

# Universidade do Estado do Rio de Janeiro

# Centro de Ciências Sociais Faculdade de Direito

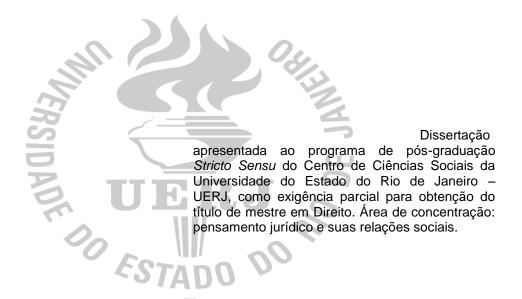
Flávia Amaral Sette

O Direito do Trabalho e o Supremo TribunalFederal: reflexões sobre a autonomia dogmática laboral e o neoconstitucionalismo, a partir do Recurso Extraordinário de n. 895.759/PE

Rio de Janeiro 2019

## Flávia Amaral Sette

# O Direito do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal: reflexões sobre a autonomia dogmática laboral e o neoconstitucionalismo, a partir do Recurso Extraordinário de n. 895.759/ PE



Orientadores: Prof. Dr. Eduardo Henrique Von Adamovich e

Prof. Dr. Ivan Simões Garcia

## CATALOGAÇÃO NA FONTE UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S495 Sette, Flávia Amaral

O direito do trabalho e o Supremo Tribunal Federal: reflexões sobre a autonomia dogmática laboral e o neoconstitucionalismo, a partir do recurso extraordinário de n. 895.759/PE / Flávia Amaral Sette. - 2019.

186 f

Assinatura

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Henrique Von Adamovich e Ivan Simões Garcia.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Brasil. Supremo Tribunal Federal - Teses. 2.Direito do trabalho - Teses. 3.Decisões - Teses. I.Von, Adamovich, Eduardo Henrique. II. Garcia, Ivan Simões. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 349.2

Data

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que
citada a fonte.

## Flávia Amaral Sette

# O Direito do Trabalho e o Supremo TribunalFederal: reflexões sobre a autonomia dogmática laboral e o neoconstitucionalismo, a partir do Recurso Extraordinário de n. 895.759/ PE

Dissertação apresentada ao programa de pósgraduação *Stricto Sensu* do Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito. Área de concentração: pensamento jurídico e suas relações sociais.

Aprovada em27 de fevereiro de 2019. Banca examinadora: Prof. Dr. Eduardo Henrique Von Adamovich (Orientador) Faculdade de Direito - UERJ Prof. Dr. Ivan Simões Garcia (Orientador) Faculdade de Direito - UERJ Prof. Dr. José Ricardo Cunha Faculdade de Direito - UERJ Prof. Dra. Carolina Lins Mesquita Universidade Federal do Rio de Janeiro Prof. Dr.Roberto Norris Universidade Cândido Mendes Prof. Dr.Leonardo Sant'Anna Faculdade de Direito - UERJ

Rio de Janeiro

# **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho a Deus, à minha mãe Célia Maria Amaral Sette, à minha tia (*in memoriam*) Damiana Amélia do Amaral e ao meu pai Flávio Alves Sette, os responsáveis diretos e indiretos pelo sucesso do meu atual plano reencarnatório.

## **AGRADECIMENTOS**

Cheguei até aqui, assim como muitas outras pessoas, vencendo obstáculos e superando limites.

Na realidade não cheguei sozinha, pois sei que estamos sempre acompanhados daqueles que acreditam na nossa capacidade, antes mesmo de sabermos que somos capazes de realizar quaisquer feitos.

Uma dessas pessoas que não posso esquecer e de quem jamais esqueceria é o meu querido professor e amigo Edson, a quem agradeço pela possibilidade de me conceder uma educação de qualidade e aconselhamentos que levo para toda a vida.

Outra pessoa que me acompanhou e que me acompanhaaté hoje é a professora e amiga Sonia Chi, a quem agradeço imensamente pelo carinho e devotamento.

No mundo acadêmico tive um anjo guardião, que me direcionou e me guiou no universo da pesquisa, o professor Ivan Simões Garcia, a quem agradeço pela oportunidade única de tornar-me uma pesquisadora.

Ainda no mundo acadêmico tive outro Guia o professor Eduardo Henrique Von Adamovich, que me acompanhou durante o desenvolvimento do estágio acadêmico e nas pesquisas de direito do trabalho, a quem agradeço pelo acolhimento e sabedoria comigo compartilhadas.

Não poderia me esquecer dos professores José Ricardo Cunha, Leonardo da Silva Sant'anna, Luís Roberto Barroso e Gustavo Siqueira, pessoas que auxiliaram bastante o meu desenvolvimento enquanto acadêmica e pesquisadora, pessoas acessíveis em um universo que é conhecido por se ter pouca acessibilidade.

Com relação à área jurídica agradeço à competente Dra. Kíria Simões Garcia, uma pessoa humana e sábia que sem dúvida alguma se reveloucomo a melhor juíza com a qual já trabalhei.

Além desses, muitos outros me ajudaram a quem também agradeço.

O auxílio financeiro que a CAPES me concedeu foi de fundamental importância para o começo, desenvolvimento e fim dessa pesquisa.

## **RESUMO**

SETTE, Flávia Amaral. **O Direito do Trabalho e o Supremo TribunalFederal**: reflexões sobre a autonomia dogmática laboral eoneoconstitucionalismo, a partir do Recurso Extraordinário de n. 895.759/ PE. 2019. 186 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de janeiro, 2019.

