pelos artigos 170 e 193.

Posto que está superada qualquer celeuma em torno da aplicabilidade e da efetividade dos direitos fundamentais sócio-trabalhistas, cujo caráter de direito fundamental e de cláusula pétrea já não mais pertine voltar a ser discutido a essa altura de nosso estudo, limitamo-nos à citação de Silva (2004, p.288-289) que, ao lecionar sobre a garantia (relativa) do emprego, esclarece:

Prevaleceu a fórmula que não é de todo satisfatória, conforme disposto no art. 7º, I, pela qual se assegura a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Protege-se a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar. O que fica dependendo da lei complementar: a definição do que seja relação empregatícia ou a definição do que seja dispensa arbitrária ou sem justa causa? Temos para nós que a garantia do emprego é um direito, por si só bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela

previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata, de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (despedida arbitrária e justa causa) que delimitam sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória da garantia de permanência no emprego. Se a Constituição garante a relação de emprego, o princípio é o da sua conservação e não o da sua substituição.

Desvelada a tendência predominante entre os intérpretes e os aplicadores do Direito Constitucional do Trabalho com relação a tal norma jurídica, dada à sua redação talvez pouco apropriada, no aspecto hermenêutico constitucional, tudo impele a que se entabule uma interpretação não mais subserviente somente aos interesses econômicos que tanto valorizaram a suposta ineficácia e a inefetividade de normas relativas aos direitos fundamentais sócio-trabalhistas, mas, ao contrário, ousa firmar uma interpretação que, reconhecendo a indubitável força normativa da Carta Constitucional, seja inspirada na conjugação do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o princípio do valor social do trabalho humano em seu desdobramento de Garantia (Relativa) do Emprego, protegendo a relação de emprego contra as dispensas arbitrárias ou sem justa causa ao invés de deixá-las ao arbítrio do interesse econômico e empresarial, fazendo letra morta dessas normas fundamentais através de uma interpretação que não guarda qualquer coerência com o atributo da regra legal em apreço dessa norma de aplicabilidade imediata.

Disso, verifica-se que as lições de Silva (2001, p. 288-290) se apresentam em total harmonia com o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, que norteia o Direito (Constitucional) do Trabalho, deixando esclarecido que se encontra superada qualquer dúvida acerca da *mens legis* ter sido a de conservar a relação de emprego, de modo a assegurar o reconhecimento de que a Constituição garantiu a cada trabalhador o direito de ser protegido contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Dessa feita, a partir desse raciocínio lógico, juridicamente formulado, não se justifica a manutenção de uma timidez inoperante hermenêuticamente, a ponto impedir que se usufrua de toda a plenitude de tal norma jurídica, uma vez que a necessidade de lei complementar pode ser facilmente contornada através de algumas construções hermenêuticas, dentre as quais salientamos: tomar por definição para a “despedida arbitrária” aquela inserta no artigo 165 da CLT; adotar o entendimento de que “despedida sem justa causa” é toda aquela que não esteja elencada nas hipóteses do

art. 482 Consolidado; e, ainda, manter o cabimento, a validade da indenização em casos de dispensas arbitrárias ou sem justa causa, daquele *quantum* do quádruplo “da porcentagem prevista no art. 6º, caput e §1º, da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966”, nos casos concretos em que o empregador insista por romper com a relação de emprego ou nas situações em que a reintegração seja desaconselhável ante a eventual relação de animosidade que possa existir entre os sujeitos do contrato de emprego.

Assim resta confirmado que as normas jurídicas mencionadas convivem em conformidade com o Ordenamento, seus objetivos e seus fundamentos. Tal convívio, apesar de não se dar de forma “linear”, é travado assimilando-se e decifrando-se, mutuamente, na prática experimentada.

Do sobredito, surge a esperança de que a atividade hermenêutica, nesse aspecto, possa se dar de forma totalmente destemida de qualquer acusação de desrespeito à independência das funções precípua do Poder Público, a ponto de acabar por instigar o legislador a regular tal matéria com a tão esperada lei complementar, há tantos anos aguardada.

1.1.5 Os direitos da personalidade na relação de emprego como dimensão do Princípio da Dignidade Humana

Cabe agora elaborar uma análise do que sejam os direitos da personalidade, mirando a relação de emprego¹⁶.

Na consolidação desse marco, torna-se imprescindível registrar o que habitualmente se costuma identificar como personalidade na língua portuguesa, em conformidade com Houaiss (2001, p.2196):

1. qualidade ou condição de ser uma pessoa
- 2 o conjunto de qualidades que define a individualidade de uma pessoa moral
- 3 aspecto visível que compõe o caráter individual e moral de uma pessoa, segundo a percepção alheia (era visto como uma interessante)
- 4 aquilo que diferencia alguém de

¹⁶ Vide também artigos 11 a 21 do CCB.

todos os demais; qualidade essencial de uma pessoa; identidade pessoal, caráter, originalidade (a marca de sua p. era inconfundível) 5 aspecto que alguém assume e projeta em público, imagem (com seu recente modo de interpretar lançou uma nova p.) 6 conjunto de características que distingue uma pessoa, um grupo de pessoas, uma nação (a p. lusitana).

Já a concepção jurídica do verbete sob análise é definida por Bittar (2004, p.1-3) como sendo “da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a rigidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”.

Portanto, a fim de fixarmos nossa compreensão sobre a temática, de plano registramos que, sem dúvida, no aspecto de compreensão semântico-lingüística, por certo que tal concepção acaba por englobar o jurídico, haja vista que a noção jurídica de personalidade não se funda como uma instância liberta e extrínseca de nossa língua, ao contrário, conta com aquela tanto na compreensão quanto na própria denotação jurídica que se pretende formular.

Assim, faz-se necessário ressaltar que partimos da premissa semântico-lingüística de que a personalidade humana é o conjunto de qualidades individuais e diagnosticáveis que define a pessoa como indivíduo único e singular perante os demais e, sendo assim, deduzimos que juridicamente os direitos da personalidade são aqueles dedicados em proteger, holisticamente, o patrimônio moral da pessoa humana em suas dimensões psicológica, social, ideológica, individual e estética; todas responsáveis por apresentá-lo, para além de si mesmo, perante seus pares.

A noção que abraçamos parece eliminar dúvidas acerca da capilaridade existente entre os direitos da personalidade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, demonstrando que – conforme compreensão da expressão que adotamos acima –, sendo a dignidade da pessoa humana a consciência do próprio valor, cultivado pelo indivíduo considerado por si mesmo, ante a sua natureza humana, ela inevitavelmente acaba se realizando, juridicamente, também através da proteção dos direitos da personalidade, eis que comprometidos com a salvaguarda de valores inerentes à personalidade da pessoa humana, ou seja, à forma e ao conteúdo

relacionados ao modo como ela mesma é diagnosticada por si e pelos outros componentes da sociedade na qual está inserida.

O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana constitui, na verdade, a maior razão de ser dos direitos denominados como da personalidade, sendo, portanto, um corolário lógico que a proteção de tais bens jurídicos tenha se dado em nosso ordenamento, para além de outros diplomas infraconstitucionais, ou seja, no próprio seio da Carta da República – conforme pode ser verificado por meio do inciso X do artigo 5º – ante a relevância dos valores aos quais estão ligados, quais sejam: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem.

Nos desdobramentos típicos da experiência humana, seja na esfera individual, seja na social, tais bens sempre estão a permear a interação das relações humanas, especialmente no aspecto da competitividade, em que o individualismo imperante acaba por inaugurar um jogo muitas vezes cruel – caracterizado por desprezar a vida e a dignidade de quem quer que seja! – na qual o que está em “quadra” é a capacidade do desempenho das potencialidades de cada um nos mais diversos “ringues” da arena social.

Ademais, na seara dos direitos fundamentais sócio-trabalhistas, é enorme o vigor com que incide descaso à tutela jurídica dos direitos da personalidade, provavelmente pela característica da desigualdade econômica existente entre os contratantes. Nesse sentido, Mallet (2004, p.1309-1316) ressalta que os direitos da personalidade com reflexo mais direto no Direito Constitucional do Trabalho são aqueles ligados à vida, à integridade física, ao nome e à intimidade, especialmente da pessoa humana do trabalhador empregado.

Instituído um recorte de abordagem em torno dos Princípios Constitucionais Fundamentais e apresentados os enfoques que sustentarão este estudo, nesse instante talvez já se possa perceber, mais nitidamente, a razão de ser da Dignidade da Pessoa Humana no sistema jurídico construído pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, no que concerne ao universo sócio-trabalhista em que as relações entre capital e trabalho são travadas, tendo por essência bens jurídicos cujo diálogo é extremamente difícil e delicado, ante a gana com que os interesses contrários dos

atores sociais se relacionam, raramente se compondo em conformidade com tal Princípio Constitucional Fundamental vetorial.

1.2. O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA

Referindo-se aos fundamentos do Estado brasileiro, o inciso IV do artigo 1º da Carta Republicana enuncia, por sua vez, num mesmo dispositivo legal, estar ele sustentado tanto no valor social do trabalho como na livre iniciativa. Isso significa que restam elevados à condição de Princípios Constitucionais dois valores advindos da Teoria Constitucional dos Direitos Fundamentais, nascidos em duas fases diversas, quais sejam: a segunda e a primeira etapa, respectivamente e, portanto, advindos de duas plataformas emancipatórias diferentes, já que enquanto o princípio constitucional da livre iniciativa se apresenta como um corolário natural do direito fundamental à liberdade (incisos II, XIII e XVII do art.5º), o princípio constitucional do valor social do trabalho, por seu lado, se dá por conhecer por via da igualdade (*caput* do art. 5º). Na verdade, isso só serve para robustecer a posição do constituinte originário de abarcá-los de modo a integrar todas as dimensões Direitos Fundamentais do Homem, numa postura de plena harmonia com a doutrina que aponta como sendo algumas das características desses direitos à indivisibilidade e à universalidade.

Como se pode depreender da norma jurídica transcrita, curiosamente diagnosticamos que ambos os Princípios Constitucionais foram colocados lado a lado, num único dispositivo normativo, como se o constituinte originário quisesse dizer “algo mais” mediante tal simbolização, que a princípio pode parecer paradoxal, mas, de fato, não o é, uma vez que a Constituição do Brasil não pode ser compreendida apenas em função da lógica de um só desses princípios, posto que seu conteúdo vai muito além das evidências que cada qual deles isoladamente demonstraria, especialmente, quando nos atemos ao Princípio Jurídico Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana.

Aliás, Sarlet (2006, p.75) leciona que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é detentor de um caráter normativo e vinculante, “seja na dimensão jurídico-normativa, seja na perspectiva objetiva e, seja como fundamento de posições subjetivas”, pois é

um Princípio Constitucional genesiano a todas as demais normas jurídicas, nele se iniciando e encerrando a própria unidade de todo o Sistema Jurídico-Normativo vigente. Dessa feita, tanto a livre iniciativa como o valor social do trabalho, no ordenamento pátrio, amalgamam-se em torno da dignidade da pessoa humana.

O mais interessante do sobredito é a verificação de que no Estado Democrático de Direito nacional, ideais liberais e sociais convivem calcados, mutuamente, na necessidade de equilíbrio e de viabilização do próprio sistema, consoante dizeres de Silva (2001, p.764):

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art.1º, IV).

Portanto, se, por um lado, os intérpretes e os aplicadores do Direito parecem se ocupar e cuidar, quase que, sem reservas, dos valores, dos interesses e dos dogmas abraçados pelo mercado global, num sopro de esperança – pelo menos na retórica! – de assim conseguirem alcançar a tão ansiada justiça social; por outro lado são também chamados a se deixar conduzir por toda a amplitude e dimensão dessa norma jurídica que, coerentemente, conjuga, sem qualquer antinomia, Princípios Constitucionais da mais alta importância para a dinâmica do sistema e da própria ideologia abraçada pela Assembléia Nacional Constituinte, qual seja, a democracia social, com relação a quem, no aspecto da hermenêutica constitucional, também se está atrelado e, portanto, convidado a impor o diálogo entre tais valores.

Há que se acrescentar que, fortalecendo nossa opção referente à corrente filosófica da fenomenologia-existencial, Reale (1998, p.46-47) é denso e preciso ao sustentar que

Não é a letra da Constituição, mas o seu espírito, ou seja, os seus valores dominantes e específicos que devemos procurar realizar, sob pena de

continuarmos a viver, como até agora temos vivido, à sombra de um constitucionalismo aparente. Para a formação dessa consciência política, é indispensável o debate das idéias que nos impõe fidelidade às que elegemos.

E se me objetarem que tenho dado excessiva importância às ideologias, responderei que elas, entendidas como idéias políticas matrizes, são salutares à vida das Nações, e que, ademais, não podemos olvidar a acabrunhante advertência de Bertrand Russel, a que já fiz referência alhures, de que, enquanto os povos desenvolvidos formam suas teorias políticas a partir de sua própria experiência, os subdesenvolvidos ou em desenvolvimento começam a sua experiência política a partir de ideologias recebidas de fora, e, o que é pior, sem examiná-las cuidadosamente. Já é tempo, por conseguinte, de afrontar as opções ideológicas em constante e direito contato com a nossa própria existência.

Dentro dessa linha de raciocínio, pautada por uma visão iterativa de todas as concepções principiológicas, que não podem subsistir por si só, nem prescindir uma da outra, já que inserida na realidade por nós experienciada contemporaneamente, torna-se impraticável sustentar a dicotomização desse princípio em relação ao do valor social do trabalho, sob pena de desrespeitar a própria lógica do sistema que tem no Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana a razão de sua existência.

Assim sendo, com um olhar integrativo e dialético, cabe-nos, portanto, açambarcá-los a todos esses princípios até então analisados, como variantes naturais daquele que, axiologicamente lhes orienta e inspira a todos.

1.2.1 O princípio da função social da propriedade

Aqui, mais uma vez, é estabelecida na consolidação principiológica do Direito Constitucional pátrio uma verve conciliadora entre valores aparentemente antagônicos, quais sejam, propriedade e função social. Valores que habitualmente seriam atrelados a pretensões, respectivamente, individual e social, se agregam num movimento de clara coerência Sistemática e em harmonia com o nosso Estado democrático social, que no aspecto ideológico é explicado por Silva Neto (2005, p.24) como sendo aquela que “alia a atuação do Estado em prol da efetivação dos direitos sociais à liberdade de iniciativa econômica”.

Trata-se de uma instância coerente com o Ordenamento, afinal, no Estado fundado não há espaço para que a propriedade vise tão-somente ao interesse de seu proprietário, a despeito do atendimento do interesse social. Além disso, frise-se que essa concepção acerca da propriedade não tem nada de “moderna”; muito pelo contrário, remonta a 1919, quando a Constituição de Weimar, através do seu artigo 153 estabeleceu a inédita fórmula da *função social da propriedade* (COMPARATO, 1999, p.186), que permanece até os nossos dias em todas as democracias ocidentais contemporâneas.

Nessa mesma esteira, posicionou-se a ONU em 1986 ao adotar por meio de sua Assembléia Geral a Declaração do Direito ao Desenvolvimento, ao inferir que “a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento”. Tal afirmação constante no referido documento internacional da ONU, por mais que constitua, simplesmente, uma das suas recomendações políticas e morais aos Estados-Membros – sem qualquer efeito vinculante –, é também reafirmada por outro documento internacional, qual seja, a Declaração e Programa de Ação de Viena (ALVES, 1994, p.149), por meio da qual a ONU, mais uma vez, infere:

Reconhecendo e afirmando que todos os direitos humanos derivam da dignidade e do valor inerente à pessoa humana, e que esta é o sujeito central dos direitos humanos e liberdades fundamentais, razão pela qual há de ser a principal beneficiária desses direitos e liberdades e participar ativamente de sua realização.

Desta feita, por certo que esse amplo reconhecimento da função social da propriedade, seja como princípio inspirador, seja na qualidade de princípio normativo, atingiu a interpretação desse ente jurídico, acarretando significativas alterações para tais Ordenamentos que, por muito estiveram alicerçados nas premissas liberais da individualidade, da liberdade e da propriedade.

Ante esse panorama inevitável que o ordenamento jurídico nacional também passasse a se estruturar de modo a centrar-se na lógica de estabelecer como superada qualquer tentativa de se atribuir um caráter absoluto à propriedade, já que incompatível com as expectativas e necessidades sociais e com a consciência de que seu uso indiscriminado pode acarretar danos inimagináveis e irreparáveis a toda a sociedade civil.

Nesse quadrante, o estudo da propriedade privada e, conseqüentemente, das relações dela originadas ficou impregnado de uma consciência nascida da convicção de que o *poder* não resta mais concentrado tão-somente no Estado – visto que ele está vulnerável às circunstâncias econômicas impostas pelo mercado global –, estando, inclusive, cada vez mais tênue a zona limítrofe entre o público e o privado (BESSA, 2006, p.99-100), motivo pelo qual a Dignidade da Pessoa Humana é o fundamento, a razão de ser, da própria República (inciso III do art. 1º da CRFB). Isso resgata o tom de intransigência em relação a esse o axioma jurídico-constitucional e, em contrapartida, abranda a dogmaticidade e o individualismo que se pretendia perpetuar acerca do caráter intocável da propriedade.

No que diz respeito a essa visão purista de um individualismo que persiste em remanescer quanto à propriedade privada, Bobbio (2004, p.1024), em plena consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, adverte que no que tange aos já construídos esquemas conceituais relativos à relação de propriedade privada, é necessário que sejam feitas as necessárias adequações científicas à luz da cultura das sociedades modernas ocidentais, afirmando que:

Muitos equívocos, e até mistificações, têm precisamente a sua origem na confusão de planos (indivíduo-grupo) e na confusão dos elementos do processo, não suficientemente identificados quanto à sua posição e conteúdo. É freqüente essa confusões não serem criticamente advertidas.

A este propósito, é conveniente observar como, no nosso sistema cultural, o conceito corrente de Propriedade privada continua a identificar com o sujeito a relação-processo o indivíduo. É assim que fazia a ideologia da burguesia, quando do seu nascimento e consolidação. Os valores Indivíduo-Propriedade-Liberdade se apresentaram como imprescindíveis nas teorias político-econômicas “clássicas”, que encontravam correspondência nas teorias da evolução natural, baseada na luta pela sobrevivência, teorias igualmente clássicas que também foram expressas pela classe burguesa do século XIX.

Contudo, no âmbito sócio econômico em que se reconhecem as características peculiares das sociedades ocidentais contemporâneas, a expressão propriedade privada se refere cada vez menos a indivíduos singulares e cada vez mais a grupos organizados.

Assim sendo, por certo que, na mesma medida em que é garantido o direito de propriedade ao indivíduo ou organização (inciso XXII do art. 5º), também se exige que ele cumpra com sua função social (inciso XIII do art. 5º), ou seja, que referida propriedade privada seja um instrumento em prol do bem-comum na visão mais holística possível, podendo-se inclusive afirmar que, com base na Teoria

Constitucional dos Direitos Fundamentais, atualmente, algumas formas de propriedade nos parecem em nada equivalentes a um direito humano fundamental. Aliás, nesse sentido, leciona Bessa (2006, p.100) que a propriedade, como direito fundamental, “se presta especialmente a atender às necessidades daqueles que ainda não tiveram concretizados esse direito”, motivo pelo qual deve ser compreendido como um “direito-meio”.

Daí, através dessa comunhão de perspectivas acerca da propriedade como direito subjetivo e como função social, percebe-se também que esse Princípio Constitucional em nenhum momento assume a conotação negativa de submissão e coerência com o Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, mirando-o como um vetor para o qual se enverga até aquele que denota o mais clássico dos valores do liberalismo, de modo a assumir, na versão abraçada pelo ordenamento jurídico pátrio, também um veio do próprio regime democrático, uma vez que, sintonizado com tal princípio maior, a utilização efetiva da propriedade é re-dimensionada com vistas à consolidação e viabilização da vida digna de todos, especialmente no que tange à Ordem Econômica nacional, conforme se extrai dos incisos II e III do art. 170 da Carta da República.

1.2.2 O princípio da função social da empresa

Do que foi aludido, é possível depreender que o Princípio da Função Social da Empresa é um desdobramento direto do Princípio Social da Propriedade que, orquestradamente, funcionam tornando o efetivo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Portanto, se a primeira vista se constate que tanto o Princípio da Função Social da Propriedade quanto o Princípio da Função Social da Empresa, *a priori*, pautam-se em valores como os da liberdade, da propriedade e da individualidade; por outro lado, não há como negar que ambos possuem um mesmo eixo de desenvolvimento nos vieses interpretativo e aplicativo: sua função social, desdobramento inexorável do próprio Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade Humana.