Este trabalho tem por objetivo demonstrar que algumas decisões proferidas, em controle de constitucionalidade difuso, pelo Supremo Tribunal Federal (STF),em matéria trabalhista vulneram a sua autonomia científica dogmática. Esse efeito prejudicial decorre da não observância ou da aplicação indevida dos princípios do direito laboral, nas decisões sobre a relação laboral. A vulnerabilidade, em questão, ocorreria em razão da preferência do Supremo Tribunal Federal posicionamento neoconstitucional equivocado. Busca-se inicialmente demonstrar como o sistema de mercados, na França e na Inglaterra, interviu na relação laboral, bem como quais as particularidades e aspectos ligados ao reconhecimento científico dessa disciplina e quais de seus princípios foram afetados pelas ditas decisões. Cuida-se do estudo da corrente de pensamento original, enunciado pela escola italiana e por Jürgen Habermas, caracterizado pela condensação do discurso democrático, racional, valorativo e ético acoplado ao Direito, para em seguida demonstrar as deturpações que vêm sendo feitas a essa corrente de pensamento no Brasil. Apresentam-se duas decisões, que servem de exemplares da vulneração ocasionada ao direito do trabalho. O estudo basicamente traz como ideia principal a percepção de que a atuação do Supremo Tribunal Federalnão condiz com o caminho evolutivo e metodológico que o Direito laboral possui.

Palavras-chave: Autonomia dogmática. Neoconstitucionalismo. Supremo Tribunal Federal. Direito do Trabalho.

## **ABSTRACT**

SETTE, Flávia Amaral. Labor law and the supreme federal tribune: reflections on dogmatic labor autonomy and neoconstitutionalism, based on Extraordinary Appeal no. 895.759 / PE. 2019. 186 fls. Dissertação (Mestre em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019.

This paper aims to demonstrate that some decisions handed down in diffuse constitutionality control by the Federal Supreme Court (STF) in labor matters violate their dogmatic scientific autonomy. This harmful effect arises from the nonobservance or improper application of the principles of labor law in decisions on the employment relationship. The vulnerability, in question, would occur due to the preference of the Federal Supreme Court for the misconstitutional positioning. It seeks initially to demonstrate how the market system in France and England intervened in the labor relation, as well as what particularities and aspects related to the scientific recognition of this discipline and which of its principles were affected by the said decisions. It takes care of the study of the original current of thought, as enunciated by the Italian school and by Jürgen Habermas, characterized by the condensation of the democratic, rational, evaluative and ethical discourse coupled with the Law, in order to demonstrate the misrepresentations that have been made to this current of thought in Brazil. Two decisions are presented, which serve as examples of the breach of labor law. The study basically brings as main idea the perception that the action of the Federal Supreme Court does not match as the evolutionary and methodological path that labor law has.

Keywords: Dogmatic autonomy. Neo-constitutionalism.Federal Court of Justice. Labor Law.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACTAcordo Coletivo de Trabalho

ADIAção Direta de Inconstitucionalidade

Ag. Agravo

ADPF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

BESCBanco do Estado de Santa Catarina

CCT Convenção Coletiva de Trabalho

CF Constituição Federal

CLT Consolidação das Leis do Trabalho

CPCCódigo de Processo Civil

DJMGDiário de Justiça de Minas Gerais

2ª GM2ª Guerra Mundial

**HCHabeas Corpus** 

INSSInstituto Nacional de Seguridade Social

MSMandado de Segurança

MPTMinistério Público do Trabalho

n.número

OJOrientação Jurisprudencial

PDIPlano de Dispensa Incentivada ou Programa de Desligamento

Incentivado

PDVPlano de Demissão Voluntária

PE Pernambuco

RclReclamação

Rec. Recurso

RERecurso Extraordinário

RSRio Grande do Sul

SC Santa Catarina

SDISeção de Dissídios Individuais

STFSupremo Tribunal Federal

STJ Supremo Tribunal de Justiça

TRTTribunal Regional do Rio de Janeiro

UERJ Universidade do Estado do Rio de Janeiro

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O DIREITO DO TRABALHO	14
1.1 Aspectos metodológicos	14
1.2 O sistema de mercados e as regulações sociais	18
1.3 A experiência inglesa	23
1.4A experiência francesa	28
1.5 As particularidades do Direito Laboral	36
1.6 A autonomia científica, dogmática do Direito Laboral	45
1.7 Os princípios do Direito Laboral	52
O NEOCONSTITUCIONALISMO	66
2.1 O conceito	66
O NEOCONSTITUCIONALISMO E A JURISDIÇÃO CONSTITU	CIONAL
NO BRASIL	90
3.1 Aspectos críticos gerais	90
3.2 Aspectos críticos específicos: o neoconstitucionalismo no	Brasil,
apartir da perspectiva de autores estrangeiros e brasileiros	.112
3.2.1 As decisões constitucionais fundadas em valores morais	
subjetivos	119
3.2.2Os princípios na ótica neoconstitucionalista	123
3.2.3 As decisões constitucionais fundadas em argumentos do senso	
comum	128
3.2.40 papel da jurisdição constitucional do Brasil	132
AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	141
4.1 A decisão do recurso extraordinário 590.415/SC	144
4.2 A decisão do recurso extraordinário 895.759/PE	163
CONCLUSÃO	172
REFERÊNCIAS	178

# INTRODUÇÃO

O direito do trabalho nos últimos anos vem sofrendo grandes transformações no cenário legislativo e jurisprudencial, dentre elas podemos destacar a recente reforma trabalhista. Nos últimos trinta anos com o advento da Constituição de 1988, as matérias ligadas aos direitos sociais também passaram por grandes transformações. A magna carta brasileira ganha a cada dia mais relevância e a sua interpretação também. E, disso decorre a grande relevância de que goza a nossa Suprema Corte.

O Supremo Tribunal Federal é importante ao ordenamento jurídico não apenas por ser a última instância de revisão judicial, mas, principalmente, pela função que possui de guardar a Constituição, o que significa ter a última palavra sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das leis e atos normativos emanados pelo poder público e, também, sobre a própria Constituição.

A interpretação que o guardião da Constituição faz encerra as suas linhas explícitas e implícitas. E, isso significa que ao Supremo Tribunal Federal cabe o papel de Oráculo Jurídico da modernidade.

O reconhecimento de poder a uma Instituição faz com que sobre ela recaíam maiores responsabilidades, não só sobre a dita instituição, mas também sobre seus agentes. Desse modo, é imperioso o estudo do papel que o STF, vem exercendo na atualidade em relação ao Direito do Trabalho, no que tange ao reconhecimento de sua autonomia científica.

Apesar de estarmos em um período marcado por grandes transformações, ocorridas na seara laboral e constitucional, ainda, pairam grandes lacunas no saber, no que tange ao papel que a nossa corte vem exercendo com relação ao direito laboral. Daí surge o objetivo dessa investigação, de descortinar as temáticas laborais e constitucionais que envolvem a atuação do STF.

A opção por esse estudo decorreu do interesse que a autora tem nutrido pelo direito do trabalho e pelo direito constitucional, visto que essas duas disciplinas apresentam a possibilidade de dialogar de forma harmônica e, a partir daí, resolverem grandes percalços constitucionais no viés laboral. Cabe dizer, que odiálogo a que se faz referência nessa investigação é o diálogo entre o direito do trabalho e o neoconstitucionalismo.

O direito laboral passou por um longo período de reajustes e de aprimoramento para que sua autonomia científica fosse reconhecida pela doutrina, contudo, na atualidade, ainda sofre questionamentos e oposições, advindos do período pré e pós-reforma laboral. Enquanto, o neoconstitucionalismo é uma corrente de pensamento que busca aliar os princípios, os valores morais, a ética, os padrões racionais e democráticos ao direito. Essa corrente de pensamento ainda não se firmou no Brasil, pelo menos no que tange à sua variação original. Assim, torna-se necessária a existência de uma ponte entre algo que está se desconstruindo e algo que está buscando se reafirmar, para que os dois possam servir de complemento e de fortalecimento mútuo.

A união desses dois elementos pode fornecer respostas mais coesas e coerentes não só ao Supremo Tribunal Federal, quanto aos questionamentos constitucionais envolvendo a seara laboral, como também a todos os demais órgãos judiciais que estão em posição hierárquica de menor graduação e, além disso, fazer com que essa temática seja cada vez mais discutida e mais pesquisada no ambiente acadêmico.

Para viabilizar a problematização pretendida, adota-se o pressuposto de que o neoconstitucionalismo complementa o positivismo jurídico e de que os princípios de direito do trabalho são os que servem tanto ao direito individual, quanto ao coletivo.

A escolha do objeto de estudo fez-se a partir do resultado da pesquisa de doutorado da autora portuguesa Maria Rosário Palma Ramalho sobre a autonomia do direito do trabalho português, apresentada a mim pelo Professor Doutor Eduardo Von Henrique Adamovich, bem como pelas discussões ocorridas no Grupo de Pesquisa do Professor Doutor Ivan Simões Garcia sobre o papel da pesquisa de direito do trabalho, no período de reforma trabalhista, no qual ocorreram fortes ataques ao direito laboral e, por último, pela apresentação da temática neoconstitucional, no grupo de pesquisa chefiado pelo Professor Doutor Luís Roberto Barroso.

A reunião dessas temáticas trouxe algumas dificuldades a serem enfrentadas pelas pesquisas, tais como compreender como o direito do trabalho vem evoluindo desde o período pré-industrial; quais dificuldades surgiram ao fenômeno laboral com relação à sua interação com o sistema de mercados; quais particularidades ele

possuía em relação às demais disciplinas; o que significava o reconhecimento de sua autonomia dogmática e como isso poderia ser aplicado ao Brasil.

No que tange ao papel da pesquisa de direito do trabalho frente aos fortes ataques que a seara laboral vinha sofrendo, durante o período da reforma trabalhista, a principal dificuldade que se enfrentou foi a de responder a elas pela perspectiva da pesquisa, ou seja; através do seu viés objetivo e não subjetivo.

Por sua vez, a principal dificuldade da pesquisa, no que tange ao conhecimento da corrente neoconstitucional, deu-se em relação à confusão doutrinária quanto ao papel que ela deveria exercer frente aos clamores éticos, democráticos e de princípios a serem inseridos no discurso jurídico, uma vez que alguns intérpretes neoconstitucionais buscam interpretar esses clamores ao seu modo, o que os levam/conduzem a criar correntes neoconstitucionais próprias.

Na parte que investiga e testa a hipótese geral, nas decisões proferidas nos recursos extraordinários objetos desse estudo, a principal dificuldade dessa investigação decorreu da dificuldade de conciliar os papéis de advogada e de pesquisadora. Separar esses papéis foi a tarefa mais difícil, mas que se buscou seguir a partir do caminho metodológico criado nas seções anteriores.