Belmonte (2004, p. 537), após conceituar a propriedade com sendo “o direito real de usar, gozar, dispor e reaver bem móvel ou imóvel”, comenta sobre o §1º do art. 1258 do Código Civil brasileiro, declarando que:

Nos termos do §1º do art. 1228, do Código Civil, o direito de propriedade deve ser exercido conforme as suas finalidades econômicas e sociais, ou seja, de modo a permitir o ajuste da conveniência privada ao interesse público.

Ao contrário da concepção individualista que caracterizava a sociedade de outrora, o direito de propriedade vem sendo cada vez mais relativizado, de forma a permitir uma inserção social compatível com o interesse coletivo.

Em atenção à função social da propriedade, são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem (§2º do citado art. 1228); a sua utilização deve preservar o meio ambiente; a posse, por outrem, principalmente para a exploração, pode levar à aquisição (por exemplo, §4º do art. 1228); a necessidade ou utilidade de sua destinação à comunidade pode levar à desapropriação (§3º do referido dispositivo legal); a liberdade de construir fica limitada pelas exigências do poder público quanto às posturas; a liberdade de exercício de atividade deve também observar as exigências do poder público.

A função social da propriedade está na sua aptidão para, com respeito ao direito alheio, satisfazer necessidades e proporcionar utilidades que possam concorrer para o bem comum.

Desta feita, resta identificada por meio da dialogicidade travada entre o Direito Civil e o Direito Constitucional (inciso XXIII do art. 5º c/c inciso III do art. 170) a atual tendência valorativa reconhecida à propriedade em geral de bem vinculado à função social (SILVA, 2001, p.281-282) que, noutras palavras, pode ser entendido como um bem cujo fim também é viabilizar o “bem comum”.

Aliás, o sobredito pode ser facilmente comprovado através das explanações sobre os verbetes empresa e emprego, feitas pelo mestre Miguel Reale a esse respeito, no Relatório Final da Comissão Especial do Código Civil, consoante se pode perceber:

Foi empregada a palavra “empresa” no sentido de atividade desenvolvida pelos indivíduos ou pelas sociedades a fim de promover a produção e a circulação de riqueza. É esse o objetivo fundamental que rege os diversos tipos de sociedades empresariais, não sendo demais realçar que, consoante terminologia adotada pelo projeto, as sociedades são sempre de natureza empresarial, enquanto as associações são sempre de natureza civil.

O aprofundamento da temática descortina toda a riqueza e a representatividade de todos os signos encontrados no verbete e nas expressões sobre as quais nos debruçamos, revestindo-se de via de compreensão para o verbete “empresa” que,

numa unidade de espécie do gênero propriedade, inegavelmente é alicerçada num regime jurídico comprometido e vinculado essencialmente com a função social.

Esse evolutivo repensar-se do Direito em relação à *empresa* sob a lente da função social, afigura-se extremamente necessário especialmente quando se tem em mira o conjunto de incontáveis relações e obrigações jurídicas (contratos) que despontam como feixe da atividade empreendedora e refletem, direta e gravemente, alterações substanciais no seio da sociedade, sendo que isso se dá de modo especial para as comunidades de trabalhadores e de consumidores, bem como para meio-ambiente.

Substituindo aquela visão da empresa calcada em fins individuais e liberais descontextualizados do sistema jurídico nacional e da própria essência do Estado Social e Democrático de Direito, obtém-se como regra – não mais como exceção – uma natural restrição ao uso, gozo, posse e gerência da empresa como entidade jurídica e propriedade que é, exigindo-lhe, a partir de então, uma responsabilidade social que recai tanto sobre as conseqüências de seus atos e *funções internas* – sobrevivência e continuidade –, como também sobre as *externas* – organização da produção e abastecimento –, ambas necessariamente fundamentadas e orientadas pelos Princípios da eqüidade, da boa-fé e da proporcionalidade, de modo a temperar e a conformar a autonomia privada, expectativas sociais e fins sociais do Direito e, conseqüentemente, a inadmitir desarmonias entre meios e fins e a punir os abusos e desvios de poder, estabelecendo uma proporcionalidade de importância da empresa para a sociedade que numa parceria cíclica lhe deu a oportunidade de explorar seus recursos naturais (bens de uso comum ao povo) e seus “recursos” humanos (pessoas), produzindo “junto com os bens e serviços de consumo geral, resultados materiais sob a forma de gases, dejetos, compostos químicos, etc., de modo que as conseqüências do livre agir, na propriedade e nos direitos alheios, não só vistos individualmente, mas, muitas vezes, alcançando dimensões supra-individuais” (BESSA, 2006, p. 101-109 e 127).

Não há dúvidas, pois, de que, sendo a empresa – conforme tratamento dispensado no Título II do Novo Código Civil – “a atividade economicamente organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços” (BELMONTE, 2004, p. 509), o empresário, seu sujeito de direito, ao exercer a atividade econômica (direito), deve

fazê-lo de modo a estabelecer (dever) uma conexão, estreita e inseparável, entre a produção ou circulação de bens e serviços e a função social, de forma a viabilizar uma convivência harmônica e razoável entre os mais distintos interesses envolvidos (proprietário, trabalhador, consumidor, empresas concorrentes, sociedade civil, Estado, etc.) e de maneira a – em especial na esfera do Direito Constitucional do Trabalho – gerar a circulação de riquezas e a proteção da relação de emprego, em respeito ao Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim é que a propriedade e a empresa atrelam-se numa única unidade contextual, qual seja, a função social, enveredando-se para um novo conceito pelo caminho da nova concepção da empresa, construída em torno da crítica à ideologia do “acúmulo pelo acúmulo” e do repensar do próprio sistema democrático de direito, devidamente firmado num momento jurídico-constitucional em que o Ordenamento – baseado nas experiências históricas do homem, certamente aquelas vivenciadas no episódio da Revolução Industrial – esquivou-se de todos os paradigmas e os estereótipos liberais que se instituíram em seu redor por muitos e muitos anos, tão-somente como forma subjacente de uma implicação jurídica que levava à convicção da possibilidade de dispor, plena e ilimitadamente, de alguma coisa, sem qualquer compromisso ético e social e, portanto, em total desrespeito à existência digna da pessoa humana, axioma em que se funda todo o sistema jurídico nacional.

A presença dos estratos do liberalismo e da democracia referidos é fato bastante compreensível por conta da busca pela unidade sistêmica, a despeito da pluralidade de valores da ordem jurídica na qual se verifica, nesse particular, quase que numa obsessão dialética perseguido pela Assembléia Nacional Constituinte, o ideal de estabelecer um enfoque da propriedade e da empresa, que concilie interesses particulares e sociais, capital e trabalho, sem excluir um ou outro.

2 SOLUÇÕES TEÓRICAS PARA A COLISÃO DE PRINCÍPIOS

“... as circunstâncias fazem os homens tanto quanto os homens fazem as circunstâncias.”

(Karl Marx e Friedrich Engels)

Após ter apresentado aqueles que, segundo nossa concepção, se constituem os pilares de nosso estudo, desembocamos neste capítulo, munidos da convicção heideggeriana de que o homem – vinculado ao seu tempo e ao seu espaço, ou melhor, à sua realidade e à sua existência – é marcado por idéias sempre concebidas a partir de sua capacidade primeira de viver a vida situado no mundo em que está inserido. Assim, ao nos debruçarmos nesta empreitada intelectual, detivemo-nos em instrumentos criados pela racionalidade e pela sociabilidade, de modo a buscar alguma saída para as tensões atuais e futuras, pautada na contribuição de propostas anteriormente apresentadas (MAMMAN, 2005, p.53-54).

Já tendo sido fincados referidos pilares, a partir de agora se detém este estudo na análise dos Princípios Constitucionais, com base no já experimentado social e doutrinariamente no seio do Direito Constitucional comparado e pátrio. Desta feita, após sistematizados os conceitos de direitos fundamentais e princípios constitucionais, bem como a concepção que abraçamos acerca de tais normas jurídicas, passaremos, em seguida, a analisar as propostas teóricas dos estudiosos selecionados, os quais, a propósito, constituem a mola-mestra da hermenêutica constitucional contemporânea.

Antes de adentrarmos em cada uma dessas teorias, convém esclarecer que estamos cientes de que qualquer sistema de classificação a que se recorra como sustentáculo das teorias do conhecimento pode ser encarado por dois prismas antagônicos: se, de um lado, é inconteste a sua efetividade como pressuposto metodológico e tentativa de percepção/demonstração das similitudes e das divergências que residem no objeto de estudo; de outro, não há como deixar de reconhecer a arbitrariedade (e relatividade) de que se costuma revestir o exercício classificatório.

A problemática da classificação nas normas jurídicas perpassa a evolução da crítica e as Teorias da Constituição configurando, ainda hoje, assunto polêmico e sem solução sob muitos aspectos, especialmente se tivermos em conta que o Direito, em seus múltiplos matizes, dificilmente se adequa ao pragmatismo de muitas das teorias que em torno dele se edificam.

De toda forma, é preciso analisar e refletir sobre o meio mais adequado do trato da temática. Sendo assim, fazemo-lo de modo a agrupar as concepções jurídicas que julgamos mais enriquecedoras para esse fim, buscando os pontos de convergência que nelas se detectam, consoante o objeto desse ensaio.

Cientes de que não há mais lugar, nas teorias modernas, para a metodologia jurídica pura, desenvolvemos a reflexão relativa a esse ponto de nosso trabalho, pautados em teorias críticas contemporâneas que deram atenção gradativa aos anseios sociais e, deste modo, acabaram por contribuir com o atual sentido do Direito, sendo esse o motivo pelo qual elegemos tais juristas e suas idéias para esta caminhada.

2.1 CORRENTE JUS-POLÍTICA LIBERAL E NÃO-UTILITARISTA ESTADUNIDENSE: A PROPOSTA DE RONALD DWORKIN

A fim de iniciar esta análise em relação à teia de propugnações científicas existentes, damos partida reconhecendo destaque ao pensamento contemporâneo do jusfilósofo norte americano, professor da matéria “jurisprudência” na Universidade de Oxford, Ronald Dworkin e sucessor¹⁷ do “juspositivista moderado”¹⁸, Harbert H. L. Hart – cujos estudos e a contribuição teórica se detiveram em rever John Austin e suas idéias, fazendo uma releitura mais ponderada e saudável tanto do formalismo, quanto do ceticismo, corrigindo alguns dos excessos de ambas as proposições (HART, 1994, p.161).

¹⁷ Dado colhido da obra de Norberto Bobbio (1995, p.101).

¹⁸ Filiação ideológica divulgada por BOBBIO (1995, p. 108 e 133), quanto ao seu posicionamento frente ao Direito.

A grandeza da contribuição teórica formulada por Dworkin advém de sua tentativa em jungir a Teoria do Direito à Filosofia, como para tática que propiciasse o encontro do Direito com a Moral e do Direito Positivo com o Direito Natural, o que é feito com tamanha densidade que descortina para a Ciência do Direito um véu de possibilidades até então obscuras ou superficializadas.

Nesse contexto, é inaugurada uma etapa histórica da evolução do Direito batizada como “neopositivismo” (BONAVIDES, 2004, p.265). Aqui é que Dworkin se localiza e se dedica a tecer uma impiedosa crítica ao jus-positivismo, no sentido de denunciar o seu equívoco em ter o texto de lei como a “fonte preemente do Direito” (BOBBIO, 1995, p.132), ou seja, a lei seria a “fonte das fontes” do Direito, de modo que, assim, ela ocupe a centralidade do olhar do hermeneuta, que, se atento às leis estatais elaboradas a partir de uma racionalidade tal, ter-las-iam como dotadas de uma validade tal que, hipoteticamente, atingiria a tudo e a todos indistintamente, bastando dita “ferramenta” para solucionar os problemas trazidos do seio da sociedade no Estado de Direito.

A partir dessa premissa, de plano, DWORKIN assenta alguns dos preceitos-chave de sua teoria, aduzindo que “O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público” (2002, p.27-28). Nessa acepção, fica evidenciado o compromisso do jurista em não afastar o direito da realidade experienciada pela sociedade civil e, assim, naturalmente, alcança seu intento científico de fundir Direito e Moral, alçando a relevância das regras morais a um estágio tal de nelas praticamente residir a legitimidade da norma jurídica.

Consecutivamente, complementa o sobredito afirmando que, acoplados ao conceito de Direito, estão tratados “os conceitos de padrões que estipulam os direitos e os deveres que um governo tem o dever de reconhecer e fazer cumprir, ao menos em princípio, através de instituições conhecidas como os tribunais e a polícia” (DWORKIN, 2002, p.75), donde se extrai uma posição de vanguarda em relação à aplicabilidade e função do Direito, na medida em que o próprio Poder Estatal deve se

envergar às normas jurídicas, no sentido de estar obrigado a não só reconhecê-las, mas também a torná-las efetivas através de suas instituições.

Portanto, ao se deflagrar como um inevitável e contumaz crítico do positivismo que o antecedeu, Dworkin inicia um movimento de aproximação do Direito com a comunidade que o gerou, buscando compreendê-lo a partir de sua facticidade, ou seja, do mundo dinamizado pelas relações sociais que o elaboraram e com o qual tem incondicional compromisso de estabilizar e regular, conforme o eco de padrão moral adotado por tal comunidade soberana.

Assim, resta verificada a subversão da teórica científica dworkiana frente ao seu tempo, uma vez que, não obstante tenha sua origem no positivismo e esteja inserida no liberalismo político, propugna uma Teoria de Justiça pautada pela inafastável comunhão entre Direito e Justiça como condição *sine qua non* para que o Estado se desincumba de sua tarefa de resguardar a efetividade dos direitos morais de seus cidadãos.

É exatamente a partir dessas vigas mestras que DWORIN apresenta uma arrojada Teoria da Justiça, pautada em perpassar quer o conteúdo das normas, quer os direitos morais que os cidadãos estabelecem entre si e a eles se obrigam mutuamente, quer os direitos individuais e políticos que têm e devem ser cobrados do Estado de Direito, responsável este por criar instrumentos que realmente os efetivem (2002, p.9).

Interessante salientar que, como consequência natural da origem da teoria de Dworkin, corolariamente ela se atém a duas grandes vertentes: retomar a importância e a valorização dos direitos individuais e rever a discricionariedade dos magistrados (JEVEAUX, 2003, p.438), o que acaba por influenciar e trazer uma inegável contribuição para a atual compreensão da Teoria da Constituição, especialmente no que tange à teorização dos princípios.

Adiantando-nos ao aspecto principiológico da sistematização construída por Ronald Dworkin para o Direito, notório que ela desponta no pós-positivismo rompendo com a cultura formalista da época, visto que propugna que a normatividade seja pautada

nos princípios, o que o leva a inferir uma compreensão de que os princípios jurídicos alcançam natureza de normas, sendo assim “normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo, providos nos sistemas jurídicos do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema. Essa norma não pode deixar de ser o princípio.” (BONAVIDES, 2004, p.276).

Posto isso, o Direito, na visão dworkiana, é tido por um Sistema lógico de regras e princípios (2002, p.93-94), sendo ambos claramente distintos entre si ante a orientação que sugerem.

A fim de conceder o devido suporte científico à teoria formulada, Dworkin elabora um esquema de classificação das normas jurídicas até então inaplicável ao Direito, eis que, apesar de caracterizado por focar sua visão no sistema, dele extrai princípios que devam guardar coerência com a moral prevalecente na comunidade.

Na teoria de Dworkin (2002, p.31-35), a expressão norma é utilizada como um mero sinônimo de regra e, no que concerne à sua aplicabilidade, esta transposição só será possível na hipótese de ter validade e de prever os fatos atinentes ao caso concreto.

Em sua obra “Levando os Direitos a Sério” (2002, p.36), este teórico define os princípios como sendo padrões (*standards*) não formulados com a estrutura típica das regras. Após, delinea um esquema de classificação bem autêntico acerca dos princípios para a Teoria do Direito. Emerge, daí, uma subdivisão em duas categorias, as quais remetem a uma dinâmica de fundo moral: diretrizes e princípios propriamente ditos. O diretriz (*policy*) é uma espécie de padrão (princípio) vinculado a um propósito político, que clama por um fim a ser atingido em prol da sociedade, seja ele econômico ou social. Já o princípio propriamente dito (*principle*) também configura-se um padrão (princípio) a ser observado, contudo vinculado a uma inarredável conotação moral atrelada à noção de equidade, de justiça.

Nesse sentido, propõe uma estruturação que decifra regras de princípios atrelada à temática da aplicabilidade das normas jurídicas. Dessa forma, quando as condições de aplicabilidade estão necessariamente previstas, está-se diante de uma regra e, em situação adversa, depara-se com um princípio, não por conta de determinações

legais que respaldem sua aplicação, mas sim por subsistir uma razão que migre o hermeneuta até ele.

Num inusitado paralelo analítico, distinguem-se as regras dos princípios, à luz de hipóteses de conflitos de normas, em que restam sublinhadas as diferenças entre esses disjuntivos. Assim, para além de um conceito pragmático, estabelece uma linha de raciocínio lógico o bastante para que se deduza que, na hipótese de um conflito de normas, deve haver a prevalência de uma regra sobre outra, sendo que aquela que prevalecer há de ser inevitavelmente considerada válida devido a sua maior relevância para a solução do caso concreto. Em relação a isso, afirma que, no conflito de normas, porventura existentes entre regras, estabelece-se uma lógica do “tudo-ou-nada”, através da qual haverá a suplantação de uma regra em detrimento de outra, ante sua maior validade na regulação de dado comportamento, não obstante ambas tenham sido constituídas de modo formalmente válido (DWORKIN, 2002, p.39 e 41).

Na seqüência, estatui uma distinção lógica entre essas duas espécies da norma jurídica, afirmando que, para a aplicação dos princípios, não basta um esquema detido tão-somente na conhecida subsunção jurídica. Provavelmente, o jurista adota uma postura mais cautelosa em relação ao assunto, devido ao espectro de incidência dos princípios que, de tão amplos, acabam por não se vincular a situações específicas.

Nesse contexto, Dworkin adverte que os princípios devem ser aplicados conforme o seu valor, diversamente do que acontece com as regras que, na hipótese de interferência mútua, são aplicadas com base no “tudo-ou-nada”, numa visão maniqueísta do exercício classificatório. Contudo, no que concerne aos princípios, eventual conflito há de ser solucionado de acordo com o “peso” ou força de cada um deles que eventualmente esteja em conflito, mas de toda forma a eleição do hermeneuta por um deles não significa que o outro princípio perca essa qualidade ou não faça parte do sistema, haja vista que noutra situação tal ponderação pode se dar naturalmente, através de uma necessária inversão do nível de importância que anteriormente lhe foi atribuída (DWORKIN, 2002, p.41-42).

Ante o esposado, verifica-se que essa propugnação de Dworkin – em certo ângulo irreverente em relação aos padrões da época –, é responsável por propor uma Teoria da Justiça capaz de jungir Direito e Justiça, validade e moralidade no próprio seio da Constituição. Com isso, acaba tendo o condão de trazer um suporte lógico-didático tal a ponto de se ter internalizado na Teoria do Direito Constitucional contemporânea, distanciando-a drasticamente do reducionismo da ciência do Direito como uma ciência formal fundada na norma e, portanto, disposta a sobrepujar manifestações políticas e sociais.

A despeito de se questionar a originalidade (ou não) da abordagem de Dworkin, bem como independentemente de sua teoria nada mais ter sido além de uma versão interpretativa dos postulados teóricos de Hart, o que se observa é que, muito embora este estudioso (HART, 1994, p.303 e p.313-316) tenha afirmado que a textura aberta do Direito proposta por Dworkin seja permeada por alto grau de incertezas, a ponto de estar mais próxima de uma teoria filosófica temerária acerca dos juízos morais, por certo que se pode perceber, nessa teorética, avanços significativos ao se empenhar em apontar propugnações às fragilidades da concepção juspositivista. Isso fica patente quando trata os princípios como direito (BONAVIDES, 2004, p. 267), entabulando uma valiosa contribuição para a Teoria do Direito, competente o bastante para alterar-lhe a feição, bem como quando parte da dignidade humana e da igualdade política como idéias salutares para que os direitos sejam levados a sério, consoante a visão que Jevaux (2003, p.190) tem da teoria da obra de Ronald Dworkin:

Os direitos são levados a sério a partir de duas idéias mínimas: dignidade humana e igualdade política. Significa um dever do Estado de seguir uma teoria coerente sobre os direitos dos cidadãos e de ser congruente com as ações que professa nesse sentido. Em resumo, levar os direitos a sério representa: 1) o respeito do Estado ao direito de resistência dos cidadãos contra decisões que restrinjam direitos injustamente; 2) a impossibilidade de os direitos individuais serem anulados por razões de “bem geral”; 3) as normas básicas não devem ser a lei do conquistador, ou da “classe dominante” sobre a “classe dominada”, como em MARX; 4) “la institución de los derechos [...] representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas”.