A primeira seção tratou do Direito do Trabalho e foi dividida em sete subseções: a primeira buscou evidenciar a ligação existente entre o sistema de mercados e a regulamentação laboral; a segunda evidenciou a experiência inglesa nessa ligação; a terceira enfatizou a experiência francesa; a quarta destacou as particularidades do direito laboral em comparação com os demais ramos do direito; a quinta demonstrou o que significa o reconhecimento da autonomia do direito laboral e a relação dela com os princípios laborais, que não foram aplicados pelo STF nas decisões em Recursos Extraordinários de n. 890.759/ PE e de n. 590.415/SC; a sextadestacou a autonomia dogmática e a sétimase ocupouda autonomia dogmática e os seus princípios.

O marco teórico dessa seção está fundado, respectivamente, nas ideias de: Robert Castel, Karl Paul Polanyi, George Gurvicht, Héctor Hugo Barbagelata, Mário de la Cueva, Maria do Rosário Palma Ramalho, Américo Plá Rodrigues e Alfredo Ruprechet.

A segundaseção tratou do neoconstitucionalismo puro, na primeira subseção, em que se demonstrou o seu conceito, as suas características e os seus tipos:

teórico, metodológico e ideológico a partir dos estrangeiros: Suzanna Pozzolo, Mauro Barberis, Paolo Comanducci, Alfonso Garcia Figueiroa, Luigi Ferrajoli, Pietro Sanchís e Riccardo Guastini.

A terceiraseção abordou como o neoconstitucionalismo vem sendo aplicado pela jurisdição constitucional brasileira, em que se evidenciou a sua aplicação equivocada baseada na distorção de seus pressupostos teóricos, em que se demonstrou essa aplicação a partir de decisões constitucionais que estão fundadas em valores morais subjetivos, em princípios, em argumentos de senso comum e também foi destacado nesse contexto o papel que vem sendo ocupado pela jurisdição constitucional. O marco teórico dessa seçãofoi representado por Eros Roberto Grau, Lenio Streck e Noberto Bobbio.

<u>Na quartaseção</u>foram analisadas as decisões proferidas pelo STF, nos Recursos Extraordinários, de n. 590.415/SC e de n. 890.759/ PE, em que se demonstrou quais os aspectos do direito laboral foram vulnerados, em matéria de princípios, particularidades, questões de sua autonomia e como as decisões vulneram o próprio neoconstitucionalismo a partir de sua aplicação equivocada.

A situação-problema investigou se houve vulneração dos princípios laborais e, consequentemente, de sua autonomia dogmática, que foram desrespeitados na decisão proferida em RE 890.759/ PE, bem como se essa vulneração, caso tenha ocorrido, se deu em razão da ideologia neoconstitucional que teria sido adotada por este tribunal.

A hipótese geral foi a de que a decisão proferida em RE 890.759/ PE, por ser uma decisão neoconstitucional equivocada, que se caracteriza pela utilização de argumentos de senso comum, utilização de valores morais subjetivos e de princípios, vulnerou a autonomia científica dogmática do direito laboral, pelo desrespeito aos princípios laborais. E que todas as demais decisões que desrespeitam qualquer princípio laboral vulneram, por consequência, a autonomia dessa ciência.

No objetivo geral demonstramos que ocorreu desrespeito aos princípios laborais na decisão proferida em RE 890.759/PE, o que vulnerou a autonomia científica do direito do trabalho e que, por conseguinte, toda e qualquer decisão que proceda desse modo vulnera também a autonomia desse Direito.

Nos objetivos específicos, na primeira seção, contextualizamos (exposição e análise) o direito do trabalho, a relação dele com o sistema de mercados, ressaltar a experiência inglesa e francesa no que se refere à essa relação; identificar no que consiste a autonomia científica dele, dando maior enfoque à dogmática e o quê representa os princípios laborais nesse contexto; nos da segunda seção destacamos o neoconstitucionalismo em sua acepção original e evidenciamos seus problemas teóricos; nos da terceira seção ressaltamos a aplicação equivocada de neoconstitucionalismo pela jurisdição constitucional e no da quarta seção aplicamos os argumentos das seções anteriores para testar a hipótese da pesquisa. A metodologia com a qual se identificaram os propósitos dessa investigação foi a jurídico-projetiva (prospectiva).

O objeto da pesquisa pretendeu demonstrar que o STF, quando desrespeita princípios laborais em suas decisões e as fundamenta em argumentos de senso comum, ao invés de fundamentá-las em argumentos objetivos e racionais, vulnera a autonomia cientifica (dogmática), do direito laboral.

O marco teórico que fundamenta esse estudo segue a orientação: Robert Castel, Karl Paul Polanyi, George Gurvicht (aspectos do surgimento e do desenvolvimento do direito trabalho), Héctor Hugo Barbagelata, Mário de la Cueva (particularidades desse direito), Maria do Rosário Palma Ramalho (autonomia científica dogmática), Américo Plá Rodrigues, Alfredo Ruprechet (princípios dessa disciplina, não aplicados nos REs, em debate), Lenio Luiz Streck, Friederich Müller e Eros Roberto Grau (neoconstitucionalismo e argumentação de senso comum nas decisões jurisdicionais do STF).

## 1 O DIREITO DO TRABALHO

"É duro tanto ter que caminhar E dar muito mais do que receber E ter que demonstrar sua coragem À margem do que possa parecer E ver que toda essa engrenagem Já sente a ferrugem lhe comer [...]" Zé Ramalho, "Admirável Gado Novo"

# 1.1Aspectos introdutórios

O direito laboral surge como um movimento de reação aos excessos cometidos pelo sistema econômico capitalista, influenciado pelos ideais liberais (POLANYI, 2012); (CASTEL, 2015). A reação a que a doutrina se refere nada mais é do que um mecanismo de autoproteção natural, que a sociedade adotou para sobreviver à expansão voraz do sistema de mercados sobre ela. Qualquer organismo, que é invadido, busca repelir os seus invasores de alguma forma. O movimento expurgatório em si não é muito importante, ou seja, a reação pouco importa. Mas, importam os efeitos que ela consegue produzir de avanço ou de retrocesso. Assim é no corpo humano, na guerra e na implantação do direito laboral em um país de orientação capitalista. É um direito que cresceu em razão da existência de vários movimentos sociais, que buscavam combater as desigualdades preconizadas pelo sistema de mercados (POLANYI, 2012).

O surgimento da ordem jurídica laboral decorreu da necessidade que a sociedade tinha de sobreviver ao processo iniciado pelo capitalismo de sua desestruturação social.

O direito laboral surge como um movimento de reação aos excessos cometidos pelo sistema econômico capitalista, influenciado pelos ideais liberais (POLANYI, 2012); (CASTEL, 2015).

A reação a que a doutrina se refere, nada mais é do que um mecanismo de autoproteção, natural, que a sociedade adotou para sobreviver à expansão voraz do sistema de mercados, sobre ela.

## Sobre essa hipótese, Ivan ressalta:

O desenvolvimento das forças produtivas chega à fase capitalista convertendo trabalho em trabalho alienado. Subtraídos os meios de produção, resta ao trabalhador, para sobreviver alienar sua força de trabalho (...) o capitalismo inverte a potencialidade do trabalho como elemento humanizador, reduzindo-o a um instrumento de geração de riqueza privada (...). (GARCIA, 2014, p.92).

A ordem jurídica laboral se desenvolveu como um instrumento de pressão da ordem econômica vigente, na qual predominava a ideologia da acumulação de capital e da lucratividade exacerbada. Essa pressão representa um movimento de contenção das ideologias (capitalista e liberal) que buscava produzir a superexploração do trabalho.

O direito do trabalhofoi criado com a finalidade de amenizar os efeitos avassaladores da lógica capitalista aplicada à exploração do trabalho humano. (POLANYI, 2012). Esse sistema econômico produziu a devastação social na Inglaterra e na Françaindustriais. O que se poderia fazer em relação a esses resultados era evitar que eles ocorressem novamente, por conta dos mesmos motivos. Isso foi o que aconteceu.

No período industrial, especialmente nas potências inglesa e francesa, a principal função da legislação social e fabril foi a de conter a expansão do sistema de mercados em relação aos operários das fábricas. Enquanto que na atualidade a função do direito do trabalho é a de tutelar o trabalhador, que é considerado a parte mais fraca da relação laboral.

Ele a cumpre, quando consegue elevar o empregado a uma maiorcondição de igualdade em relação ao seu empregador, adotando, para isso, mecanismos próprios. Isso significa dizer que é "um direito comprometido com a proteção do trabalho (...) e do trabalhador "(BARBAGELATA, 1996, p.16).

A proteção dos sujeitos participantes da relação laboral sempre foi a principal preocupação do direito do trabalho, desde o seu surgimento até os dias atuais.

Nos séculos XVIII e XIX, foram deflagradas grandes transformações sociais, econômicas, políticas e jurídicas (o individualismo deu lugar ao coletivismo e a doutrina civilista deu lugar à trabalhista) (POLANY, 2012), que colaboraram para o reconhecimento desse ramo do direito como ciência (RAMALHO, 2000).

Não é demais destacar que embora tenham ocorrido inúmeras transformações, entre os séculos XVIII e XIX, que influenciaram o surgimento desse direito, o trabalho sempre existiu como forma de manifestação humana. Acredita-se que essa manifestação era regulada de alguma forma, pois ela produzia resultados, que demonstravam haver uma espécie de organização que impunha regras.

O que se deu a partir da Revolução Industrial foi uma sistematização da ordem jurídica laboral pela exagerada utilização do trabalho, pelos industriais em busca do lucro, direcionada pelo Estado que teve intenso apoio popular. Assim é possível afirmar que o direito laboral é fruto do desenvolvimento das relações do trabalho, que antecederam ao período industrial e que, a partir dele, produziu a deterioração dessas mesmas relações.

O direito do trabalho é um direito transformador, que "representa uma mudança na forma de conceber a igualdade das pessoas" (BARBAGELATA, 1996, p.16). É uma ordem que regulamenta indivíduos desiguais, a partir da utilização de instrumentos que buscam promover uma certa igualdade.

O direito ao trabalho é um direito fundamentale, como tal, deve ter a máxima efetividade, visto que o valor social do trabalho é um fundamento da República Federativa do Brasil. Segundo Alexy, esse é um critério estrutural e substancial, usado para identificar normas de direito fundamentais, enunciado por Karl Schimit. (ALEXY, 2008, p.66)

É uma ordem jurídica que rompe com a antiga eanuncia uma novamaissocialem relação a anteriorque era extremamente liberal. Emboraela tenha rompido com a ordem que afirmava liberdade, é uma ordem que luta pela afirmação da liberdade do homem, mas que,para isso, enfatiza primeiroa necessária independência do indivíduo frente às forças econômicas.

Mário de la Cueva<sup>1</sup> sobre isso menciona: "(...) la subordinación de las fuerzas económico-sociales (...) el mayor pelygro para la libertad de los hombres (...)"(DE LA CUEVA, 1949, p.VII). Não há liberdade, sem independência.