Essa vertente emancipatória do pensamento jurídico, que cultua a retratação e a aplicação dos direitos morais com respaldo no texto legal, é imperiosa para os objetivos a que se propõe esse trabalho, que mais adiante será revisitada, mormente

no que tange à Dignidade da Pessoa Humana, manifestada em nosso ordenamento jurídico como princípio constitucional fundamental.

2.2 CORRENTE DOGMÁTICA PÓS-POSITIVISTA ALEMÃ: A PROPOSTA DE ROBERT ALEXY

A concepção de Alexy de matiz principialista, inspirada em Dworkin relativamente ao conceito de norma (BONAVIDES, 2004, p.276-283), por certo que significa para o pós-positivismo um avanço significativo em pelo menos duas frentes: na conceituação das entidades em que a norma se desmembra e na coerência da elaboração teórica que formula, valendo salientar que o jurista alemão amplia o olhar de Dworkin, na medida em que elastece o conceito de princípios, não os restringindo à órbita dos direitos individuais.

Sendo assim, essa combinação de contribuição não deve ser encarada como uma mera nova versão dos ideais do juspositivismo empenhado por se manter vivo. Ao contrário, trata-se a teorização do mestre alemão de uma formulação inovadora (se não transgressora em seu dogmatismo), que amplia o significado da juridicidade dos princípios e que firma, de uma vez por todas, seu *status* de norma jurídica. Mas sem dúvida de que, por outro lado, como consequência natural de sua origem, ao revisitar o Direito, carece ela de reparos por não estar livre de uma imperfeição hereditária que insiste em manifestar-se mesmo nas gerações mais evoluídas, no sentido de negar a dimensão ética, valorativa da validade da norma jurídica.

De toda feita, é na concepção pós-positivista alemã de Robert Alexy, que se encerra a polêmica sobre a juridicidade dos princípios, tradicionalmente tidos por referências universais e genéricas cuja única função seria inspirar as normas que deles derivam e, via de consequência, nortear os atos interpretativos e aplicativos dessa mesma norma.

Na verdade, aqui o pensamento de Ronald Dworkin é retomado por Alexy, dentro do sistema do *civil law*, o qual, na medida em que busca formular “um modelo mais diferenciado” (1997, p.90), deixa subentender que o modelo do jusfilósofo americano

careceria de reparos e complementações, por certo que impregnado da dogmática na qual se insere o sistema do *civil law*. Definitivamente, esse posicionamento doutrinário sustenta ser o sistema jurídico composto pelo gênero normas, do qual os princípios e as regras seriam as espécies.

Portanto, a despeito das inúmeras alegações por meio das quais se expressa o dissenso existente entre os positivistas e os naturalistas, os positivistas e os pós-positivistas, acerca da necessidade de os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana constituírem ou não princípios e estarem ou não previstos no ordenamento jurídico, para fins desse trabalho tais controvérsias restam superadas, uma vez que adotamos um posicionamento apto a viabilizar o objetivo ao qual nos propusemos, qual seja: no sistema jurídico nacional, conforme regra disposta no inciso I do artigo 5º da Carta da República, os direitos fundamentais são normas que vinculam a tudo e a todos, seja qual for o caso concreto. Assim, basta-nos tal premissa para nos adequarmos à reflexão acerca das questões sistemáticas.

Feitas tais considerações, insta salientar que, na teoria de Alexy – segundo Jevaux (2004, p.04) vinculada à Jurisprudência dos Conceitos de Puchta, especialmente no que se refere ao formalismo jurídico e a idéia lógico-formal do sistema – os significados das expressões “direitos fundamentais”, “norma de direito fundamental”, “enunciado/disposição de direito fundamental” têm significados e implicações díspares.

Os direitos fundamentais constituem-se em algo subjetivo que necessitam de uma norma de direito fundamental para que sejam reconhecidos explícita ou implicitamente na Lei Fundamental, embora possam também dispor sobre coisa diversa que não seja necessariamente um direito fundamental. Nessa vertente, o enunciado/disposição de direito fundamental é aquilo que está positivado e que informa o que é permitido ou proibido, seja na qualidade de princípio ou de regra (JEVEAUX, 2004, p.5-6).

Com efeito, em Alexy, os Direitos Fundamentais apresentam-se no sistema com o caráter de Princípios, tendo, inclusive, ambos as mesmas características, que podem ser sintetizadas em algumas especificações básicas:

- a) possuem alto nível de generalidade em relação ao meio fático;
- b) são mandados de otimização, ou seja, possuem recomendação obrigatória;
- c) são mandados deônticos relativos, porque dependem da realidade fática e jurídica;
- d) não são hierarquizados entre si;
- e) ao se inter-relacionarem podem colidir sendo a solução para essa colisão obtida através ponderação (JEVEAUX, 2004, p.8-11).

Nesse viés, é essencial compreender que, na perspectiva de Alexy, os princípios são tidos como uma categoria deontológica, ou seja, compõem o universo daquilo que é considerado obrigatório e, nessa condição, acabam por ser responsáveis por garantir uma coerência lógica ao Sistema, uma vez que evitam contradições quanto ao dever-ser das regras. Aliás, as regras se distinguem dos princípios, por serem eles mandados de otimização que determinam que algo seja realizado o mais amplamente possível, respeitada a realidade jurídica existente; enquanto elas, apesar de também serem mandados de otimização, somente admitem seu cumprimento integral ou o seu não-cumprimento por via da simples subsunção jurídica (ALEXY, 1997, p.86-87).

É essencial ainda que se compreenda que, quanto à distinção de regras e de princípios na teoria formulada por Alexy, parte ele da consideração de que os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível – respeitadas as realidades jurídicas e reais existentes –, sendo eles caracterizados como mandados de otimização, cujo cumprimento se dará num maior ou menor grau, em proporção à existência ou não de colisão com outros princípios. Nessa mesma linha, conquanto as regras também sejam consideradas mandados de otimização, no que concerne a sua interpretação, sendo válidas, só se deve dar-lhe o alcance que nela está previsto e, portanto, ao aplicá-las, somente restará uma alternativa (ALEXY, 1997, p.86-87).

Desta forma, partindo-se do pressuposto de que os Direitos Fundamentais têm *status* de Princípios ao assumirem a forma de Enunciados Normativos, deduz-se que sempre que os Direitos Fundamentais forem alçados ao grau de Princípios poderá haver colisão entre eles.

Considerando a premissa de que, ao se relacionarem, os princípios podem se tornar incompatíveis entre si, Alexy (2001, p.92-95) cria uma Lei de Colisão destinada a resolver eventual embate através de uma ponderação de precedências e pesos dos Princípios em colisão, não obstante leciona que eles estão sempre no mesmo nível hierárquico, possuindo, tão-somente no caso concreto, diferentes pesos. Dessa feita, propõe que, na análise da precedência, sejam verificadas as conseqüências fáticas e jurídicas que a aplicação de cada Princípio acarretará no caso em exame e, para tanto, apresenta como ferramenta analítica o Critério da Proporcionalidade que se compõe de três fases distintas:

- 1) adequação: ao analisar as possibilidades fáticas que envolvem dada colisão, não deve haver desvio da real finalidade de cada um dos princípios em exame;
- 2) necessidade: em seguida, propõe que se indague se o meio escolhido era o único possível e existente para que fosse solucionado o problema, bem como se o meio empregado foi mais benéfico e menos restritivo ao indivíduo;
- 3) proporcionalidade: por fim, em permanecendo a colisão, ela há de ser resolvida através de duas “leis de ponderação”, sendo que:
 - 3.1) a 1ª lei de ponderação é atinente à relação “custo-benefício” entre a escolha por um Princípio em detrimento do outro e as conseqüências jurídicas que tal resolução irá acarretar, diagnosticando-se qual é a mais razoavelmente importante para o caso concreto;
 - 3.2) a 2ª lei de ponderação é baseada na análise da dimensão de intervenção num Direito Fundamental que, quanto maior for, maior também devem ser os fundamentos que justificam a adoção de dada medida para a resolução da Colisão.

Na teoria de Alexy, também consta outra diferenciação – trata-se da distinção apresentada entre princípios e valores. Assim, apesar de serem “os princípios que conduzem os valores ao plano institucional, conferindo-lhes uma perspectiva de realização” (SALDANHA, 1998, p.133-134), segundo lição do jurista alemão, eles possuem características diversas, uma vez que os princípios têm característica deontológica, enquanto que os valores possuem a característica axiológica (ALEXY, 1997, p.147), o que, em síntese, significa afirmar que se, por seu lado, os princípios carregam em si a obrigação do “dever ser”, estando adstritos ao próprio Sistema, os valores; de outro lado, indicam uma conduta que se sugere seja adotada (ou não) e

que está intimamente vinculada à moral social. Contudo, como já salientado, são os valores que introduzem os princípios no ordenamento.

No que concerne às colisões de princípios de direitos fundamentais, ensina Alexy (1998, p.2-4) que elas podem se manifestar de duas formas: *estrita* e *ampla*, sendo que aquela envolve dois ou mais direitos fundamentais independentemente de terem eles caráter idêntico ou não; e, por outra via, esta se relaciona a um Direito Fundamental a cujo exercício se pretenda e a um valor constitucional (bem coletivo) que se pugne por preservar.

Nesse íterim, cumpre registrar que, conforme tal classificação, observa-se que a colisão de Princípios de direitos fundamentais em *sentido estrito* pode se dar entre Direitos Fundamentais idênticos, como também entre Direitos Fundamentais diversos.

Em *sentido estrito*, a colisão que envolve direitos fundamentais idênticos, na prática, pode se dar de quatro formas:

- a)** entre direitos fundamentais de mesma natureza, mas exercido por titulares diferentes;
- b)** entre o exercício de um direito fundamental de defesa de uma pessoa e o direito de proteção de outra pessoa;
- c)** entre as dimensões negativa e positiva de um mesmo direito fundamental exercido por titulares diversos;
- d)** entre o aspecto fático e o aspecto jurídico de um mesmo direito fundamental.

Ainda em sentido estrito, podem entrar em rota de colisão direitos fundamentais distintos, a cujo exercício titulares diferentes pretendem.

Já a colisão em *sentido amplo* ocorre quando se está diante de direitos fundamentais individuais e interesses fundamentais coletivos, por isso a solução proposta por Alexy há de se pautar no reconhecimento de uma mais alta consideração a ser dispensada aos valores constitucionais de ordem pública, o que, em hipótese alguma, significa a predominância de hierarquia entre qualquer um deles sobre o outro.

Aliás, no que tange à hierarquia já mencionada, insta declarar que a teoria formulada por Alexy não propõe nenhuma precedência entre princípios, o que vale dizer que, segundo essa elaboração teórica, nem mesmo o Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana não teria, em hipótese alguma precedência absoluta sobre qualquer outro princípio – salvo se estivesse se inter-relacionando com uma regra.

Não obstante a proposta do mestre alemão – notadamente ao preceituar que tanto as *regras* como os *princípios* se traduzem em expressões deônticas proibitivas ou permissivas do mandado (ALEXY, 1997, p.83) – cuja grande crítica se situe na negação da carga valorativa de sua teórica e no fato de ser por demais pretencioso crê e defender que uma “fórmula” seria capaz de dar conta de alcançar e adaptar-se à toda e qualquer realidade do mundo real em suas dimensões histórica, moral e social; especificamente em relação ao ordenamento jurídico nacional (empenhado em sustentar, já a partir dos compromissos fincados no preâmbulo do texto constitucional, o caráter fundamental do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana), embora necessitando de ajustes de adaptações que procuramos nas propostas teóricas dos demais juristas aqui mencionados, por certo que ela nos parece pronta a enriquecer em muito a perspectiva do trabalho que aqui se pretende elaborar (absolutamente relacionado com a temática da interpretação constitucional) no que diz respeito à conduta atinente à operação exegética na qual se sustenta.

2.3 CORRENTE JURÍDICA SOCIAL-DEMOCRATA PORTUGUESA: A PROPOSTA DE JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO

Esclarecemos, desde já, que a seleção do mestre lusitano como um dos doutrinadores em quem se reconhece a contribuição de enriquecer o axioma da Teoria dos Princípios foi pautada não só no intento de com ele entabular um diálogo revivificador no que concerne a conceitos já firmados sobre princípios e suas colisões, mas também no fato de nos propiciar um referencial paradigmático de um jurista capaz de se debruçar densamente no estudo dos clássicos da teórica principiológica do Direito Constitucional – inclusive aqueles por nós eleitos como referenciais teóricos.

A nossos olhos, esse jurista português não viria simplesmente a reboque de Dworkin e Alexy; ao contrário, apresenta-se como um dos mais respeitados estudiosos de língua portuguesa do Direito Constitucional, ante a densidade de suas reflexões, notadamente no que concerne ao redimensionamento da problemática contemporânea atinente à Teoria dos Princípios no espectro constitucional.

Sem relegar a maestria e a responsabilidade com que o autor elabora sua leitura e formula suas teorias sobre a temática eleita como cerne deste ensaio, é imperioso salientar que a contribuição de Joaquim José Gomes Canotilho para o Direito Constitucional Português e, via de conseqüência, para o Direito Constitucional Brasileiro foi gerada no contexto do Estado Social Europeu, o que significa dizer que sua análise está inserida em uma realidade, por nós, jamais experimentada em sua plenitude.

Nesse quadrante, é imperioso que os olhares dos estudiosos brasileiros estejam prontos a descortinar contribuições teóricas distantes e inadequadas ao estudo da essência e dos problemas do Estado Democrático de Direito brasileiro, o qual, não obstante também seja um Estado Social, entrou em crise antes mesmo de se consolidar, motivo pelo qual nós, cidadãos dos irmãos portugueses, ainda buscamos conquistas sociais, políticas e econômicas que já se tornaram realidade em Portugal.

Aliás, talvez seja essa a razão pela qual careçamos de formulações jurídicas nascidas em nosso seio que, pautadas na competência e acuidade de Canotilho, se façam comprometidas com a efetividade do Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana em relação ao cidadão do Estado Social brasileiro. Isso, de maneira alguma, deve resultar em inércia e em inoperância.

Delineadas tais observações, partimos para a compreensão de parte da obra de Canotilho.

Inserido no contexto do Estado Social Europeu, pautando-se no conceito de Direito e na distinção de *princípios* e *normas* classicamente formulados pelas mais importantes teorias contemporâneas, o mestre português, aberto aos novos olhares da Hermenêutica Constitucional Contemporânea, tem sua preocupação voltada para a

aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais. Para tanto, revela-se afinado com duas escolas: a “jurisprudência dos valores” (também conhecida como “jurisprudência dos interesses” ou “jurisprudência dos princípios”) e a “jurisprudência dos problemas” (denominada de “jurisprudência tópica” ou “a Tópica”), seguindo essa trilha de modo a harmonizar as direções de ambas as jurisprudências a fim de elaborar proposições comprometidas com a aplicabilidade imediata das normas constitucionais que prestigiam um sistema aberto em que a natureza teleológica tem maior importância do que a natureza lógica (BONAVIDES, 2004, p.284-285).

Em Canotilho, a Constituição é entendida como um sistema aberto de regras e de princípios, dotados de diferentes graus de concretização, ou seja, de distintas densidades semânticas (1998, p.1088 e 1099) e, nesse sentido, após fixar que “o sistema jurídico do Estado de direito português é um sistema normativo aberto de regras e princípios”, esclarece que se trata de um sistema jurídico por ser uma dinâmica de normas jurídicas; caracteriza-se por ser aberto ante sua disposição estrutural pronta a estabelecer o diálogo, através do qual as normas constitucionais podem mudar conforme as alterações detectadas no cerne da sociedade e de acordo com o conceito que venha a se firmar sobre verdade e justiça; é normativo, eis que estruturado por normas; e, ao final, revela-se um sistema de *regras* e *princípios*, por serem essas as formas pelas quais as normas se revelam no texto constitucional (1998, p.1085).

Vale dizer que, com vigor, defende ser o sistema composto tanto por *regras* como por *princípios*, o que na verdade compõe uma fórmula de equilíbrio que o permite livrar-se seja da rigidez, seja da insegurança (1998, p.1088). Consecutivamente, declara que “as regras e os princípios, para serem activamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática: o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas cidadãs, passa de uma *law in the book* para uma *law in action* para uma *living constitution*” (1998, p.1089).

Nesse viés, segue o autor apresentando sua tipologia de princípios (1998, p.1089-1093), organizada da seguinte maneira:

- a) princípios jurídicos fundamentais (*rechtsgrundsätze*);
- b) princípios políticos constitucionalmente conformadores;
- c) princípios constitucionalmente impositivos;
- d) princípios-garantia.

Na seqüência de sua teorética, estatui que são considerados princípios jurídicos fundamentais aqueles historicamente objetivados e, de forma progressiva, introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional, sendo fundamentais na oferta de diretivas para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação das normas constitucionais, vinculando inclusive a liberdade da atividade legiferante aos princípios jurídicos gerais. Nesse particular, ensina que tais princípios congregam uma função negativa e uma função positiva, sendo aquela ocupada em não permitir excessos de poder no Estado Democrático de Direito, e esta relacionada à exigência de que o Estado garanta os direitos constitucionais (CANOTILHO, 1998, p.1090-1091).

Adiante, além-se aos princípios políticos constitucionalmente conformadores, designando-os como aqueles que explicam os valores fundamentais abraçados pelo legislador constituinte, ou seja, os princípios definidores da forma de Estado, os princípios estruturantes do regime político e os princípios caracterizadores da forma de governo, ressaltando que se tratam de princípios normativos, motivo pelo qual a atividade interpretativa deve estar conformada a eles (CANOTILHO, 1998, p.1091-1092).

Discorrendo sobre a essência dos princípios constitucionalmente impositivos, apregoa serem eles responsáveis por fixar as diretrizes da atividade política e legislativa, razão pela qual incorporam todos os demais princípios. Desta feita, são eles que “impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas” (CANOTILHO, 1998, p.1092).

Por último, leciona que há os princípios-garantia, ou seja, aqueles que visam instituir direta e imediatamente uma garantia aos cidadãos, sendo tais princípios, de acordo com a teoria de Larenz, “princípios em forma de norma jurídica”, motivo pelo qual o legislador é totalmente vinculado a sua aplicação (CANOTILHO, 1998, p.1093).

Somando as lições de CANOTILHO acerca do conceito de Direito e de Princípios à sua classificação principiológica, infere-se que, na estrutura sistêmica do texto constitucional, “existem em primeiro lugar, certos princípios designados por princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional”, que se concretizam através dos princípios (ou subprincípios) gerais fundamentais responsáveis por lhes conferir densidade, e, estes últimos, por seu lado, se concretizam mais efetivamente através de outros princípios constitucionais especiais. Daí se deduz a formação de uma verdadeira teia de sucessões viabilizadoras da aplicabilidade dos princípios, cuja concretização se encerra e recomeça nos princípios constitucionais especiais e nas regras constitucionais (CANOTILHO, 1998, p.1099-1100).

Destarte, vislumbra-se como é magistral a construção sistêmica do Direito elaborada por Canotilho. Sua contribuição para o conhecimento e para a compreensão da temática atinente ao conceito do Direito e dos Princípios esclarece a dogmática da dinâmica do sistema, conferindo significado ao modo como se relacionam *princípios* e *regras*, ao mesmo tempo em que apresenta uma noção bastante ampla sobre normatividade presente no texto constitucional, o que, a propósito, guarda coerência com seu intento de que os preceitos constitucionais tenham aplicabilidade imediata, a partir da concepção de uma perspectiva estrutural constitucional sincrônica, em que imperam regra e princípio.

Convém destacar que, com relação às regras, Canotilho apresenta uma meticulosa tipologia classificatória (1998, p.1.093-1.098), partindo da sua divisão em normas constitucionais organizatórias e normas constitucionais materiais. No primeiro grupo, estão contempladas três sub-espécies:

- a) regras de competência;
- b) regras de criação de órgãos;
- c) regras de procedimento.

Já as regras jurídico-materiais desmembram-se em quatro compartimentos:

- a) regras de direitos fundamentais, referentes a “todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais”;
- b) regras de garantias institucionais, voltadas a proteger as instituições públicas e privadas e, em função disso, normalmente ligadas “às normas de direitos fundamentais, visando proteger formas de vida e de organização social indispensáveis à própria proteção de direitos dos cidadãos”;
- c) regras determinadoras de fins e tarefas do Estado, que são “preceitos constitucionais que, de uma forma global e abstracta, fixam essencialmente os fins e as tarefas prioritárias do Estado” e que, por um lado, são fracos em densidade a ponto de por si só conseguirem sustentar direitos e deveres dos cidadãos, por outro lado, “qualquer norma contrária ao seu conteúdo vinculativo é inconstitucional”;
- d) regras constitucionais impositivas, dotadas de alta importância, visto que o conteúdo legal materialmente previsto, caso não seja cumprido, acarreta uma omissão inconstitucional).