A principal luta do direito do trabalhador é a luta em favor da liberdade negativaque, nas palavras de Georges Gurvicht, vem assim exemplificada: "A água

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> (...) a subordinação das forças socioeconômicas (...) é a maior ameaça à liberdade dos homens (...). Tradução nossa.

que corre por um cano o faz 'livremente', isto é, possui uma 'liberdade negativa' porquanto ela não encontra entraves' (GURVITCH, 1962, p.73).

Ivan enuncia, nesse sentido, que:

Ao invés do trabalho servir para a autorrealização plena e livre do ser humano, e de imediar sua própria individualidade e seu gênero criativo, sob o império do capital, o trabalho transforma-se justamente no oposto que castra a liberdade e a criatividade do homem, até que lhe converta, no animal (...) mais bestializado. (GARCIA, 2014, p.92)

Esses pensamentos trazem a impressão de que a liberdade individual só poderá ser alcançada, a partir do momento em que seja possível alcançar a liberdade do trabalho. E atraem para si, uma lógica, a de que o direito ao trabalho é um direito que representa um mínimo existencial<sup>2</sup>, sem o qual não há a dignidade da pessoa humana nem o direito a ter outros direitos. A teoria do Mínimo existencialjá vem sendo aplicada pelo STF, quanto ao direito do trabalho<sup>3</sup>.

Robert Alexy afirma, em sua teoria dos direitos fundamentais, ao abordar a teoria constitucional alemã, que para facilitar a identificação de uma norma de direito fundamental basta que seja verificado um critério de positivação, em que "são disposições de direitos fundamentais (...) todas as disposições do capítulo da Constituição alemã, intitulado 'Os Direitos Fundamentais ' (...)". (ALEXY, 2008, p.68)

O título II, da CF/88, intitulado de "Os Direitos e Garantias Fundamentais", afirma a liberdade de trabalho, em seu inciso XIII<sup>4</sup>. Assim é possível dizer que a

.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Referência à Teoria do Mínimo existencial. O Direito fundamental ao mínimo existencial é: (...)" um direito a um conjunto de prestações estatais que assegure a cada um (a cada pessoa) uma vida condigna (...) Na doutrina do Segundo Pós-Guerra, um dos primeiros a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequênciareferida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> "Todavia, em resguardo de valores alimentares e do mínimo existencial, a utilização de créditos havidos em outros processos observará os seguintes critérios: (i) não exceder a 30% do valor líquido recebido (por aplicação analógica das normas que dispõem sobre desconto em verbas alimentares (...)" Trecho da fundamentação, dada na ADI de 5766/ DF. BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.5766, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <a href="http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M">http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M</a>

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Art.5, XIII: é livre o exercício de qualquer trabalho (...). BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em:<a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm</a>>. Acesso em 10.05.2018.

liberdade do trabalho é uma norma de direito fundamental, logo essa liberdadedeve ser efetiva.

O principal influenciador do Direito laboral foi o Estado que o utilizoucomo ferramenta, para readquirir o controle da ordem econômica e social, tomada pelos grandes industriais capitalistas.

Sobre o papel do Estado em relação àatuação estatal, o jurista mexicano Mário de la Cueva, destaca: " (...) tampouco negamos la intervención del Estado, porque las fuerzas económicas han de moverse en el marco del orden jurídico y al Estado compete manternelas y restabelecer el imperio del derecho cuando alguien lo viole<sup>5</sup> (...) (DE LA CUEVA, 1949, p. VIII).

O seu caráter, nitidamente, público vem, dentre outras razões, do papel que ele cumpre na sociedade; o de assegurar uma ordem de garantias mínimas ao trabalhador. (PLÁ-RODRIGUEZ, 2002, p.38). O princípio laboral da indisponibilidade de direitos revela bem esse caráter.

Separar a lógica econômica da social é uma tarefa difícil, porque é pouco provável de ser concretizada, tendo em vista que essas lógicas estão quase sempre unidas por ideais que, embora se contraponham, conseguem se complementar. Sobre esse dilema afirma Mário: " al Estado otra funcion nobilísima, pues en la oposición entre el capital y el trabajo y en los límites que en su oportunidad (...) debe el Estado cuidar que el trabajo no sufra injusticia (...)(DE LA CUEVA, 1949, p. IX)

Essas e outras considerações serão demonstradas, a seguir.

## 1.20 sistema de mercados e as regulamentações sociais

Nesseprimeiromomento, tentou-se destacar a relação existente entre o sistema de mercados e o surgimento das regulamentações sociais. Para tanto, utilizou-se a perspectiva do austríaco Karl Paul Polanyi, sociólogo e pensador crítico das transformações sociais que o capitalismo vem produzindo, ao longo do tempo,

-

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup>"ao Estado outra função muito nobre, porque na oposição entre capital e trabalho e nos limites de sua oportunidade (...) o Estado deve zelar para que o trabalho não sofra injustiça (...). Tradução nossa.

dentre elas as transformações no trabalho. Polanyi destaca que: "De fato as regulamentações e os mercados cresceram juntos (...)" (POLANYI, 2012, p.76).

As regulamentações, em matéria trabalhista, não só representam uma espécie de intervenção social do Estado, que possui a finalidade de promover garantias e de assegurar os seus respectivos direitos, mas também buscam promover o equilíbrio entre os mercados e a utilização da força de trabalho.