Esse estudo em categorias traz em si uma noção em *sentido amplo*, constituindo-se em “todas aquelas que fixam tarefas e directivas materiais ao Estado”, atingindo, aqui, os preceitos definidores dos fins do Estado; e em contrapartida um *sentido restrito*, na medida em que “são imposições de carácter permanente e concreto”, devendo estas últimas serem distingüidas em dois subgrupos: imposições legiferantes ou constitucionais, responsáveis por vincular constitucionalmente os órgãos do Estado de modo concreto, uma vez que lhes impõe o cumprimento de tarefas, fixa-lhes as directivas materiais e as ordens de legislar, que são imposições constitucionais direccionadas ao legislador no sentido de que ele elabore leis geralmente voltadas ao bom funcionamento dos órgãos constitucionais.

Não bastasse a classificação referida, segundo Canotilho (1998, p.1086-1087), a distinção entre as duas espécies de normas jurídicas há de ser feita conforme os cinco critérios a seguir mencionados:

- a) Grau de Abstracção: os princípios possuem um grau de abstracção relativamente elevado, ao passo que as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida;

- b) Grau de Determinabilidade:** ao aplicar as normas aos casos concretos, verifica-se que os princípios são vagos, indeterminados, precisando, portanto de medidas concretizadoras, em contrapartida, nessa situação as regras têm aplicação direta;
- c) Caráter de Fundamentalidade no Sistema das Fontes do Direito:** os princípios, diversamente das regras, são normas do ordenamento jurídico que ocupam posição hierárquica superior à das demais normas, ante sua importância de estruturar o próprio sistema;
- d) Proximidade da Idéia do Direito:** os princípios são padrões (*standards*) juridicamente vinculantes e radicados nas exigências de Justiça (Dworkin) ou na idéia de Direito (Larenz), ao passo que as regras podem ser normas vinculativas, mas são dotadas de um conteúdo unicamente funcional;
- e) Natureza Normogenética:** os princípios são a razão de ser das regras e, devido a isso, assumem no sistema o desempenho de uma função normogeneticamente fundante.

Concernente a esses critérios, Canotilho (1998, p. 1087) aduz que os princípios podem ser distinguidos em princípios hermenêuticos (desempenham função argumentativa) e princípios jurídicos (são verdadeiras normas). Acrescenta, ainda, que os princípios “são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos”, enquanto que as regras “são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem)”. Às observações anteriores agrega uma consideração no sentido de que a diferença entre princípios e regras reside no fato de que, na hipótese de existir tensão/antinomia/conflicto/colisão, os princípios coexistem, devendo a solução para o impasse ser buscada na perspectiva da ponderação, salvo no caso de tal confronto se dar entre regras, hipótese em que deve haver necessariamente exclusão de uma das variáveis envolvidas.

Especificamente no último critério visto, observamos a clara influência de Dworkin e Alexy sobre a teorização de Canotilho, de modo que aproveitamos essas considerações para adentrar no ponto que mais desperta nossa atenção para efeitos desse estudo, qual seja, a colisão de princípios constitucionais.

Nessa direção, parte-se da lógica de que, em sendo a Constituição um sistema aberto, deduz-se que, naturalmente, podem surgir em seu seio fenômenos de tensão entre os princípios constitucionais estruturantes, bem como entre os princípios constitucionais gerais e os especiais, quando se está diante de um problema concreto. Nesse viés, faz-se interessante salientar a classificação elaborada pelo mestre português relativamente aos conflitos normativos, a partir da qual agrupam-se em conflito em *sentido amplo* [espécie de embate normativo que envolve um direito fundamental e um princípio ou valor constitucional de idêntica importância (peso)], e, desse desdobramento extrai-se a colisão em *sentido estrito*, sendo esta o choque normativo ocorrido entre direitos fundamentais (CANOTILHO e MOREIRA, 1991, p.135).

Porém, seu enfrentamento da temática limita-se à classificação mencionada anteriormente, partindo em seguida, na esteira de Dworkin, a advertir que, em nome do Princípio da Unidade (axiológico-normativa) da Constituição, não deve haver nem o reconhecimento de uma validade absoluta a qualquer que seja a norma jurídica, conseqüentemente, nem mesmo o reconhecimento da primazia de alguma(s) dela(s) em relação a outra(s), como, por exemplo, algum(ns) princípio(s) em relação a outro(s), devendo qualquer tensão instaurada entre eles ser decidida pela ponderação, diversamente do que ocorre com as regras que na hipótese de conflito há de ser solucionado com base no “tudo-ou-nada” (1998, p.1107-1108).

Nesse veio, adverte que o Princípio da Unidade da Constituição visa à unidade “hierárquico-normativa”, de modo que, partindo da premissa de que a Constituição é um sistema aberto de *regras e princípios*, as normas nela contidas são dotadas de igual dignidade, inexistindo normas tidas por unicamente “formais”, nem mesmo havendo hierarquia a ser observada na lei constitucional. Ao contrário, afirma o professor que não se deveria conceber a existência de antinomias, sob risco de configurar a ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais no âmbito da Constituição (CANOTILHO, 1998, p.1109).

Além da lógica que permeia a construção dogmática no espectro teórico-metodológico constitucional a respeito de sistema, de categorias de normas, de densidades normativas e de processos de concretização normativa, Canotilho vai

além de simples elaborações formais de cunho positivistas, enxergando o Direito como um sistema aberto, ao mesmo tempo em que é vinculado à Política, de cujo universo, aliás, extrai muitos dos princípios constitucionais estruturantes. Além disso, sob esse enfoque, observamos que todo o seu estudo mostra-se inserido no “aqui-e-agora” de sua realidade, ou seja, num Estado-Social português em que já se sedimentaram muitas das conquistas sociais positivadas e reconhecidas como verdadeiros direitos fundamentais sociais, visto que restam superadas a ponto de não mais se formularem discussões anacrônicas em torno de sua efetividade. Comprometido em aproveitar-se das problematizações relativas aos Princípios Constitucionais devidamente consolidados, pauta-se num diálogo honesto entre Política e Direito, com base nas normas postas (na forma de princípios escritos ou não) no texto constitucional português, para investir numa empreitada teórico-normativo-princípial segura (a menos aparentemente), em prol da aplicação imediata dos preceitos constitucionais.

2.4 CORRENTE FENOMENOLÓGICO-EXISTENCIALISTA BRASILEIRA: A PROPOSTA DE INGO WOLFGANG SARLET

É com deferência que reservamos esta seção do trabalho para as proposições teóricas elaboradas pelo jurista brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet, o qual, desde seu despontar na literatura jurídica, tem prestigiado a doutrina nacional de maior relevância, mostrando-se fidedigno ao propósito de voltar seus estudos em busca da ampliação do quadrante de efetividade do *Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana*, axioma ao qual atribui o título de “norma das normas”, numa perspectiva de evolução das bases teóricas a que se afiliou, na medida em que firmou um pacto com a conjuntura brasileira, empreendendo uma intransigente defesa da Lei Fundamental, num momento em que se busca, a todo custo, seu desmonte, notadamente no que tange aos Direitos Fundamentais do Homem na versão sócio-trabalhista.

Assim, as Teorias Principiológicas formuladas por Dworkin e Alexy, após adequadas ao universo português por Canotilho – encontram em Sarlet um seio de amadurecimento e de comprometimento responsável com a consolidação do Estado

Social e Democrático de Direito nacional e com o cidadão brasileiro. Sob esse prisma, consolida-se como autor de uma construção dogmática constitucional - conforme a realidade sócio-política-econômica-jurídica do Brasil -, impregnada de densas formulações teóricas e de entabulações dialógicas com estudiosos da mais autorizada doutrina, o que lhe permite transitar no terreno principiológico da dignidade da pessoa humana. Somente os bem-iniciados na ciência jurídica e os investigadores de temáticas atinentes ao principialismo constitucional, à teoria dos direitos humanos fundamentais com ênfase no veio da aplicabilidade, aos limites das matérias de reforma constitucional, à legitimidade estatal, à real função do Poder Estatal, à repersonalização do Direito Constitucional estariam aptos a fazer uma abordagem dessa natureza.

Cumprido declarar que a conjunção entre o saber jurídico e a noção de cidadania, balizadas pelo olhar da lente da Nova Hermenêutica, tornam suas propostas teóricas expressões fenomenológicas do constitucionalismo nacional, nascidas da experiência jurídica e cívica brasileiras em sua essência, o que, inevitavelmente, elevam-no à condição de jurista brasileiro sintonizado com seus antecessores e contemporâneos.

Reportamo-nos, neste primeiro momento, a uma lição adota pelo Prof. Ingo Wolfgang Sarlet que se contrapõe à corrente capitaneada nacionalmente legada pelo Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a qual encontra, na Lei Fundamental brasileira, dispositivos tais que, apesar de constarem no catálogo dos direitos humanos fundamentais, seriam direitos fundamentais tão-somente no sentido formal. A partir disso, Sarlet (2005, p.150-151) afirma que, embora tais normas pareçam de cunho simplesmente organizatório ou não que pareçam não se enquadrar nos moldes teóricos estabelecidos para a identificação de direitos “materialmente” fundamentais, desde o instante em que o constituinte resolveu reconhecer-lhes tal espécie de proteção, não há que se falar em fundamentalidade “parcial”.

Com efeito, tal delimitação de posicionamento é de vital importância para a nossa realidade constitucional, ante o empreendido pela doutrina constitucional trabalhista, em sua expressiva maioria, que insiste em conceber os direitos fundamentais sócio-trabalhistas a partir de uma interpretação dedicada a reduzir-lhes o significado, uma vez que está pautada na disseminação de um discurso que intenta esvaziar sua

eficácia e aplicabilidade, especialmente por meio do argumento de que se trataria de preceitos normativos de regras carentes de conteúdo a ser fixado pela legislação infraconstitucional.

Conferindo sustentabilidade à proposta de comprovar a eficácia dos direitos humanos fundamentais, Sarlet (2005, p.156-170) mergulha na doutrina alemã e retorna à teoria de Carl Schmitt¹⁹, com o fim de (re) apresentar e revivificar a tese de duplo caráter desses direitos, ou seja, retomar suas perspectivas *jurídico-objetiva* e *jurídico-subjetiva*.

Partindo dessa premissa, leciona que a *faceta objetiva* é uma espécie de “mais-valia jurídica” conferida pela doutrina e pela jurisprudência a essas normas visando reforçar-lhes a juridicidade, diga-se melhor, reconhecer-lhes efeitos jurídicos autônomos, de forma a impeli-las para além da mera perspectiva subjetiva, enquanto que, por outro vértice, infere que a *faceta subjetiva* diz respeito a um leque aberto de possibilidades em favor do titular de um direito fundamental com o fim de atrelar a *norma* que o consagra ao seu interesse concreto, à situação concreta.

Assim, como num tear constante e harmonioso, Sarlet labora em prol do robustecimento relativo à eficácia dos direitos humanos fundamentais, defendendo possuírem eles também uma perspectiva jurídico-objetiva, em favor dos direitos sociais – tão comumente reduzidos em seu significado e alcance pela doutrina e jurisprudências contemporâneas no espectro constitucional –, trazendo, em sua teórica, “o juízo de que esses direitos representam em certa medida uma ordem de valores, compondo uma unidade de ordenação valorativa” (BONAVIDES, 2004, p.568) que lhes tira a pecha de “ficção”, tornando-os irredutíveis devido à necessidade de se respeitarem os *princípios* e os *valores* estabelecidos na ordem jurídica e aos quais estão umbilicalmente ligados, sob pena de se constituir um ataque à própria Constituição.

A sistematização alvitrada por Sarlet, além de arrojada, é bem articulada juridicamente, até mesmo quando se depara com a árida questão classificatória de

¹⁹ A respeito desta teorização, ver também lições de Paulo Bonavides (2004, p. 543-548 e 565-569).

sua teorização, fazendo-a com consistência, ao mesmo tempo em que lança um olhar atualizador sobre os sistemas classificatórios até então apresentados pela doutrina.

Nesse sentido assevera, de pronto, que, para ele, a classificação que mais se apresenta coerente com seu enfoque é aquela que distingue os “direitos fundamentais escritos” ou “direitos fundamentais expressamente positivados” dos “direitos fundamentais não-escritos”. Apesar disso, sob um ângulo de funcionalidade, adota aquela que para si é a mais apropriada, engrandecendo a formulação das diversas categorias de direitos humanos fundamentais com reflexões típica da Nova Hermenêutica, o que lhes trazem um novo sabor e alento. Nessa linha de raciocínio, discorre acerca dos seis critérios classificatórios que abraça:

a) direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa: para além dos direitos à liberdade e à igualdade têm o condão de alcançar as “mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam proteger contra entidades particulares” (SARLET, 2005, p.187). Disso extrai uma outra subdivisão por meio da qual se os distingue da seguinte maneira:

a.1) direitos individuais e coletivos (art. 5º): ocasião em que tece crítica sobre a terminologia adotada no texto constitucional, por entender que, além dela negligenciar a dimensão individual dos demais direitos fundamentais, ainda induz ao erro de equiparar, conceitualmente, “direitos individuais” e “direitos de defesa” (SARLET, 2005, p.192);

a.2) direitos sociais: na verdade, tratam-se de direitos de defesa, não obstante a denominação que a eles for vinculada. Referem-se às liberdades sociais, constituindo-se direitos sociais negativos (SARLET, 2005, p.193);

a.3) direitos da nacionalidade e da cidadania: correlacionam-se ao reconhecimento de uma titularidade de competência, por iniciativa do cidadão, para participar ativamente da formação da vontade estatal (SARLET, 2005, p.172-173, p.197)

a.4) direitos-garantia (garantias fundamentais): observa que grande parte dos preceitos que compõe o capítulo dos direitos e garantias fundamentais da Carta da República também se enquadram na categoria dos “direitos-garantia” que, “além de sua função instrumental, podem ser considerados expressão do autêntico direito subjetivo” (SARLET, 2005, p.199).

b) direitos a prestações: estão relacionados com os direitos fundamentais de segunda dimensão, sendo dotados de uma lógica segundo a qual “a proteção da igualdade e da liberdade apenas faz sentido quando não limitada a uma dimensão meramente jurídico-formal”. Assim, devem ser enfocados sob duas perspectivas distintas (SARLET, 2005, p.205 e p. 209-211):

b.1) em sentido amplo: “dizem respeito às funções do Estado de Direito de matriz liberal, dirigidas principalmente à proteção da liberdade e igualdade em sua dimensão defensiva” (SARLET, 2005, p.210-211);

b.1.1) direitos a proteção: “reportam-se a atuação dos poderes públicos como expressão do Estado Social” (SARLET, 2005, p.210-211);

b.1.2) direitos à participação na organização e no procedimento: na esteira de P. Häberle, relacionam-se com a dimensão procedimental dos direitos humanos fundamentais, ou seja, possuem a qualidade de “devido processo (*due process*) dos direitos fundamentais” (SARLET, 2005, p.213-214);

b.2) em sentido estrito: são os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional que, nessa qualidade, vinculam-se às tarefas do Estado, exigindo que este se comporte como um real Estado-Social (SARLET, 2005, p.218-219, p.222).

Ultrapassado o viés referente ao sistema classificatório, oportuno é também registrar a preocupação de Sarlet no sentido de formular sua análise científica de modo fiel à essência e à problemática do Estado-Social brasileiro.

Certamente essa é uma das razões que o faz aprofundar, ainda mais, na temática da eficácia dos direitos humanos fundamentais, dedicando-se então a analisar a questão da vinculação dos entes públicos – que passa pelos legisladores, pelos órgãos administrativos e pelos juízes e tribunais – e dos particulares aos ditos direitos.

As formulações do autor quanto a essa questão são pautadas em sólido embasamento jurídico e permeadas de responsabilidade social, decorrendo dessa fusão a construção de um suporte jurídico arquitetado o bastante para se opor ao mal da inefetividade que ameaça o próprio Estado Democrático de Direito, visto que, conforme já afirmado alhures, a não- efetivação dos direitos humanos fundamentais sociais, econômicos e culturais inviabiliza o exercício de todos os demais direitos.

Num sentido evolutivo, as construções jurídicas de Sarlet naturalmente acabam por desembocar na temática da vinculação do Poder Público aos direitos humanos fundamentais. Nesse particular, o jurista gaúcho salienta que, embora o Constituinte originário tenha se limitado a proclamar que as normas de direitos fundamentais têm aplicação imediata, através do texto constante no §1º do art. 5º da Carta da República, isso não significa a desvinculação do Poder Público a esses direitos; ao contrário, há de ser compreendido como “um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos” a sua aplicabilidade imediata e a maior eficácia possível, em razão do que há a vinculação de todos os poderes públicos, tanto no sentido negativo, quanto no sentido positivo, em relação à obrigação de “tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais” (SARLET, 2005, p.360-362).

Nesse contexto, torna-se salutar, para efeitos de nossa abordagem, salientar as lições de Sarlet quanto à vinculação dos juízes e dos tribunais aos direitos fundamentais que, para além do aspecto da própria organização administrativa dos tribunais no que tange à atuação desses direitos como “autênticas medidas de decisão material, determinando e direcionando as decisões judiciais”, desembocam em duas disjuntivas: a vinculação dos próprios juízes e dos tribunais à Constituição e aos direitos humanos fundamentais e o controle da constitucionalidade dos atos de todos os órgãos estatais, o que se desdobra em duas vertentes, encontrando-se em uma banda a *dimensão negativa* da vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais – o que consiste em não aplicar preceitos contrários à Constituição ou que ofendam os direitos fundamentais, declarando-se-lhes a inconstitucionalidade – e, em outra banda, a *dimensão positiva* que os obriga a maior eficácia possível perante normas dessa natureza através dos processos de integração, aplicação e interpretação da lei (SARLET, 2005, p. 368-371).

Enfocando a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – excluídos aqueles cujos destinatários são os órgãos estatais, ao tempo em que Sarlet (2005, p.374-377) primeiramente estabelece que, paralelamente ao entendimento de que num Estado de Direito, a liberdade individual necessita de proteção contra o Poder Público e também contra os detentores do poder econômico, os direitos fundamentais são princípios constitucionais cuja aplicabilidade impõe-se diante de

toda a Ordem Jurídica, em seguida registra que remanesce a divergência de teses doutrinárias quanto ao caráter mediato ou imediato da eficácia de tais direitos nas relações entre particulares. Conseqüentemente, defende, sem titubear, com base na previsão contida no §1º do art.5º do texto magno, a tese da vinculação direta (imediata) dos particulares aos direitos humanos fundamentais, limitando-se a pontuar que o modo através do qual tais direitos se aplicam às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, carecendo de formas diversas de soluções nos casos concretos.

Mais à frente, envereda em direção a uma temática que será por nós tratada (por meio dos estudos de caso contidos no próximo capítulo), a qual guarda íntima relação com o Direito Constitucional do Trabalho e sob cuja orientação é fundamental que se registre:

as hipóteses de um conflito entre direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre os direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteadora pela ponderação dos valores em pauta, almejando um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um (SARLET, 2005, p.378).

A partir da observação da densidade do percurso da teoria de Sarlet e considerando os demais marcos teóricos que norteiam o presente estudo, ousamos crer que suas concepções assumam a postura heiddegeriana em busca de uma explicação satisfatória no que concerne ao *modo* como se constrói um enfoque interpretativo acerca da doutrina constitucional brasileira, cujo eixo axiomático deve residir no Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse diapasão, vale destacar a função instrumental integradora e hermenêutica de tal princípio como parâmetro e referência para a aplicação, interpretação e integração do preceito normativo, exortando-se para a necessidade de estabelecer uma hierarquia axiológica no processo hermenêutico, por via da qual esse princípio (e valor) supremo assume sua vocação primeira: tornar-se um traço comum a todo o sistema e, a partir de então, fixar-se em tal processo hermenêutico como uma premissa lógico-interpretativa no sentido de que “em cada direito fundamental se faz

presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2005, p.80, 82-83).

Da teorização de Sarlet, emerge um Direito Constitucional solidário, efetivo e responsável, permeado por uma hermenêutica jurídica constitucional pautada em teorias e argumentações comprometidas com os direitos fundamentais do homem, o que se ajusta perfeitamente ao objeto deste estudo. No viés desse prisma, Sarlet passa a ser o núcleo irradiador dos estudos de caso em que estão depositadas as expectativas de atribuir à prática jurídica o *status* de uma teorização transformadora – ou, quando menos, inquietante.