A interação entre os sistemas econômico e social é turbulenta, pois, normalmente, eles se opõem, visto que o mercado preza o lucro e o desenvolvimento das atividades econômicas, que geram esse lucro, enquanto o sistema social preza a humanidade e busca amenizar tudo aquilo que possa afrontála ou diminuí-la. A lucratividade gerada pelo desenvolvimento das atividades econômicas não raramente gera a desumanidade, de forma que surge a necessidade de encontrar um meio termo entre as finalidades desses sistemas para que exista algo que seja consideradoo mais próximode uma relação harmônica, pois alcançar harmonia, em si, seria uma verdadeira utopia. E, no meio dessa relação turbulenta entre os sistemas, está o trabalhador.

Os excessos cometidos pelo capitalismo e pelos ideais liberais foram um dos grandes responsáveis não só pelo surgimento do direito laboral (POLANYI, 2012; CASTEL, 2015), como também pela sua expansão como uma ciência autônoma (RAMALHO, 2000). Nesse sentido, a regulamentação nasce basicamente em função das necessidades que o mercado cria (POLANYI, 2012) e o direito do trabalho decorre da voracidade com que se apropriou o capital em relação à força do trabalho (CASTEL, 2015) e do aperfeiçoamento das técnicas ligadas a ele, que se desenvolveram no decorrer dos séculos anteriores ao surto industrial.

Karl Polanyi demonstra que a economia de mercado é um sistema econômico que possui a capacidade de controlar-se, dirigir-se e direcionar-se por mecanismos próprios e independentes. Embora a economia de mercado seja considerada independente, em termos de autorregulação, ela possui certa dependência quanto ao fator trabalho. Isso é afirmado em virtude de ele ser um elemento essencial ao mercado, visto que a exploração da força que ele produz gera rendimento, lucro ou renda, que alimenta os mecanismos desse mesmo mercado. Urge ainda destacar que o pilar desse sistema de mercado está centrado na presunção de que os seres humanos deverão se comportar de maneira tal a atingir o máximo de ganhos

monetários (POLANYI, 2012), o que parece demonstrar uma tendência comportamental utilitarista. Nas palavras de Rawls, essa tendência comportamental significa que: "Uma pessoa age de um modo apropriado, (...) com o intuito de conseguir a maximização de seu bem-estar (...)" (RAWLS, 2000, p.25).

Sobre essa tendência Ivan destaca:

Quanto mais o trabalhador produz, mais é dominado por essa profusão de produtos (mercadorias) (...) e pela constante ilusão de um dia adquirir tais produtos, mas que potencializa a sua própria exploração. (GARCIA, 2014, p.92)

Um dos mecanismos concretos que auxilia o progresso do sistema de mercados é a sua capacidade autorregulativa e a principal contribuição, trazida por ela, é a de conseguir vender no mercado tudo aquilo que nele é produzido. Uma das grandes percepções do capitalismo, em relação ao trabalho, foi a de que mesmo não o produzindo, consegue regulá-lo e precificá-lo, o que acabou resultando na sua superexploração.

Outra grande percepção desse sistema econômico foi a de que não só poderia precificar a força de trabalho e subordiná-la as suas leis, como também poderia tornar o titular dessa força extremamente dependente de seu sistema de mercado. Por sua vez, essas percepções do capital produziram a desvalorização do trabalho, que passou a ser visto como um produto ou mercadoria do capitalismo.

Na atualidade, a Constituição brasileira consagra o trabalho por seu valor social que vai muito além do seu valor econômico<sup>6</sup>. Embora, ainda, nessa mesma atualidade, o trabalho seja considerado uma mercadoria, por muitos.<sup>7</sup>

14.05.2018.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup>Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho (...); Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano; Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho (...). BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10.05.2018. 
Nesse sentido: a lei 13.429/2017, que autoriza a terceirização, da prestação de serviços (trabalho), na relação laboral. "Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. (...)Art. 4º Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente." (NR) BRASIL. A Lei ordinária de 13.429, de 31 de março de 2017, altera os dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em:<a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil">http://www.planalto.gov.br/ccivil</a> 03/ ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm>. Acesso em

A relação existente entre a independência regulativa do mercado e a dependência dele, em relação à força de trabalho, gera algumas consequências, segundo Polanyi, já que o trabalho é derivado do próprio ser humano e a inclusão dele no mecanismo de mercadosignifica a subordinação da própria sociedade às leis desse mercado (POLANYI, 2012).

O trabalho e o capital se relacionamdesde muito tempo. No período industrial, o capital se desenvolveu ao custo do trabalho e este se adaptoupara seadequar ao capital, mas, ainda hoje, é essa a realidade do trabalhador brasileiro, o capital se desenvolve ao seu custo. Existe entre eles uma relação de subordinação emque o primeiro está subordinado às leis do segundo, enquanto o segundo não se subordina às leis do primeiro - na atualidade, busca-se amenizar essa insubordinação, sem muito sucesso. Desse fato, decorre a necessidade da intervenção coativa do Estado, para que o capital observe as leis que limitam a utilização do trabalhoem seu sistema de mercados.

As ideologias desses sistemas, frequentemente, se opõem. O trabalho não compreende a desumanidade <sup>8</sup> do capital eeste não compreende a humanidade daquele. Eles parecem não falar a mesma linguagem, emborajáse relacionem hábastantetempo - desde antes do período industrial <sup>9</sup>.