3 IDENTIFICAÇÃO E SOLUÇÃO DE ALGUNS CASOS DE COLISÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA DIGNIDADE HUMANA

“Em toda Cidade há dois desejos: o dos Grandes, de oprimir e comandar, e o do Povo, de não ser oprimido nem comandado”. (Maquiavel)

Na linha de raciocínio que percorremos até agora e empreendendo uma síntese acerca da compreensão que nos parece a mais adequada ao momento histórico – e fidedigna à realidade sócio-jurídica nacional –, deparamo-nos com aquela que tem raiz na Teoria Constitucional dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana – pautada, essencialmente, em duas premissas básicas: numa firmada no fato de que, por ser o Direito um conjunto de *regras e princípios*, ambos se configuram como *mandados deônticos*; noutra que se finca na premissa de que tais *mandados deônticos* tornam-se vivos e fiéis aos anseios sociais por meio da congregação dos *valores* que norteiam a vida em sociedade, funcionando estes como instrumentos teleológicos para o direcionamento a ser percorrido na aplicação e na interpretação das referidas *normas jurídicas*.

Daí, parafraseando algumas das terminologias constantes nas bases teóricas revisitadas no capítulo anterior, poder-se-ia afirmar (a grosso modo) que, mediante o enfoque por nós defendido neste estudo, tanto as *regras* como os *princípios jurídicos* poderiam ser denominados como *mandados deônticos*, cujo exercício hermenêutico há de ser permeado pelo *sistema de valores* já apreendidos pelo Texto Constitucional, por constituírem uma espécie de axioma do próprio Direito, motivo pelo qual, simbolicamente, podem ser denominados de *mandados axiomáticos* – face à recomendação de sua observação e de sua vinculação no exercício hermenêutico adequado ao tempo e ao espaço de dado litígio.

Especialmente nutridos pela certeza da qualidade de dinamicidade do Direito – cuja relação com os postulados morais o impele a um movimento sem fim, a um constante refazer-se, visando se adequar à ordem social vigente – é que acreditamos ser por demais difícil a sustentação de uma demarcação precisa entre Direito e Moral, pois, apesar de as *normas jurídicas* serem dotadas de significados próprios que esteiam muito da expectativa de uma segurança jurídica mínima, não

há também como negar que, conforme o caso concreto, instauram-se posturas hermenêuticas que ora alcançam uma cosmovisão do texto jurídico, ora reservam-se a um necessário estreitamento do olhar. A despeito disso, uma e outra posição tornam-se ainda mais justificáveis quando o que se busca é a efetivação do Princípio da Dignidade Humana iluminado pela perspectiva da Justiça Social.

O diagnóstico desse oscilar dialético é tímido, pois se limita a pouco avançar num processo ainda dedutivo cuja base é a teoria já existente. Apesar disso, dá seus primeiros passos a partir do instante em que se propõe a trabalhar imbricamentos advindos da reflexão da relação do homem inserido no seu universo, no mundo do qual faz parte, onde a tensão entre teoria e prática se trava no seio das relações concretas, muitas vezes com vistas a retificar verdades estabelecidas sobre dado objeto do conhecimento que deve ser construído ou reconstruído, também, pelo profissional do Direito.

Comprometido com essa postura de buscar (re)encontrar a verdade na experiência vivenciada, é que podemos trazer Gadamer (1999, p.405) para esse contexto do Direito, admoestando-nos sobre a postura fenomenológico-existencial que somos convidados a adotar no momento em que nos debruçamos sobre os textos jurídicos normativos escritos que se nos apresentam:

Quem quer compreender um texto, em princípio, deve estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem 'neutralidade' com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação que se dá destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha, assim, a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias.

É exatamente a partir dessa perspectiva sobre a linguagem e sobre o Direito que elaboramos os contornos deste estudo, estabelecendo os pilares de uma perspectiva ocupada em extrair a essência da experiência humana e da teoria constitucional formulada.

Cabe-nos apresentar a nossa posição acerca dessa aparente colisão de princípios no Direito Constitucional do Trabalho que, diga-se de passagem, nada tem de

inusitada ou inovadora, limitando-se a, no máximo, fazer coro àqueles que crêem na necessidade de o Direito se voltar à pauta dos valores sociais vigentes, vislumbrando-os sob uma lente fenomenológico-existencial.

Trata-se, simplesmente, de uma maneira de tentar otimizar e adequar o Direito à realidade sócio-política vivida no Brasil, a fim de tentar fazer a nossa parte, contribuindo com o conhecimento compartilhado e buscando respostas jurídicas no seio do manancial jurídico-doutrinário sedimentado, em especial, pelos pressupostos teóricos os quais foram abordados no capítulo anterior.

Desta forma, considerando os marcos teóricos que norteiam a presente dissertação – cuja elaboração de sínteses teoréticas se fixaram, essencialmente, na questão principiológica das propostas dos juristas –, apresentamos, sistematicamente, nossa posição a partir da necessária observação das seguintes premissas:

- 1) O Direito é um sistema lógico-jurídico-normativo *aberto*, composto de normas jurídicas, que constituem o gênero das espécies *regras* e *princípios* (normas-valores) distintos pela orientação que sugerem (Dworkin, Alexy e Canotilho);
- 2) A abertura do sistema normativo que é o Direito leva-o a se manter num estado de prontidão para um constante diálogo a ser travado com as alterações ocorridas no seio da sociedade, de modo a impor a alteração da mudança das normas jurídicas, de acordo com o conceito que se tenha firmado sobre *verdade* e *justiça* (Canotilho);
- 3) A validade da *norma jurídica* está intimamente ligada à noção de moralidade da comunidade (Dworkin);
- 4) Os princípios carregam em si a obrigação do “dever ser” (deônticos) e os valores indicam a conduta que se sugere “dever seguir” (axiomas) conforme íntima vinculação com a moral social (Alexy);
- 5) No Sistema, os Direitos Fundamentais apresentam-se como caráter de Princípios, possuindo, inclusive, as mesmas características daqueles em relação a três vieses: possuem alto nível de generalidade em relação ao meio fático; são mandados de otimização; são mandados deônticos e podem colidir ao se inter-relacionarem (Alexy). Todavia, não obstante todos os demais princípios

constitucionais, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana deve orientar, na condição de vetor, a atividade hermenêutica constitucional (Ingo Wolfgang Sarlet);

6) Os Direitos Humanos Fundamentais, inclusive os de natureza social, possuem dupla face eficácia: a *jurídico-objetiva* e a *jurídico-subjetiva*, diante do que sua não-efetivação ataca gravemente a própria Carta Constitucional (Ingo Wolfgang Sarlet);

7) De acordo com a regra constante no §1º do artigo 5ª da Carta da República, não pode restar dúvida de que, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, todas as normas de Direitos Humanos Fundamentais têm aplicação imediata, estando vinculados aos particulares e ao Poder Público no sentido de respeitá-las e efetivá-las (Ingo Wolfgang Sarlet);

8) Os Princípios (e os Direitos Humanos Fundamentais), necessariamente, devem guardar coerência com a moral social da comunidade em relação à qual a Ordem Jurídica se destina a regular o comportamento nas suas mais diversas relações (Dworkin);

9) O que permite a convivência harmônica, livre de rigidez ou de insegurança é justamente o fato de o Sistema ser composto por regras e princípios (Canotilho);

10) O Sistema Jurídico brasileiro é alicerçado sob as bases de um Estado Social e Democrático de Direito, portanto, por uma questão de coerência, a interpretação e a aplicação de suas normas devem partir do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que a visão de proteção individualista da propriedade e da livre iniciativa não se coaduna com essa forma de Estado (Canotilho e Ingo Wolfgang Sarlet);

11) São duas as premissas básicas que fazem com que o Direito seja “levado a sério”: o respeito à dignidade humana e à igualdade política (Dworkin);

12) A Teoria da Constituição hodierna não deve se limitar a tão-somente reconhecer a normatividade dos Princípios (e dos Direitos Humanos Fundamentais) no sentido de obrigar a todos e torná-los efetivos em relação a entes privados ou públicos; mas, para além disso, há de se inspirar nessa alta normatividade como instrumento hermenêutico apto a descortinar para o Direito um véu de possibilidades de soluções legais, morais e legítimas, para inúmeros problemas advindos da facticidade humana (Dworkin);

13) Os Princípios (e os Direitos Humanos Fundamentais) devem ser aplicados, no caso concreto, com base no seu *valor* para a moral da sociedade em questão (Dworkin);

- 14) Em existindo um conflito entre os Princípios (e Direitos Humanos Fundamentais), a solução concreta a ser encontrada deve ter sido eleita com base no seu *valor*, ponderando-se o peso de importância de cada um deles, até afastar a incidência de um em relação ao(s) outro(s) (Dworkin, Alexy e Canotilho);
- 15) A colisão aparente entre Princípios (e Direitos Humanos Fundamentais) pode se dar em dois sentidos: amplo ou estrito, respectivamente cada qual envolvendo, a tensão entre direito fundamental *versus* princípio constitucional, e entre direitos fundamentais de naturezas idênticas ou diversas (Dworkin, Alexy e Canotilho);
- 16) O eixo axiomático da hermenêutica constitucional deve partir do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (Ingo Wolfgang Sarlet);
- 17) No processo hermenêutico, há de imperar uma hierarquia ocupada em tornar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana uma premissa lógica da qual se devem originar todos os atos correlatos, pois, em cada Princípio (e Direito Humano Fundamental), faz-se presente uma faceta ou uma projeção desse princípio constitucional supremo (Ingo Wolfgang Sarlet).

Estabelecidas essas 17 (dezessete) premissas balizadoras dos atos de interpretar e aplicar os Princípios Constitucionais e os Direitos Humanos Fundamentais próprios do Sistema Jurídico nacional, nossa proposta passa, essencialmente, por sugerir a observância de três estágios durante a atividade hermenêutica constitucional:

I. Na hipótese de existência de colisão entre os Princípios Constitucionais (ou Direitos Humanos Fundamentais), há que se atentar para a lógica jurídica adotada pelo Sistema que, naturalmente, impõe às atividades interpretativas e aplicativas em relação à norma jurídica constitucional uma solução que tenha passado, necessariamente, pela busca de reconhecer, no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a origem de todos os demais Princípios Constitucionais (e Direitos Humanos Fundamentais), tratando-se ele de um desdobramento natural, de um núcleo irradiador da razão de ser de todos eles;

II. Caso se verifique uma colisão entre Princípios Constitucionais (e/ou Direitos Humanos Fundamentais), o embate há de ser resolvido conforme o fato concreto e com base nas três fases da *Máxima da Proporcionalidade* elaborada por Alexy, quais sejam:

- a) adequação;
- b) necessidade;
- c) proporcionalidade, momento este em que, na hipótese da colisão ainda prevalecer, há de ser solucionada, sucessivamente, através das *1ª e 2ª Leis da Ponderação*;

III. No contexto do Estado Social de Direito, a interpretação e a aplicação das normas constitucionais, referidas no capítulo “2”, devem ser iluminadas prioritariamente pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e não, simplesmente, pelo da proteção da Propriedade e da Livre Iniciativa, típicas do Estado Liberal.

A partir da proposta embrionária suprafirmada, percebe-se que, em nenhum momento, se questiona a importância do Princípio da Unidade da Constituição da República. Antes, visa-se ampliar esse suporte, tentando sugerir uma maneira de zelar pela coerência dos valores, princípios e direitos fundamentais adotados pelo Ordenamento Jurídico do Estado Social e Democrático de Direito nacional, reforçando sua função de pacificar, a contento dos valores morais vigentes, as relações entabuladas no âmago da sociedade através da atividade hermenêutica constitucional.

A propósito da viabilidade de utilização das três etapas apontadas, conquanto sejam os casos concretos o que naturalmente levam ao encontro de soluções jurídicas diversas, ocupar-nos-emos de fazer uma análise de uma pequena quantidade de Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho – TST, por meio da qual cuidamos de exercitar algumas possibilidades para sua utilização, consoante o que foi visto.

Deter-nos-emos nesses estudos de caso como uma modalidade de pesquisa social empírica, voltada a analisar o enfoque aqui proposto, pretendendo suscitar no leitor o aumento de seus questionamentos sobre algumas matérias cujos entendimentos jurisprudenciais foram cristalizados pelo Tribunal Superior do Trabalho, ao mesmo tempo em que desejamos, ainda, fixar um exercício lógico-jurídico que venha a provocar esse mesmo leitor a buscar alternativas e estratégias nas atividades interpretativas e aplicativas da norma jurídica, que sejam capazes de fortalecer ou de fragilizar juridicamente alguns desses posicionamentos sumulados, certamente, conforme nuances de recortes da realidade sócio-trabalhista nacional, que levou o

TST a retratá-las, conferindo ao vetor principiológico da Carta da República – a Dignidade da Pessoa Humana – maior ou menor grau de prestígio na atividade hermenêutica constitucional.

Portanto, daqui para frente a finalidade de nosso projeto será proceder a estudos de entendimentos simulados pelo TST, após inúmeros casos que lhe foram apresentados com vias de solucionar juridicamente, os impasses comumente suscitados nos litígios forenses.

3.1 A FLEXIBILIZAÇÃO COMO FENÔMENO INTRODUTÓRIO DA TERCEIRIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS TOMADORAS E PRESTADORAS DE SERVIÇOS

O percurso empreendido nas últimas quatro décadas, pelo posicionamento jurisprudencial trabalhista pátrio sobre esta matéria, demonstra a ruptura havida entre a concepção tradicional do *contrato de emprego* e uma concepção mais a serviço do mercado global, em que o Direito vem se adequando ao domínio econômico a ponto de se desejar que ambos caminhem, “*pari passu*”, a serviço dos interesses do capital.

Até mesmo a linguagem da Economia e da Administração impregnaram o Direito, uma vez que aquilo que denominamos de *terceirização* constitui uma expressão cujo uso e significado é inconciliável em relação à Teoria Clássica dos Contratos, já que, em sendo o contrato um instrumento jurídico que envolve duas partes – contratante e contratado –, esse tal “terceiro” é, no máximo, alguém estranho, alheio à relação contratual, razão pela qual dito fenômeno mais se ajusta a uma “*exteriorização*” das atividades da empresa para terceiros, visando que a execução de alguns de seus serviços se dêem por conta de outrem.

Nesse mesmo sentido, entendia o TST que, em 1986, suprindo a ausência de legislação específica sobre a matéria – salvo as leis n. 6.019/74 e n. 7.102/83 –, cristalizou seu posicionamento no sentido de que havia formação de vínculo diretamente com a empresa tomadora de serviços, caso houvesse a ilegal contratação de trabalhadores por empresa interposta, cujas exceções estavam

somente nos trabalhos temporários e nos serviços de vigilância, o que, a grosso modo, significava que aquela Corte era contrária à *terceirização*.

Remontando-nos às décadas de 70 (setenta) e 80 (oitenta), também facilmente se consegue observar que a maior parte da doutrina e da jurisprudência trabalhista pátrias rejeita esse fenômeno de intermediação de mão-de-obra, hoje popularmente conhecido como “terceirização”.

Conforme já inferido, muito de tal rejeição se dava porque a inserção de um “terceiro” na relação de emprego pactuada entre empregado e empregador, com o fim exclusivo de obter lucros dessa relação, marcada por regras contratuais tão específicas e humanizadoras, era o mesmo que admitir a existência de um verdadeiro *marchand* entre os sujeitos do contrato de emprego, o que, sem dúvida, era repudiado sob as lentes da doutrina do Direito do Trabalho.

Ocorre que, trafegando pela dinâmica argumentativa da necessidade de adequar o Direito do Trabalho ao fato social e à realidade experienciada pela sociedade de cada época em que se mostravam novas formas de organizações empresariais no mercado, o TST passou a se defrontar com essa temática de forma inclinada a “adequar” tal ramo da ciência do Direito às regras do mercado econômico global, a partir do momento em que cancelou a súmula anterior e apresentou seu novo entendimento em relação à matéria em cotejo, expresso na Súmula n. 331 por ele editada em 1993 e revista em 2000, cujos termos são os seguintes:

331. I – A contratação de trabalhadores por empresas interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1976).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma de vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de

economia mista, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.6.1993).

A despeito dos demais comentários que serão tecidos acerca do entendimento cristalizado na súmula gizada, é fundamental que se compreenda e fixe que nesse ponto encontramos uma explícita “flexibilização” do Direito do Trabalho tutelada pela mais alta Corte Trabalhista deste país, já que, para além de permitir a “terceirização” de acordo com algumas regras aparentes, na verdade o que se depreende é que tal posicionamento se traduz numa evidente flexibilização do Princípio Protetor do Direito do Trabalho, deixando os chãos da fábrica – onde nasceu, cresceu e se fortaleceu visando a uma maior produtividade agregada à rentabilidade do capital –, para, a partir do final da década de 80 (oitenta) e durante toda a década de 90 (noventa), encontrar repouso e amparo no seio do entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho deste país.

Interessante registrar que, nesse percurso histórico, político e jurídico, já se deixava antever uma propensão do Poder Legislativo em não legislar sobre essa matéria, não obstante os fenômenos da flexibilização e da terceirização já estivessem contextualizados em grande parte das fábricas brasileiras.

Ora, sendo o fato social a fonte capital das fontes do Direito, referida omissão legislativa – e também do Poder Executivo, que nunca se valeu de Medidas Provisórias no intuito de regular a matéria –, pareceu-nos um verdadeiro prenúncio à ruptura doutrinária contratual que se instituiria em seguida no Direito do Trabalho nacional e, o que é pior, carente de normas jurídicas claras e às custas de uma meia-solução jurisprudencial gerada pelo Judiciário Trabalhista cujo teor mostrava sua simpatia à ideologia do mercado no sentido de flexibilizar, terceirizar, desregular e tornar precárias as relações de emprego, sob um véu de licitude e de legalidade.

Em termos da linguagem jurídica, na nova redação criada para regular o fenômeno da *terceirização*, o TST apresentou uma abordagem contraditória composta de uma primeira parte, em que deixa resvalar a manutenção de seu entendimento anterior sobre a matéria (Súmula n. 256), e de uma segunda parte, cujo intento é responsabilizar as empresas tomadoras de serviços, limitando-se, todavia, a lhes

impor uma responsabilidade subsidiária quanto aos eventuais direitos dos empregados cuja natureza, em regra, é alimentar.

Limitamo-nos aqui a evidenciar apenas dois enfoques que maculam referido entendimento jurisprudencial, cujo intento de “legislar” nos parece gritante:

a) Ao abrir o leque de possibilidades para o trabalho terceirizado, não o limitando mais às hipóteses de trabalho temporário e vigilância e se estendendo também aos serviços de limpeza e conservação, o TST acrescenta a situação de trabalho ligado à “atividade-meio” das empresas.

Ocorre que o real significado da expressão “atividade-meio” é motivo de intenso debate nos fóruns trabalhistas deste país, bem como entre os doutrinadores que, apesar de estarem cientes de que a terceirização se tornou um fenômeno sem volta – devido ao enorme número de empresas que hoje, sobrevivem, unicamente dos préstimos de serviços terceirizados, tornando desaconselhável qualquer iniciativa que impeça sua existência legal, sob pena de se comprometer toda a economia nacional –, mostram-se preocupados com a experimentação dessa realidade cujos contornos não foram e, ao que tudo indica, não serão fixados por qualquer lei que seja, com isso servindo de pretexto para a construção de entendimentos sobre a denotação da expressão “atividade-meio”. Nesse particular, só falta propugnar que, à exceção da “diretoria” das empresas, todas as demais atividades poderiam ser classificadas como “atividade-meio”, a ponto de quase se chegar às raias da ilicitude de afirmar que havendo uma mesa, uma cadeira, uma secretária e um chefe, todo o “resto” da empresa não seria “atividade-fim”.

b) Apenas a última observação: a questão que envolve a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora – e, somente se houver participado da relação processual e constar no título executivo judicial – é, também, outro motivo de franca preocupação.

Talvez essa redação tenha uma relação direta com o modelo do mercado idealizado pelas elites, totalmente consentâneo com a posição do TST que também se apresenta no posicionamento sumulado em enfoque, em sua versão mais liberal.

Isso se afirma porque um dos sustentos jurídicos para a tese da responsabilidade subsidiária das empresas tomadoras, encontra-se nos argumentos de que a responsabilidade solidária advém de lei e, em não existindo lei que prevesse tal responsabilização, a responsabilidade deveria ser subsidiária, bem como, relativamente aos entes públicos, derivada do princípio da legalidade (inciso II do art. 37 da CR).

Todavia, referidos fundamentos justificadores da defesa da imputação simplesmente subsidiária quanto ao inadimplemento das obrigações da empresa prestadora pela da empresa tomadora, não se coadunam com outras normas jurídicas e valores constitucionais que, a nosso ver, prevaleceriam de modo a impor a adoção da responsabilidade solidária nessa hipótese, dentre os quais, para fins ilustrativos, apontamos somente alguns deles que justificariam a adoção da responsabilidade solidária do tomador: a função social do contrato, a função social da propriedade agregados ao art. 7º c/c o §6º do art. 37 c/c os incisos III e IV do art. 1º c/c o inciso XXIII do art. 5º c/c o art. 170 c/c o art. 193; todos do texto magno.

Ocorre que se, a princípio, a implicação da responsabilidade tão-somente subsidiária ao tomador de serviços – no caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte do empregador prestador de serviços (empresa terceirizada) – pareceu um estímulo ao mercado, atualmente a situação vem sendo alterada, uma vez que inúmeras empresas de grande porte vêm se surpreendendo com seus envolvimento, mesmo que subsidiariamente, em Ações Judiciais Trabalhistas de empregados que pleiteiam sanções civis compensatórias, especialmente por conta de acidentes de trabalho ou de doenças ocupacionais que desenvolveram em função das condições impostas no curso do pacto laboral, de forma a expor de tal modo a imagem das tomadoras no mercado internacional, que os prejuízos advindos da tão promissora “terceirização” têm chegado ao ponto de gerar-lhes perdas de contratos de alto vulto econômico, por conta da retirada de “selos de qualificação de seus produtos” devido às condutas que indicam a falta de zelo e o pouco cuidado no processo produtivo, colocando em risco as vidas de inúmeras pessoas que dele participam.

Assim, somente depois de constatado que o “barato sai caro” – uma vez que as empresas terceirizadas não se interessam ou possuem condições financeiras de

arcar com muitas das medidas protetivas cuja adoção é necessária à cadeia produtiva de boa qualidade –, é que após o mercado ter engessado as funções administrativas, legislativas e, de certa forma, judiciárias do Poder Público com a venda de suas ideologias neo-liberais, depois de experimentar seu próprio veneno, começa a re-pensar o afã do acúmulo a qualquer preço.

Pontuadas todas essas observações transdisciplinares, passaremos agora a ensaiar as soluções jurídicas para a problemática conforme as bases teóricas a que nos envergam.

Vejamos:

À luz das lições de Alexy, especificamente na segunda parte do mencionado entendimento sumulado vigente (Súmula n.331 do TST), no contexto da responsabilidade subsidiária, em tese, estaríamos nos defrontando com uma colisão de direitos fundamentais em *sentido amplo*, isto é, “de direitos fundamentais com valores protegidos pelo interesse público” (ALEXY, 1998, p.4).

Aprofundando na teoria do jurista alemão, deparar-nos-íamos, ainda, com a conclusão de que há colisão de uma *liberdade jurídica*, qual seja, o direito fundamental individual da empresa tomadora poder contratar com as empresas prestadoras de serviço aquilo que julgue conveniente à finalidade do seu empreendimento econômico sem o impedimento do Estado, *versus*, um *princípio fundamental coletivo* exercido pelo empregado em nome do interesse de toda a sociedade de manter a preservação da vida digna da pessoa humana, inclusive do trabalhador, através do *princípio do valor social do trabalho* que lhe confere o direito à percepção do mínimo vital através da contraprestação salarial – de inegável caráter alimentar –, por parte de quem contratou a exploração de sua energia de trabalho na forma de atividade laboral.

Essa hipótese sumulada, segundo a Teoria de Alexy, não careceria de critérios prévios aptos a determinarem uma solução favorável, já que o direito fundamental individual em jogo (contratar livremente), quando confrontado com o interesse fundamental coletivo (manter a vida humana dignamente), perderia em força, visto

que são muito maiores as possibilidades fáticas e jurídicas deste último, em razão do que a ponderação feita entre ambos leva à prevalência do princípio de índole coletiva.

Ademais, no caso desse entendimento sumulado pelo TST sobre a *terceirização* no Brasil – a despeito da complexa teoria formulada por Robert Alexy –, inevitavelmente se chegaria à mesma conclusão daquele jurista, se o hermeneuta da seara constitucional se empenhasse em observar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como vetor a ser por ele perseguido, conforme as lições de Ingo Wolfgang Sarlet quando leciona que o Estado “existe em função da pessoa humana, e não o contrário”, em razão do que referido princípio constitui um “valor unificante de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio” que, conseqüentemente acaba por também cumprir “função legitimatória dos direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais” (SARLET, 1998, p.97).

Contudo, o que se pode concluir na análise da Súmula sobre a qual nos detivemos neste item é que, destoando das tendências teóricas açambarcadas pelo constitucionalismo moderno, a mais alta Corte Trabalhista deste país apresentou manifesto entendimento jurisprudencial em que resta evidenciada sua clara intenção de prestigiar o *valor constitucional* da livre iniciativa em detrimento do *valor constitucional* da valorização social do trabalho humano, na contramão da realidade social e moral em questão – o que clama por uma atividade jurisdicional através da qual os direitos e as obrigações nascidos dos contratos de emprego não se limitem ao domínio da propriedade –, e a despeito do seu compromisso de assegurar a efetividade dos princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito no Brasil.

3.2 A POSSIBILIDADE DA EFETUAÇÃO DE DESCONTOS SALARIAIS ALHEIOS ÀS HIPÓTESES LEGAIS

Sempre com intuito de demonstrar, na prática, a dialética havida entre teoria e prática dos Princípios e Direitos Fundamentais Constitucionais, especialmente de índole sócio-trabalhista, continuamos nosso percurso optando por selecionar outro

entendimento sumulado pelo TST que evidencie, de forma lúcida, as contraposições havidas.

A Súmula n. 342 merece destaque pelo fato de sugerir que o aplicador da norma jurídica estabeleça associações contrárias aos princípios, aos direitos humanos fundamentais e aos valores sociais salvaguardados pela Carta da República.

Partindo-se das regras infraconstitucionais estabelecidas no art. 457 e no art. 4º, ambos da Consolidação das Leis Trabalhistas, podemos afirmar que o salário é a contraprestação paga diretamente pelo empregador ao empregado, em função do desempenho ou da disponibilidade para a devida prestação laboral, em inteiro cumprimento às obrigações assumidas pelas partes por ocasião do contrato de emprego.

Ultrapassado o caráter conceitual, torna-se necessária a demarcação de qual é, a nosso ver, a natureza jurídica da rubrica salarial e, nesse sentido, filiamo-nos à corrente daqueles que defendem ser *alimentícia* devido ao caráter de essencialidade que possui para a sobrevivência humana, a despeito da existência de finalidades reflexas que venham a extrapolar o objetivo de alimentar o empregado e sua família.

Considerando o caráter alimentar do salário, a CLT no seu art. 462 estabeleceu que somente é possível efetuar nele descontos gerados pelo adiantamento de parte de seu pagamento, ou que estejam previstos na lei e nos Instrumentos Coletivos de Trabalho. A redação do mencionado dispositivo legal é tão coerente com o caráter alimentar da verba salarial, que impõe a abstenção (pelo empregador) de efetuar qualquer desconto outro que extrapole os ali apontados taxativamente.

O Texto Magno vigente a partir de 1988 só veio fortalecer tal entendimento, uma vez que, além de adotar como Princípio Fundamental a Dignidade da Pessoa Humana e de vincular o Valor Social do Trabalho à Livre Iniciativa (incisos III e IV do art. 1º), também reproduziu – no *caput* de seu artigo 7º – a literalidade do sub-princípio da Norma Mais Favorável, indubitável vertente do Princípio Protetor norteador do Direito do Trabalho e agora também do sub-sistema constitucional relacionado aos direitos sócio-trabalhistas.

Contudo, mais uma vez o TST, num claro desvio de rota em relação à atual Teoria dos Princípios do Constitucionalismo hodierno, resolveu em 20/04/1995, genericamente, permitir uma gama de descontos jamais previstos nas normas jurídicas tutelares que regulam esse ponto, editando o seguinte entendimento através da Súmula n. 342:

342. Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativa associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e dos seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.

A redação da súmula transcrita aparente, bem consentânea com o fenômeno da Globalização Econômica, na medida em que deixa aparente a intenção de proteger o patrimônio salarial do empregado e de seus dependentes, enquanto esconde uma grande harmonia que os Tribunais Superiores brasileiros costumam nutrir em relação à criatividade das organizações privadas – especialmente as multinacionais –, no sentido de abraçar estratégias que transformem seus empregados em pessoas consumidoras de seus produtos e serviços.

Os verdadeiros empregadores, beneficiados pelo entendimento cristalizado através da Súmula n. 342, não são os proprietários de micro, pequena ou média empresas cuja precisa noção da função social de seu empreendimento econômico os levaria a prover seus empregados com benefícios salariais indiretos.

A mais despreziosa leitura do rol da jurisprudência cristalizada pelo TST – Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes Normativos –, confere ao leitor a sensação de que referido tribunal se apresenta muito ocupado com questões que envolvem conflitos advindos de relações de emprego que têm por pólo passivo, em regra, bancos, multinacionais ou grandes empresas.

Isso seria normal tendo em vista que, ante a dimensão de tais empresas, o número de lides que atinge o Judiciário Trabalhista acaba sendo muito maior, portanto, nada há de estarecedor nesse dado.

Ocorre que, há algum tempo, as posições habitualmente abraçadas pela mais alta Corte Trabalhista deste país perpassam, claramente, por uma ideologia simpática à criação de um suporte jurídico destinado a atender aos interesses do sistema econômico multinacional.

Desta forma, pelas vias da anuência da jurisprudência pacificada pelo TST, as Instituições Bancárias, as Multinacionais e as empresas de grande porte conseguiriam, via contrato de emprego, transformar seus empregados em *consumidores* diretos ou indiretos, ou seja, clientes da própria empresa empregadora, que lhe vende um produto sempre eivado da presunção de ser de ótima qualidade e para o seu bem e de sua família, ou cliente de algumas das empresas da *holding* da qual a empresa empregadora faz parte, sendo, portanto, igualmente beneficiada, creia-se, por meio da própria verba salarial cujo caráter alimentar é inegável.

Convém esclarecer que aqui não se está a se opor à concessão de oportunidades e de benefícios que inúmeras empresas de micro, pequeno e médio porte fazem aos seus empregados, fruto de consciência da função social da empresa e do contrato e que, no máximo, lhes rende um pequeno incentivo fiscal. Não se trata disso, até porque, nesses casos, os próprios empregados normalmente desejam um ou outro benefício que lhes vem a ser oportunizado livremente, sem se relacionar às empresas “associadas” e sem qualquer intento de captação de recursos para o grupo econômico ou para a *holding* de que faça parte o empregador.

Sem dúvida, as empresas empenhadas em proporcionar aos seus empregados benefícios que lhes viabilizará a utilização de um sistema de saúde odontológica, médico-hospitalar ou mesmo educacional e recreativo, não estão contempladas pelas ponderações críticas apresentadas neste item de nosso estudo. Aliás, frise-se que, após o desmonte do sistema público de saúde, bem como do de educação pública no Brasil, alguns desses benefícios estendidos ao empregado e seus dependentes são altamente desejados e tidos como tão valiosos para a grande maioria dos operários e de seus dependentes quanto o próprio salário.

Nem se deve também ter aqui por alcançados a conquista de benefícios – como os mencionados da Súmula sob análise –, após devidamente legitimados pelo Princípio

da Auto-Determinação Coletiva, através do qual a entidade sindical representante da categoria profissional negocia melhoras nas condições de salário e de vida dos trabalhadores por ela representados, em consonância com a letra do *caput* do art. 8º c/c o *caput* do art. 7º, ambos da CRFB.

A presente abordagem dedica-se, em verdade, a refletir sobre uma distorção da interpretação de norma celetária em cotejo, especialmente quando se tomam em consideração os incisos III e IV do art. 1º c/c o inciso XXIII do art. 5º c/c o art. 170, todos do Texto Constitucional vigente.

Subjacente à construção do entendimento constante na Súmula n. 342 do TST, há uma ruptura com a idéia de que há de existir e prevalecer uma interpretação próxima do texto constitucional e, nesse caso, dos Valores, Princípios e Direitos Humanos Fundamentais por ele albergados, bem como com a noção de fundamentalidade que garanta efetividade às normas jurídicas coerentes, de acordo com a Ordem Jurídica pátria.

Não cabe afirmar que, por meio da interpretação procedida pelo TST, estariam claros os antídotos contrários aos abusos do empregador no que se refere ao Princípio da Intangibilidade Salarial, já que as menções à necessidade de “autorização prévia e por escrito do empregado”, à obtenção de benefícios “para o empregado e seus dependentes”, e, ainda, à possibilidade de declaração da nulidade do ato por meio do qual se fixou o(s) suposto(s) desconto(s), caso se comprove “coação ou outro defeito jurídico”, são totalmente inócuas. Isso se afirma ante o conhecido estado de hipossuficiência econômica do empregado no contrato individual de trabalho cujas cláusulas mais se assemelham para o trabalhador a um “contrato de adesão”, sendo assim, nenhum empregado em sã consciência – salvo se detentor de alguma garantia provisória no emprego –, se atreveria a opor-se, ou mesmo questionar, tais descontos se impostos pelo empregador em quaisquer das fases contratuais, por conta do pavor do desemprego e da ansiada obtenção de uma segurança mínima possível para si e sua família, ainda que às custas de um “sub-salário” que lhe seja habitualmente garantido.

Feitas tais considerações, em seguida passamos a nos utilizar daquelas regras hermenêuticas por nós selecionadas como balizas do ato interpretativo e aplicativo da norma jurídica constitucional.

Entrando no mérito da temática da Colisão de Princípios (e Direitos Humanos Fundamentais), novamente em tese, estaríamos diante de uma colisão de direitos fundamentais, contudo, agora, em *sentido estrito*, mais especificamente *entre direitos fundamentais diferentes*, em que, de um lado, está o *direito fundamental de contratar* (fazer), de empreender e de explorar a sua atividade econômica (livre iniciativa); e, do outro, o *direito fundamental*, assegurado pelo inciso VI do art. 7º da Carta Magna, *de irredutibilidade salarial*, como forma de manter a sua própria vida (valor social do trabalho humano), na sua vertente do sustento do trabalhador e de sua família, conforme redação expressa no inciso IV também do art. 7º (1998, p.2-4), corolário lógico do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O ideal é utilizar a Máxima da Ponderação no caso concreto, todavia, para efeitos de ensaio da sistematização que nos convencemos ser a mais adequada ao Sistema e à realidade sócio-moral nacional, trabalharemos com a regra, ou seja, com a hipótese de que a referida colisão tenha ocorrido numa situação concreta tal em que os descontos procedidos pelo empregador apesar de serem, em tese, benéficos ao seu empregado e dependentes, na realidade se revestem de clara captação de clientela em favor de empresa pertencente à Grupo Econômico ou *holding* de que faça parte.

Estabelecidas essas premissas – coerentes com a realidade ordinária prática que diariamente se apresenta nos litígios trabalhistas que correm na Justiça do Trabalho –, já na *adequação* (primeira etapa do Critério da Proporcionalidade), ao analisarmos essas possibilidades fáticas que envolvem tal colisão, diagnosticamos que o meio empregado pelo TST para solucionar o impasse se desvia da real finalidade dos Princípios de Direitos Humanos Fundamentais em exame, já que se observa uma desproporcionalidade injustificada entre os meios e os fins, a partir do momento em que se busca tocar em verba de caráter alimentar (inciso VI do art. 7º da CRFB), com vistas a aumentar os lucros empresariais através da transmutação da condição de empregado em consumidor de seus produtos e serviços, em total ofensa aos art.

170 e 193, ambos da Constituição da República, por meio dos quais a economia e a sociedade brasileira assumem os compromissos tanto de ter suas atividades econômicas fundadas tanto na valorização do trabalho humano e não só na livre iniciativa, de modo a assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social, como também de estabelecer uma primazia valorativa do trabalho humano em busca da justiça social e do bem estar de todos.

Todavia, caso ainda haja quem, supostamente, não esteja convencido do sobredito, partiremos para exercitar os pressupostos teóricos que sintetizamos como os mais adequados e caminharemos para a etapa seguinte do processo ponderativo, qual seja, a *necessidade*, provavelmente também se quedará à frustração de não obtenção da desejada solução, visto que não se consegue concluir ao certo se, dentre os meios possíveis de solução para o caso em que o empregador efetua descontos além dos previstos em lei sob o argumento de que são benéficos para o empregado, a solução oferecida através da Súmula n. 342 seria a mais benéfica ou a menos restritiva ao direito individual do obreiro.

Ante a permanência da situação de colisão, o passo seguinte é buscar a solução através da *proporcionalidade*, que se desdobra em duas novas etapas. Na primeira delas (*1ª lei da ponderação*) a proposta é que seja feita uma análise da relação custo-benefício por meio de uma balança fictícia apta a “pesar” as conseqüências jurídicas que cada um dos lados (princípios ou direitos humanos fundamentais) irá acarretar, subtraindo de tal exercício qual delas é mais razoavelmente importante para o caso.

Na situação cujo diagnóstico tentamos apresentar, ainda neste momento não se consegue vislumbrar o que é mais razoável: manter intacto o salário ou permitir o desconto salarial visando ao benefício do empregado e de seus dependentes, o que o tornará cliente do empregador.

Portanto, é inevitável que partamos para a última etapa de ponderação (*2ª lei*). Neste ponto do processo de análise, há de se observar em que proporção se dá a intervenção num Direito Humano Fundamental para, por fim, se adotar a solução para a colisão sob exame que parta da premissa de que, quanto maior (mais

intensa) for a dita intervenção, por uma questão de razoabilidade, maior também será a certeza quanto aos fundamentos jurídicos que justificam a medida adotada para solucionar o conflito e, nesse aspecto, deparar-nos-emos com o óbvio: inexistem fundamentos jurídicos fortes o bastante para justificar a tangibilidade do salário do empregado, se tal intento visa, em contrapartida, torná-lo um cliente ou um consumidor de produtos ou serviços da empresa empregadora ou de suas associadas (grupo econômico, *holding*, etc.).

Nesse exercício jurídico em busca da melhor solução a ser adotada conforme as normas do Direito e da moral social, pode ainda ser que um profissional perceba, no caso sob exame, uma colisão em *sentido estrito*, mas na qual esteja em jogo o *lado positivo do direito de liberdade* (referente ao direito do empregador de contratar, explorar seu empreendimento econômico e, em ambos, atento para a função social da empresa/propriedade) e o *lado negativo desse mesmo direito* (atinente ao direito do empregado de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei e, na hipótese de descontos salariais, querer usar sua liberdade de não permiti-los).

Sob o enfoque mencionado no parágrafo anterior, acreditamos que já na *adequação* (primeira etapa da Máxima da Proporcionalidade) a solução jurídica para a colisão existente seria encontrada, posto que sendo esse o momento analítico de verificação se o “meio” empregado pelo TST para solucioná-la não se desvia da real finalidade dos Direitos Humanos Fundamentais em exame, não vemos como possa existir outra conclusão diversa da que reconhece que finalidade do direito à liberdade é desviada a partir do momento em que dele se faz uso com o objetivo claro de ter acesso a uma verba de caráter alimentar, *in casu*, o salário do empregado.

Portanto, o recurso adotado pelo TST para dirimir as dúvidas sobre os descontos ocorridos no salário do empregado que estejam fora da órbita normativa, seja pela sistematização da teoria alemã, seja pelo conteúdo material de direitos fundamentais do trabalhador brasileiro – “dando-se o devido destaque à dignidade da pessoa humana como valor fundamental da ordem jurídica, não se pode aludir ao direito à vida, sem o direito ao trabalho, porque, por meio do *trabalho* o *Homem*,

historicamente, vem obtendo as condições mínimas de uma existência digna” (GOMES, 2005, p.215) –, novamente, encontraríamos a mesma solução jurídica, seja pelo viés da fixação da importância de uma hermenêutica constitucional baseada no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em que se funda, também, a ordem econômica nacional que, por um lado, se funda na *iniciativa privada*, mas, de outro, impõe-lhe o compromisso de assegurar a todos a *existência digna*, em conformidade com os anseios da moral social, órbita em que, por certo, engloba-se a pessoa do trabalhador.

Com efeito, a observação feita ao final do item “3.1” é novamente aqui ratificada, pois, por meio da análise também da Súmula n. 342, constata-se o descompasso do TST com as atuais Teorias dos Princípios no seio do constitucionalismo, além de inclinar-se para uma postura jurisprudencial mostrando o prestígio que o *valor constitucional* da livre iniciativa possui naquela mais importante casa do Judiciário Trabalhista deste Estado Democrático de Direito, em evidente detrimento do *valor constitucional* da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho humano.

3.3 A TAXIMETRIA DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE ADVINDA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Mantendo nosso propósito de partilhar experiências por meio de dados extraídos da realidade jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, deter-nos-emos, nesse momento, em uma reflexão acerca do teor da Súmula n. 364, cuja redação foi alterada em 20.04.05. Nossa proposta é tecer algumas considerações e desenhar questionamentos a respeito da proposta jurídica encarnada nesse entendimento jurisprudencial que, no seu item “II”, parece exultar, de forma transparente, com a admissão de taximetria em relação ao Adicional de Periculosidade. Eis a redação pertinente, na íntegra:

364. Periculosidade. Exposição eventual. Permanente.

I – Faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condição de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim

considerado o fortuito, ou que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-OJ SDI-1 05) (Res. TST 129/05, DJ, 20.04.05)
II – A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivas. (ex-OJ SDI-1 258) (Res. TST 129/05, DJ, 20.04.05)

A intenção de conciliar o inconciliável pode levar a interpretações contraditórias. Foi isso o que ocorreu na redação dessa Súmula referente a uma questão primorosa, que envolve a proteção de, pelo menos, dois dos direitos humanos fundamentais da pessoa humana do trabalhador: ter a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, e perceber o devido “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”, conforme se pode extrair dos incisos XXII e XXIII, ambos do art. 7º da Constituição da República.

Especialmente no item II desse entendimento sumulado pelo TST, o que se percebe é que aquela Corte valeu-se de um jogo de linguagem costumeiro, a fim de fazer associações impertinentes e ilegais entre o percentual devido a título de adicional de periculosidade e os instrumentos coletivos de trabalho.

Todavia, referido posicionamento, esposado no item II (se interpretado literalmente), enseja o surgimento de compreensões indevidas, quando não conclusões sobre a temática que a maculam de patente inconstitucionalidade, nesse ato de legislar do TST que afronta e restringe, gravemente, a proteção de bens como a vida, a saúde e o meio ambiente do trabalho. Todas essas coisas a ocorrer em franca ofensa ao Texto Constitucional.

Aliás, a esse respeito não seria necessário tecer maiores comentários, visto que, a partir da Carta Magna de 1988, o direito do trabalhador urbano e rural passou a contemplar um adicional de remuneração pelo trabalho em condições perigosas e também a consideração de se estar inserido num meio ambiente de trabalho saudável, sendo ambas as situações alçadas ao nível constitucional, recepcionando, assim, as regras insculpidas no *caput* e no §1º do art. 193 c/c o inciso VI do art. 200, ambos consolidados, conforme pode se extrair dos incisos XXII e XXIII do art. 7º c/c

o art. 196 c/c o inciso VIII do art. 200 c/c o art. 225 c/c os incisos III e IV do art. 1º, todos da Constituição da República.

Somente para fins ilustrativos e argumentativos, entendemos ser oportuno agregar o *caput* e o §1º do art. 193 da CLT, às Portarias n. 3.393/1987 e n. 518/2003, ambas do Ministério do Trabalho, às diversas Normas Regulamentadoras devidamente aprovadas pelo Ministério do Trabalho (NR's/MT), em que restam classificadas e estabelecidas – pelo menos até o presente momento as de n. 16 e 29 –, quais são essas atividades ou operações perigosas que justificam o pagamento do adicional de periculosidade de 30% (trinta por cento) sobre o salário do empregado.

Essas atividades são, necessariamente, ligadas ao “contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado”, que se desdobram naquelas “executadas com explosivos sujeitos a degradação química ou autocatalítica, a ação de agentes exteriores, tais como calor, umidade, faíscas, fogo, fenômenos sísmicos, choque e atritos”²⁰, às atinentes à “radiação ionizante ou substâncias radioativas”²¹, as referentes “às operações de transporte de inflamáveis líquidos ou gasosos liquefeitos, em quaisquer vasilhames e a granel”²², desde que tenham mais de “200 (duzentos) litros para inflamáveis líquidos”²³ e mais de “135 (cento e trinta e cinco) quilos para os inflamáveis gasosos liquefeitos”²⁴, e, as referentes à “cargas perigosas”²⁵ inseridas em “quaisquer receptáculos, tais como tanques portáteis, embalagens, contentores intermediários para graneis (IBC) e contêineres tanques que tenham anteriormente contido cargas perigosas e estejam sem a devida limpeza e descontaminação que anulem os seus efeitos prejudiciais”²⁶, relacionadas a “explosivos, gases tóxicos, gases comprimidos ou liquefeitos, inflamáveis, oxidantes, venenosas, infecciosas, radioativas, corrosivas ou poluentes”²⁷, que “possam representar risco aos trabalhadores e ao ambiente”²⁸.

²⁰ Redação extraída das alíneas “a” e “b” do item 16.5 da NR-16.

²¹ Redação extraída das Portarias do Ministério do Trabalho n.º 3.393, de 17.12.1987, e 518, de 07.03.2003.

²² Redação extraída do item 16.6 da NR-16.

²³ Redação extraída do item 16.6 da NR-16.

²⁴ Redação extraída do item 16.6 da NR-16.

²⁵ Redação extraída do item 29.6.1 da NR-29.

²⁶ Redação extraída do item 29.6.1.1 da NR-29.

²⁷ Redação extraída do item 29.6.1 da NR-29.

²⁸ Redação extraída do item 29.6.1 da NR-29.

A partir dessas corriqueiras, mas importantes informações, trazidas à baila, observa-se o largo leque de proteção que o Estado pretende estender sobre a vida da pessoa do trabalhador – e sobre o meio ambiente, donde resulta, reflexamente, a proteção da vida de toda pessoa humana que compõe a sociedade em questão –, das mais diversas categorias profissionais, dentre as quais evidenciamos as dos eletricitistas, dos telefonistas, dos técnicos em radiologia e dos portuários, dentre tantos trabalhadores que, não obstante pertençam a outras categorias profissionais, exercem atividades que justificam a percepção do referido adicional de periculosidade.

Desta feita, traduzindo sob uma linha lógico-argumentativa coerente com o Sistema, não resta dúvida de que o entendimento, constante no item II da Súmula n. 342 do TST, destoa gravemente da Teoria dos Princípios açambarcada pela Constituição vigente, através da qual se pode observar, com clareza, como o Estado tem como relevante o meio ambiente de trabalho equilibrado, no sentido de oferecer o mínimo de risco possível à saúde do trabalhador, de modo a resguardar sua vida (integridade física) através de, pelo menos, quatro normas constitucionais: o inciso XXII do art. 7º c/c o art. 196 c/c o inciso VIII do art. 200 c/c o art. 225.

Aproveitamos esse contexto de abordagem para esclarecer que a perspectiva que temos sobre a temática vai muito além, ou seja, não estamos de acordo nem objetivamos (mediante esse estudo) travar uma defesa em torno da tão falada “monetização” da vida humana, para designar a possibilidade legalmente garantida de indenizar o trabalhador que expõe sua vida a agentes nocivos à sua saúde.

A crueldade dessa permissão legal é patente, já que o valor pago a título de indenização – pela perda da vida ou qualidade da vida do trabalhador – jamais compensará de forma equânime os danos que, dia após dia, foram afetando sua saúde e, portanto, extinguindo sua vida, pelo menos vida digna.

Portanto, a despeito da existência de uma “pseudo-indenização” devida pela exposição do trabalhador a agentes perigosos à sua saúde, ou melhor, à sua vida, somos jurássicos em reafirmar nossa posição de que, de acordo com os preceitos

constitucionais já mencionados, a hermenêutica constitucional há de se movimentar no sentido de atuar para que a Ordem Constitucional seja compreendida de forma harmônica.

Em nosso entendimento, só será possível através de uma atividade interpretativa e aplicativa da norma jurídica constitucional comprometida o bastante com a moral social, a ponto de construir formas de harmonizar os substratos dos *caputs* dos artigos 5º e 6º – a inviolabilidade do direito à vida e o direito a saúde –, com as exceções previstas no inciso XXIII do art. 7º, e assim, gradativamente, promover uma compreensão que prestigie a proteção da saúde e vidas humanas, também no ambiente de trabalho, pelo viés da hermenêutica constitucional.

Isso significa inferir que nos é possibilitado, já com o manancial jurídico positivado existente, construir suportes doutrinários e jurisprudenciais que velem pelo desestímulo à exploração de atividades nocivas à saúde e à vida do trabalhador brasileiro – em nome dos direitos humanos fundamentais à vida, à saúde, ao trabalho e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado –, contribuindo, assim, para a divulgação hermenêutica de alternativas jurídicas preventivas e punitivas à ocorrência de patologias, acidentes e doenças adquiridas ou desenvolvidas em função de um meio ambiente de trabalho, pois, de um lado, são favorecidos pelo amparo de uma única norma jurídica constitucional (inciso XXIII do art. 7º) válida, vigente e eficaz para admitir o trabalho em condições inadequadas à preservação da vida e da boa qualidade da saúde dos trabalhadores que nele desenvolvem suas atividades; de outro lado, podem ser ponderados por meio da obrigação a todos imposta no sentido de reduzir os riscos do trabalho e a garantir a qualidade de vida das pessoas dos trabalhadores no ambiente em que desempenham suas funções laborativas.

Após contrapormos fundamentos jurídicos constitucionais de tamanha relevância, parece-nos lamentavelmente fora do contexto da moralidade nacional e da realidade do universo laboral brasileiro, além de totalmente carente de salvaguarda legal, o posicionamento adotado pelo TST no item II da Súmula n. 364 ao convalidar a taximetria do percentual devido a título de adicional de periculosidade.

Nem se diga que o fato de vincular tal possibilidade à existência de Instrumento Coletivo que assim preveja bastaria para inserir alguma seiva de legalidade no entendimento sumulado sobre o qual nos detemos em analisar, já que, como defendido no que tange aos Direitos Humanos Fundamentais, só cabe ao legislador infraconstitucional ampliá-los, jamais restringi-los e, em sendo o Poder Judiciário uma faceta do Poder Público responsável, em sua essência, pela função de julgar, mais absurda ainda é sua iniciativa e disposição de fazê-lo, legislando por meio de uma Súmula do TST no sentido de restringir Direitos Humanos Fundamentais do trabalhador garantidos e plenamente recepcionados pela Carta da República de 1988.

Não bastasse tal argumento de inconstitucionalidade do item II da Súmula n. 364, há de se acrescentar ser ela contraditória ao próprio repertório jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho acerca da matéria que, até então, se apresentava com claro objetivo de aumentar o alcance de tutela conferida aos trabalhadores em condições perigosas, conforme pode ser extraído dos entendimentos constantes nas Súmula n. 361 e na OJ da SDI-1 n. 324.

Há ainda outra razão para concluirmos pela total inconstitucionalidade do posicionamento cristalizado na Súmula n. 364 e, para tanto, basta fazer uso da interpretação sistemática do Texto Constitucional em relação à Negociação Coletiva, para se constatar sua evidente intenção de valorizá-la como o melhor instrumento para solucionar as controvérsias decorrentes das relações de trabalho, bem como o valor por ela adquirido, a partir do momento em que lhe foram reconhecidas sérias e importantes decisões relacionadas à diminuição do salário e ao aumento da jornada de trabalho normal ou em turnos ininterruptos de revezamento, conforme estabelecido nos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º c/c o inciso VI do art. 8º.

Mas a negociação dos direitos individuais fundamentais dos trabalhadores limita-se às três situações já descritas para efeitos de Flexibilização, haja vista que não se toleraria que ela se desse *in pejus* – devido a literal afronta não só ao Princípio da Norma mais Favorável adotado pelo *caput* de art. 7º –, nem mesmo que extrapolasse aquelas hipóteses legais (incisos VI, XIII e XIV), conforme lição de Gomes (2005, p.91):

Convém esclarecer, desde logo, que, no Brasil, a flexibilização está prevista inclusive na Constituição Federal – art. 7º, incisos VI, XIII e XIV. Entretanto é permitida, apenas, para possibilitar a alteração de direitos dos trabalhadores que não seja básicos nem irrenunciáveis, mediante compensação, ou, ainda, em situações especiais e, sempre, com a assistência sindical. É aplicada, portanto, no sentido de favorecer a adaptação das condições de trabalho – já regulamentadas por lei ou norma coletiva mais favorável – à dinâmica da realidade empresarial, a ensejar a diversificação das mesmas, com observância dos direitos essenciais que não podem ser eliminados, em sintonia com os princípios que informam a proteção ao empregado.

Tal ponto de vista, aliás, nada tem de inovador para o TST, uma vez que, contraditoriamente, essa mesma Corte, através da OJ n. 342 da SDI-1, decidiu por não aceitar que houvesse Negociação Coletiva em “contemplando a supressão ou a redução do intervalo intrajornada, porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública”²⁹.

Ao que tudo indica, o Tribunal Superior do Trabalho passa por uma crise de identidade em relação ao papel do Movimento Sindical brasileiro, não se conseguindo saber ao certo qual é o seu entendimento sobre a questão relativa ao poder e à legitimidade das entidades sindicais, já que, em situações bastante similares, envolvendo normas de ordem pública destinadas a preservar a vida e a saúde dos trabalhadores, são adotados posicionamentos jurisprudenciais distintos, baseados em critérios inexplicáveis pelo bom senso comum e pelo arcabouço legal e doutrinário vigentes.

Não obstante insistamos na tese da inconstitucionalidade que macula o entendimento jurisprudencial em cotejo – o que tornam desnecessárias maiores delongas sobre a matéria –, ante o nosso propósito de exercitar o suporte teórico que sintetizamos e em torno do qual nosso estudo se apoiou, perseguiremos nosso objetivo.

Assim sendo, se partíssemos dos pressupostos de que inexistente a alegada inconstitucionalidade e se estivéssemos diante de um caso concreto envolvendo exatamente a hipótese do item II da Súmula n. 364, acreditamos que haveria uma *colisão em sentido amplo*, uma vez que, de um lado, temos um princípio de direito

²⁹ Reprodução literal de trecho que compõe a redação da OJ n. 342 da SDI-1.

humano fundamental individual (à vida na dimensão de sua preservação); enquanto, do outro, um princípio de interesse comum (a livre iniciativa). Portanto, inexistindo critérios prévios aptos a determinar uma solução favorável a qualquer dos lados colidentes, nessas circunstâncias fáticas que hipoteticamente extraímos do entendimento sumulado mencionado, somadas aos argumentos jurídicos a ela aplicáveis (a restrição da norma jurídica constitucional-fundamental, somente poderia admitir restrição aos direitos fundamentais à vida, à saúde e ao trabalho dos operários, na hipótese da própria Carta Magna assim o prever, não cabendo ao TST fazê-lo), a nosso ver, obtém a melhor ponderação a prevalência do direito fundamental à vida em relação ao princípio da livre iniciativa.

3.4 A AMPLA ADMISSIBILIDADE DO ACORDO INDIVIDUAL PARA A COMPENSAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

Neste último estudo, trataremos de um estudo de caso paradigmático sobre os dilemas jurídico-institucionais do Tribunal Superior do Trabalho acerca do real poder do movimento sindical brasileiro, bem como sobre a forma de lidar com o binômio capital *versus* trabalho, facilmente apresentado em casos em que se está diante de temas como negociação coletiva, direitos fundamentais do trabalhador, flexibilização e livre iniciativa.

O esposado pode ser claramente diagnosticado através do entendimento cristalizado pelo TST via Súmula n. 85, editada pela primeira vez em 26.09.78, revisada em 21.11.03 e tendo, recentemente, sido mais uma vez alterada em 20.04.2005, a partir de quando passou a possuir a seguinte redação:

85. Acordo de Compensação. Exigências Violadas.

I – A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho. (ex-Súmula 85) (Res. TST 129/05, DJ, 20.04.05)

II – O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ SDI-1 182) (Res. TST 129/05, DJ, 20.04.05)

III – O mero não-atendimento das exigências legais pra a compensação da jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento de horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (ex-Súmula 85) (Res. TST 129/05, DJ, 20.04.05)

IV – A prestação de horas habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ SDI-1 220) (Res. TST 129/05, DJ, 20.04.05)

Os temas abordados na Súmula transcrita enfatizam a importância de repisar alguns aspectos concernentes aos institutos doutrinários atingidos pela redação jurisprudencial aqui enfocada, eis que os efeitos alcançados podem se tornar componentes desestruturadores de uma lógica jurídica protetiva constante na CLT referente à duração da jornada do trabalhador, cujo entendimento foi em grande parte comungado no Texto Constitucional Republicano vigente, a ponto de tornar alguns deles direitos fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais.

Nessa linha, coerentemente com as plataformas emancipatórias universais através das quais surge a regulamentação pelo Estado quanto aos mais sagrados direitos dos trabalhadores, a Constituição da República brasileira estabeleceu que a jornada laboral máxima a ser suportada pelo trabalhador é a de oito horas diárias ou a equivalente a quarenta e quatro horas semanais, sendo facultada a compensação ou redução da mencionada jornada de trabalho, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, consoante se pode extrair do inciso XIII do art. 7º do texto magno.

A limitação da jornada de trabalho no Estado Social e Democrático de Direito, é fruto de diversas constatações médicas associadas à questão da saúde da pessoa humana, pois cientificamente comprovado está a necessidade de que o tempo laboral seja distribuído de modo adequado, a fim de ser preservada a saúde do indivíduo trabalhador que, já pela sua condição de hipossuficiência econômica, tende a transigir mesmo com suas necessidades fisiológicas mais básicas, em busca de um lugar ao sol que se abre, normalmente, para um grupo bem seleto de pessoas que fazem parte da elite do mercado global.

Em síntese: são os próprios limites fisiológicos da pessoa humana que clamam pela limitação de sua jornada laboral diária e semanal, sob pena de ofensa a inúmeros direitos individuais e interesses coletivos da sociedade em questão.

Desta feita, a versão individual para a tutela estatal nesta matéria não é a única que prospera, uma vez que a ausência de limites da jornada humana laboral põe em risco a sociedade com um todo, exposta então a se vitimar pelas conseqüências dos procedimentos oriundos da estafa consolidada, tais como: acidentes de trabalho, doenças ocupacionais, óbitos, baixa qualidade dos produtos oferecidos, má qualidade nos serviços prestados, aumento de custos da Previdência Social, pobreza, desemprego, trabalho informal, enfim, incontáveis mazelas tão comumente relacionadas às sobrejornadas de trabalho e, por vezes, a ela associadas.

Da interação entre essas variantes atestadas pela ausência de descanso necessário à boa regência das atividades laborais humanas, numa perspectiva transdisciplinar, é oportuno reexaminar os fundamentos que se apresentam para a justificação da imposição de uma norma jurídica de ordem pública destinada a limitar a jornada laboral humana, que, segundo Sussekind (2003, p.795) são de ordem biológica (problemas psicofisiológicos que surgem devido à fadiga e à exigência de grande racionalidade e concentração), social (vida em família e em sociedade, oportunizando o gozo de atividades físicas e cultural-recreativas) e econômica (restrição do desemprego e aumento do rendimento laboral).

Portanto, quando o legislador constituinte se ocupou em tutelar essa norma, fê-lo com base em precisões científicas médicas e sociológicas – além de jurídicas –, a ponto de lhe reconhecer inegável imperatividade por conta do(s) bem(ns) por ela tutelado(s) que lhe conferiram, via de conseqüência, o caráter de direito humano fundamental, conforme pode ser depreendido do teor do incisos XIII e XXII do art. 7º, devidamente c/c os incisos III e IV do art. 1º c/c o *caput* do art. 6º c/c o art. 170 c/c o art. 196, todos da CRFB.

O reverso desse zelo pôde ser bem ilustrado pelo item I da redação da Súmula n. 85 do TST, transcrita como uma síntese clara de sua preocupação descritiva de estabelecer uma linha de interpretação só justificável pelo envergar-se ao domínio das regras mercadológicas, frente à seriedade que é a interação da vida humana na dimensão das relações de trabalho, especialmente no que concerne à duração de sua jornada laboral, cuja importância somente se igualaria ao *quantum* percebido como contraprestação à prestação laboral.

Isso se afirma pois, por certo, se tivéssemos que selecionar os dois direitos/deveres dos trabalhadores empregados dos quais todos os demais se refletem, não temeríamos em afirmar serem eles o da duração da jornada de trabalho e o da remuneração paga em troca da atividade laboral.

Essas, sem dúvidas, são as maiores preocupações tanto dos empregados quanto dos empregadores e, provavelmente, em função disso é que o legislador decidiu cercar sua proteção de cuidados mínimos sem os quais as vidas dos obreiros seriam facilmente atingidas, inclusive prevendo que somente pudessem ser transacionados mediante a presença da entidade sindical representativa da categoria profissional a que pertencem.

Aliás, é exatamente aí – em torno das duas variantes centrais do contrato de emprego –, que se admitiu a tão ansiada e propagada *flexibilização das normas trabalhistas*, impondo-se, para tanto, a presença do sindicato representante da categoria profissional, a fim de que dita *flexibilização* não se tornasse uma verdadeira *precarização* das regras inseridas nas normas constantes nos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição da República.

A partir do instante em que o TST decide pôr uma pá de cal na discussão acerca da ampla validade do acordo individual feito diretamente pelo empregado com o empregador – e em qualquer fase contratual –, está ele a admitir que aquilo que for negociado, individualmente pelo empregado, inclusive no sentido de prejudicá-lo, prevaleça sobre o mínimo legal legislado, o que, indubitavelmente, é uma inversão de toda a lógica do Direito Constitucional do Trabalho.

Em outras palavras, mediante a súmula sob análise, a mais alta Corte Trabalhista deste país, resolve aceitar a *precarização das leis trabalhistas* – inclusive aquelas relativas a direitos humanos fundamentais consagrados pelo texto constitucional –, bem como a tese de prevalência do “legislado sobre o negociado em âmbito individual”, impondo pela via do seu entendimento jurisprudencial cristalizado uma condição ilegítima, uma vez que não foi aceita pela sociedade a partir do instante em que se desejou aprovar um projeto de lei com este mesmo fim.

Não é em vão que, conforme já afirmado alhures, o contrato de emprego é compreendido como uma forma de “contrato de adesão”, na medida em que o trabalhador adere às cláusulas contratuais, como se lhe fossem impostas, face à necessidade econômica que rege seus atos e vicia sua manifestação de vontade, quando o que deseja é a percepção de uma rubrica salarial para manter o seu sustento e o de seus familiares. Sendo assim, retirar do obreiro uma tutela capaz de deixá-lo desamparado diante das vontades patronais em relação à duração de sua jornada laboral, é o mesmo que estimular uma corriqueira e ilícita (vício pela coação econômica) renúncia a direito individual fundamental sócio-trabalhista consagrado pela Carta Magna.

Nessa mesma esteira, não bastasse todo o sobredito, o estilo de interpretação feita pelo TST via o entendimento sumulado, além de descontextualizado das normas jurídicas constitucionais transcritas, também é digno de crítica ainda por outra razão, qual seja: a Súmula n. 85 também não consegue se coadunar nem ao mais básico Princípio Norteador do Direito do Trabalho, qual seja, o Princípio Protetor na face do *In Dúbio Pro Operário*.

Afinal, por meio de uma interpretação minimamente sistemática, facilmente se depreende que, do conjunto de hipóteses interpretativas que possam ser extraídas do inciso XIII da Carta da República, a única que, de plano, deveria ser afastada por aquela Corte – ante às evidências científicas transdisciplinares acerca da necessidade de se limitar a jornada laboral diária do empregado –, por incrível que pareça, foi justamente aquela por ela abraçada e cristalizada na forma de jurisprudência sumular, em total afronta às normas jurídicas constitucionais reguladoras da matéria.

A nosso ver há uma contradição de posicionamentos do TST em nada justificada, salvo, em casos precisos, através dos quais demonstra sua larga sensibilidade às demandas das grandes empresas nacionais e multinacionais, que exploram suas atividades econômicas em solo brasileiro. Na verdade, não faz sentido a redação do item I da sua Súmula de n. 85, quando confrontada com o inteiro teor do entendimento firmado na OJ n. 342 da SDI-1 (22.06.2004) que, numa posição diametralmente oposta, informa o seguinte:

342. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. VALIDADE. É inválida a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII da CF/1988), infenso à negociação coletiva. (Inserida em 22.06.2004)

Perante o óbvio, não adiantaria ficar analisando, apenas juridicamente, tais posicionamentos jurisprudenciais que tutelam o mesmo direito de formas tão desconexas, porque o que se extrai da estrutura jurídica utilizada como argumento para assegurar à classe trabalhadora o direito ao gozo do intervalo intrajornada, sem dúvida é que, de um lado, perpassa pela convicção quanto à necessidade de imposição e de respeito aos limites estabelecidos para a jornada laboral diária, como sendo, inclusive, uma matéria de saúde pública, intimamente atrelada à higiene e segurança do trabalho; e, de outro lado, inevitavelmente pauta-se na convicção de que, em se tratando esse de um direito fundamental da pessoa do trabalhador e, portanto, uma norma cogente, conseqüentemente, não poderia o sindicato dela dispor no sentido de transacionar direitos individuais dos trabalhadores da categoria que representa, sob pena de ofensa à Ordem Jurídica.

Ora, se, no caso do intervalo intrajornada, o Tribunal Superior do Trabalho empreender um posicionamento jurisprudencial firmado sob a égide da necessidade de respeito à limitação legal da jornada laboral, certamente inspirado nas teses da indisponibilidade de normas de direitos humanos fundamentais de índole sócio-trabalhista e da limitação do fenômeno da flexibilização das leis trabalhistas mesmo nas hipóteses em que a lei o alberga, pergunta-se: interesses de que ordem – senão políticos –, levariam o TST a se posicionar de modo tão divergente em matéria idêntica?

Ainda que o leitor, a primeira vista, negue-se a absorver tal informação, certamente com a reflexão gradual construirá um posicionamento com uma percepção crítica substancialmente similar àquela ora apresentada.

E, diga-se de passagem, que aqui não se trata de defendermos verdades absolutas – nas quais, frise-se, não cremos, nem muito menos desejaríamos ser portadores. Trata-se, na realidade, de verificar o óbvio quanto a pelo menos um conteúdo desses

dois entendimentos jurisprudenciais: sua matéria jurídica é idêntica, já que ambos se debruçam sobre a temática da limitação da duração diária do trabalho obreiro como direito constitucionalmente tutelado.

Ultrapassadas as pontuações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o item I da Súmula n. 85, agora passaremos a buscar comprovar, por meio da proposta de Robert Alexy, o manejo inadequado para solucionar a colisão de princípios envolvidos na situação “legislada” pelo TST através da atividade hermenêutica.

Na situação prevista pelo item I da Súmula n. 85 do TST, sob o enfoque da Colisão de Princípios (e Direitos Humanos Fundamentais), em tese, teríamos aqui uma colisão de direitos fundamentais em *sentido estrito*, envolvendo *direitos fundamentais diferentes*, quais sejam: *o lado positivo do direito fundamental de contratar* (empreender) e *o lado negativo do direito fundamental à saúde, ao lazer, à duração normal do trabalho* (à vida sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana), no sentido de não permitir que outrem lhe retire tais bens jurídicos tutelados por lei.

O Critério da Ponderação nessa hipótese nos indica que tal colisão tenha ocorrido numa situação concreta específica em que o empregado se sujeita a fazer um acordo individual escrito e amplo o possível para realizar sobrejornada quando o empregador assim solicitar, estando movido pelo medo da perda do emprego ou pela necessidade de uma maior remuneração.

Diga-se, desde já, que essas também são premissas que condizem com o contexto da realidade sócio-econômica da grande massa de trabalhadores brasileiros.

Seguindo a linha da Ponderação, deparamo-nos com a 1ª etapa desse processo, qual seja, a *adequação*, instante este em que, após analisarmos as possibilidades fáticas que envolvem a colisão, devemos verificar se o meio de solução empregado pelo TST para solucionar o impasse se desvia, ou não, da finalidade precípua dos Princípios de Direito Humanos Fundamentais em exame. Aqui ainda não verificamos uma desproporcionalidade muito visível no que concerne aos fins e aos meios utilizados para solucionar o impasse, salvo quanto ao diagnóstico de um certo

excesso no direito de contratar por meio da estipulação de cláusulas que podem vir a ameaçar a saúde do empregado. Contudo, acreditamos que necessitamos partir para a segunda etapa desse processo para que argumentos de índole somente ideológica ou axiológica não venham a ser utilizados como ferramentas únicas por nós empregadas.

Na fase denominada de *necessidade*, a resposta nos parece bem clara, visto que dentre os meios possíveis de solução para o caso em que o empregado firma acordo individual e amplo no sentido de trabalhar em sobrejornada recebendo sua paga em forma de compensação, a solução encontrada pelo entendimento sumulado constante no seu item I, parece-nos ser a mais restritiva ao direito individual do obreiro, já que, nessa situação, o empregado encontra-se num estado de fragilidade econômica tal, que a permissão de pactuar individualmente referida cláusula contratual é claramente atentatória ao seu direito fundamental de preservar sua saúde através da regular duração do trabalho que exerce e, assim, reflexamente, gozando também de seu direito ao lazer e à vida familiar, ou seja, a viver dignamente.

Acreditamos que essa fase da Máxima da Ponderação já seria o bastante para averiguarmos o equívoco do posicionamento jurisprudencial adotado pelo TST quanto ao item I da Súmula n. 85, posto que aqui se está diante de um mínimo legal cuja transação há de ser respaldada, calcada de eficientes instrumentos jurídicos que evitem desvios acerca da real vontade das partes contratantes e que revelem o verdadeiro interesse o qual lhes move a transacionar.

Há que se registrar, mais uma vez, que a solução para a colisão ora analisada não se encontra unicamente por via da teórica alemã, já que o próprio Ordenamento Jurídico pátrio nacional é propício para o estabelecimento de uma hermenêutica constitucional pautada pelo Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, motivo pelo qual não seria razoável a disponibilidade do direito aos bens acima descritos (saúde, lazer, trabalho com duração normal, vida) como meio de manutenção de um contrato abusivo cuja pactuação já parte de um estado de desigualdade econômica entre as partes que, sem dúvida, passíveis de grande questionamento e da presunção de coação – na forma do art. 9º da CLT –, os atos

voltados a “desvirtuar, impedir ou fraudar” os direitos trabalhistas constantes na CLT, cuja consequência é a nulidade de pleno direito de cada um deles.

Então, como poderia ser outra a solução também oferecida pela hermenêutica constitucional, na esteira vetorial da dignidade da pessoa humana, a partir do momento em que se está diante de bens como a saúde e a vida, em posição antagônica à liberdade de contratar?

Os fundamentos da República, da Ordem Econômica e da Ordem Social do Brasil calam toda e qualquer dúvida a esse respeito e denunciam o lastimável posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho que, novamente, se mostra mais preocupado em cultivar o *valor* constitucional da *livre iniciativa* do que o do *valor social do trabalho* e o da *dignidade da pessoa humana*.

Com efeito, convém registrar que as terias formuladas pelo novo molde do constitucionalismo hodierno tem, também no Ordenamento Jurídico do Brasil, um arcabouço jurídico à disposição daqueles que, cientes de seus ofícios como profissionais do Direito, deles façam uso, inclusive, como antídotos a esses modelos de interpretações e de aplicações da norma constitucional empenhados em restringir a eficácia dos direitos humanos fundamentais, inclusive pela via de posicionamentos jurisprudenciais criados com o claro fim de minimizar, senão anular, a força e a eficácia de normas constitucionais fundamentais do próprio Sistema.

4 CONCLUSÃO

“O tempo é a minha matéria, o tempo presente, os homens presentes, a vida presente.”
(Carlos Drummond de Andrade)

No decorrer de toda a confecção deste trabalho, convivemos com o latejar da pergunta que nos levou a desenvolvê-lo: Como convivem os Princípios do Valor Social do Trabalho e da Livre Iniciativa na perspectiva do Direito Constitucional do Trabalho?

Polêmicas à parte, julgamos fundamental salientar que, por termos por *ciência* o estudo que se debruça sobre um objeto visando formar uma teoria que tenha contribuição para a prática, não poderíamos negar ao Direito esse mister.

O encaminhamento de nossas sugestões neste estudo, por certo que primeiramente direcionou-se a nós mesmos; pessoas inseridas num momento histórico de tamanha complexidade que carecem de ler, reler e aperfeiçoar o olhar científico conforme a experiência factual. Não há como deixar o Direito fora desse processo, já que é exatamente por meio dele que se travam e se mantêm todas as relações humanas deste Estado Social e Democrático de Direito que é o Brasil.

É fato consumado que a contribuição prestada por Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gomes Canotilho e Ingo Wolfgang Sarlet – dentre tantos outros estudiosos aqui não mencionados, mas igualmente empenhados na consolidação de comportamentos mais fidedignos com os anseios da sociedade de seu tempo e lugar em relação ao Direito – levou-nos a recorrer ao estudo de suas teorias, dando ênfase ao Direito Constitucional do Trabalho.

Desta forma, fizemo-lo procurando contextualizar o manancial teórico, legal, doutrinário e jurisprudencial e, ao mesmo tempo, ocupando-nos em prestigiar as expectativas do cidadão comum, de uma forma que pudesse vir a convidar os profissionais do Direito inseridos nos mundos forense e acadêmico a, no ato gnoseológico de compreender, ousar relativizar o fenômeno criador legislativo como

modo de descobrir os motivos dos inúmeros fatos sociais que envolvem a relação capital *versus* trabalho, sempre em prol de uma fidedigna perspectiva interpretativa e aplicativa da norma jurídica constitucional sócio-trabalhista, à luz da realidade e dos valores vigentes na sociedade brasileira.

Estamos convictos das polêmicas que permeiam as soluções propostas – inclusive aquelas por nós sintetizadas –, bem como das dificuldades em se vivenciar, na *práxis* do Direito, muitos dos Princípios e Direitos tidos como Fundamentais para a Teoria Constitucional contemporânea, cuja essência urge que continue a ser repensada criticamente, especialmente em relação aos paradigmas e tradições que se apresentavam até há pouco tempo inabaláveis, perpetuando dogmas e práticas, muitas vezes, causadoras da descrença social em relação ao Direito como efetivo instrumento de viabilização da paz e da justiça social.

Todo o processo de mudança é gradativo e lento, mas oxalá que, em cadinhos de experimentação, tais caminhos venham a ser construídos.

Mesmo no Direito, a inovação buscando sustento no acesso às práticas jurídicas libertadoras socialmente, a nosso ver, é mais nobre do que a manutenção de um *status quo* de pouca ressonância social, até às custas de novos erros, que, sem dúvida, serão rapidamente revertidos ante a postura ontológica existencial que aqui defendemos ser fundamental para a atividade hermenêutica constitucional.

Assim, sabedores que ninguém pode interferir na consciência individual de cada intérprete e aplicador do Direito, a depender do olhar, nossa linha de raciocínio jurídico oscilará entre um juízo de valor que a terá por adequada ou ineficiente, certa ou errada.

Desta forma, encerramos essa empreitada com o sentimento de quem tentou contribuir, partilhando um pouco de conhecimento acumulado, com vistas a buscar contextualizá-lo à realidade sócio-político-jurídica nacional mediante algumas alternativas de sistematizações já consolidadas, apropriando-nos daquilo que se nos configura coerente ao universo jurídico e a experiência social e nacional.

Do núcleo central dessa abordagem, emergiu e ascendeu o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Jurídica brasileira como verdadeiro vetor direcionador de

toda a atividade interpretativa e aplicativa da norma jurídica constitucional, chegando, por vezes, a romper com a tradição e a optar pela experimentação do novo em busca da sintetização de propostas jurídicas a serem testadas através de um sujeito ativo e responsável que há de emergir da hermenêutica, sempre aptas a apresentar soluções jurídicas mais eficazes às demandas advindas dos conflitos oriundos da relação capital *versus* trabalho.

Somente após ter reincidentemente perpassado pela tensão natural existente entre o texto normativo e sua aplicação concreta, poder-se-á verificar a eficiência do proposto neste ensaio sem maiores méritos, mas certa de que o compromisso sério e responsável de simplesmente ratificar uma posição de descrença na existência de fórmulas prontas, capazes de resolver todos e quaisquer conflitos jurídicos de modo idêntico. Cremos que, especialmente no contexto da Modernidade, a maior parte das efetivas soluções jurídicas prescinde de rótulos, já que as relações estabelecidas no universo jurídico se revestem das mais diversas características e intenções, exceto a de unilateralidade.

O bom ânimo em conhecer para servir foi o objetivo principal deste texto, tão-somente comprometido com a agregação entre o Direito e os valores em vigor na atual sociedade brasileira. *Locus* em que pulsa a vida, os desejos de criar e de reconstruir uma Nova Ordem que prime, efetivamente, em tornar eficazes as normas tutelares da Dignidade da Pessoa Humana, em especial no cerne das relações de índole sócio-trabalhista.

Este foi e continuará sendo o nosso desafio: a cada momento em que nos colocarmos em posição de compreender a normas jurídicas constitucionais sócio-trabalhistas, fazemo-lo pelas lentes de construções teóricas que mais sejam fieis à real facticidade humana da sociedade em questão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 217, jul./set., 1999.

_____. **Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida em 10.12.98, Rio de Janeiro, junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa (tradução Gilmar Ferreira Mendes).

_____. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, J. A. Lindgren. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1994.

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo e Pósfacio de Celso Lafer. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídicas dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

_____. Repensando o Sindicato sob a ótica da globalização. In: FREDIANI, Yone e SILVA, Jane Granzoto Torres (coords.). **O Direito do Trabalho na sociedade contemporânea**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001, p. 84-95.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Instituições Civis no Direito do Trabalho**: curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade Social das Empresas**: Práticas Sociais e Regulação Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BOBBIO Norberto, MATTEUCCI Nicola e PASQUINO Gianfranco. **Dicionário de Política**.12.ed. Trad. Carmem C. Varriale et. al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, José Souto Maior. "Pró-dogmática: Por uma hierarquização dos princípios constitucionais. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n.1, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Decreto-lei nº5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das leis do trabalho. In: _____. **Consolidação das leis do trabalho**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição para o estudo do Direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 1998.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito Constitucional**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

CARELI, Rodrigo de Lacerda. Direitos fundamentais sociais e direitos fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, p. 253-257, jan./março. 2003.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1995

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais para uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIOVANNI, Reale. **História da Filosofia**: do Romantismo até nossos dias. Vol. 3. São Paulo: Paulus, 1991.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do Trabalho e Dignidade da Pessoa Humana no Contexto da Globalização Econômica**. São Paulo: LTr, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade**. In: _____. (Coord.). **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HART, H.L.A. **O Conceito do Direito**. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direitos Adquiridos em face da Constituição: proposta de um novo paradigma**. 2003. Tese de Doutorado em Direito (Constitucional). Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

_____. **O Conceito de Princípios na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy**. Vitória. Artigo não publicado. 2004. 26p.

JUCÁ, Francisco Pedro. **A Constitucionalização dos Direitos dos Trabalhadores e a Hermenêutica das Normas Infraconstitucionais**. São Paulo: LTr, 1997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito e Processo do Trabalho: na perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **O Direito e o Processo do Trabalho na Teoria Geral do Direito**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Ação Civil Pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público**. São Paulo: LTr, 2001.

LEONARDO DA SILVA, Sayonara Grillo Coutinho. **Direitos Fundamentais e Liberdade Sindical no Sistema de Garantias: um diálogo com Luigi Ferrajoli**. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VI, n. 06, p.245-265, junho/2005.

LOPES, Ana Maria D'ávila. Hierarquização dos direitos fundamentais sociais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, n. 34, p.169-183, jan./março 2001.

MALLET, Estevão. Direitos de Personalidade e Direito do Trabalho. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, n.11, p. 1309-1318, vol. 68, nov. 2004.

MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia Existencial do Direito**: crítica do pensamento jurídico brasileiro. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MESSIAS DA SILVA, Leda Maria. Dano Moral: direitos de personalidade e o poder diretivo do empregador. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, n.04, p. 420-423, vol. 69, abril 2005.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos Direitos Fundamentais**: contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Os Direitos Sociais nas Constituições Brasileiras**. In: PELLEGRINA, Maria Aparecida e TORRES DA SILVA, Jane Granzoto (Coords.). **Constitucionalismo Social**: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello. São Paulo: LTr, 2003, p. 39-55.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948**. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>>. Acesso em 03 out. 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PERÉZ LUÑO, Antonio Enriquece; CASCAJO CASTRO, José; CASTRO CID, Benito de; GÓMEZ TORRES, Carmelo. **Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema**. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O Estado Democrático de Direito e os Conflitos de Ideologias.** São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRÍGUEZ, Americo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1993.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva:** teoria e prática jurisprudencial. São Paulo: LTr, 2004.

SANTOS, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, p. 89/94, abr./jul. 1998.

SARDEGNA, P. C. **Entropía de las normas laborales.** Buenos Aires: Eudeba, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.** 4.ed. Rio Grande do Sul: Editora dos Advogados, 2006.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 5.ed. Rio Grande do Sul: Editora dos Advogados, 2005.

_____. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica:** (Neo) Constitucionalismo: ontem os códigos hoje, as constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 02, p.121-168, anual, 2004.

_____. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. **Revista Interesse Público.** Rio Grande do Sul: Nota Dez, n.17, p.57-74, jan./fev. 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2001

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. São Paulo: LTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21.ed. vol. I. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIANA, Marco Túlio. O Sindicato e a proteção ao emprego. In: In. VIDOTTI, Tércio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (Coord.). **Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: LTr, 2003.

WEIS, Carlos. **Os Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.