A relação estabelecida entre o capital e o trabalho pode ser entendida, ora como uma relação natural, porque é uma relação que decorre das leis de mercados, que são leis naturais, ora como uma relação social, pois encontra parte de sua fundamentação na utilização de mão de obra humana. Isso sugere a possibilidade de que as leisde mercado e as leis sociaisdo Estado podem regular essa relação, devendo, porém, haver um peso maior para as leis sociaisdo Estadoem comparação com as leis de mercado. Isso se deve em razão de o trabalhoser decorrente de uma produção humana que não subsistiria sob as leis de mercado.

O Estado deve intervir nas leis de mercado, quando elas passam a criar intervenções negativas nas relações sociais, laborais, desequilibrando-as. Essa intervenção, contudo, tende a ser temporária, com a finalidade, apenas, de restabelecer o equilíbrio dessas leis. Por conseguinte, aregulamentação social

<sup>9</sup> Partindo do pressuposto de que o trabalho sempre existiu e que foi regulado por alguma ordem jurídica.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Essa expressão não tem a finalidade de qualificar o capitalismo (capital), mas apenas de ressaltar que ele não está preparado para lidar com pessoas, mas somente com as mercadorias reais (produtos)

cumpre o papel de limitar a subordinação da sociedade às leis de mercado, tendo em vista que o trabalho é uma atividade humana e não uma mercadoria propriamente dita, porém se comporta como se assim fosse, em razão de uma ficção, criada pelo mercado. A regulamentação social atua como um limitador dos efeitos dessa ficção.

Sobre ela, Polanyi destaca que não se pode permitir qualquer comportamento que desestruture o funcionamento real dos mecanismos de mercadonas linhas de ficção da mercadoria, contudo em sendo o trabalho uma mercadoria fictíciaehumana, ela não deve estar sujeita aos mecanismos de mercados, porque essas leis não possuem parâmetros adequados à regulação de condutas humanas, já que elas foram feitas para a regulação de mercadorias ou, de produtos reais, que sofrem a incidêncianatural da lei de oferta e procura.

Se as leis do mercado passassem a regular, sem limites, o trabalho,isso poderia levar à destruição do ser humano. A regulamentação, desse modo, tem por finalidade prevenir essa destruição.

O homem não possui apenas a sua força de trabalho, que é para o mercado uma mercadoria essencial (POLANYI, 2012), mas também possui um organismo, que é composto não só por elementos físicos, mas também por elementos psicológicos, morais e sociais. E não existe um preço que seja capaz de mercadejar<sup>10</sup> esses elementos. Em primeiro plano, porque preço algum conseguiria remunerar o real desgaste físico, psicológico, moral e social causados ao homem, em razão da execução exacerbada de determinados serviços. Além disso, em segundo plano, porque nenhum preço seria capaz de repor esse mesmo desgaste. A conjunção desses elementos físicos, materiais, psicológicos, morais e sociais compõem aquilo que se chama dignidade da pessoa humana.

Por todas essas questões, regulamentar significa proteger as dimensões material e extramaterial humana que resulta na proteção da sua própria dignidade. Isso porque "O trabalho é inseparável do homem, ou da pessoa humana e confunde-se com a própria personalidade, em qualquer de suas manifestações" (MORAES FILHO, 1995, p.30). Nesse sentido é possível perceber que a regulamentação das questões sociais não serve apenas para ordenar as relações de

-

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Negociar, fazer transações.

mercado, mas também para reequilibrar as relações sociais que por elas foram desreguladas.

Trata-se, em realidade, de um mecanismo de equilíbrio e não, de desequilíbrio, como geralmente os defensores do não intervencionismo estatal afirmam.

A história do direito laboral se confunde com a história da evolução dos sistemas econômicos e, além disso, com o próprio desenvolvimento desses sistemas, em países como a Inglaterra e a França. Dessa maneira, prossegue-se ao estudo das experiências inglesa e francesa no que tange à relação estabelecida entre o sistema econômico e o sistema laboral.

# 1.3A experiência inglesa

Nesse segundo momento, optou-se por destacar a experiência da nação inglesa, durante os períodos pré-industrial e industrial, marcada pela influência do sistema de mercados à relação de trabalho. Para alcançar essa finalidade, prossegue-se com o entendimento sobre essa temática, de Karl Paul Polanyi.

A massa de trabalhadores no período pré-industrial é representada por toda espécie de desvalidos sociais que deviam trabalhar para não serem expropriados da sociedade em que viviam.

O trabalho não representava apenas um instrumento de controle utilizado pelo Estado sob aqueles que viviam em seu território, mas também representava a sua principal fonte de renda.

A Inglaterra preparou o esboço de uma organização nacional do trabalho, com o Statute de artificers<sup>11</sup> (1563), fundado no princípio da regulamentação e do paternalismo e aplicado aos empregados. Seus principais pilares foram a

<sup>&</sup>quot;A crescente preocupação com o número de homens sem mestre, o aumento da vagabundagem e o aumento da criminalidade estão subjacentes à promulgação de condições de serviço entre senhores e servos. Todas as pessoas solteiras com menos de 30 anos que receberam treinamento em embarcações não poderiam se recusar a servir, se solicitadas. Aquelas entre 12 e 60 anos eram obrigadas a trabalhar na criação foram definidas, e mulheres solteiras entre 12 e 40 também poderiam servir. Os salários eram fixados anualmente no Tribunal de Chancelaria e depois proclamados em todos os condados. Qualquer pessoa que não possuísse um testemunho de cartas era punível por vagabundagem". OXFORD REFERENCE.Statute of artificers. Disponível em:<<a href="http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095426927">http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095426927</a>>. Acesso em: 03.05.18.

"obrigatoriedade do trabalho, sete anos de aprendizado e um salário anual determinado pela autoridade pública" (POLANYI, 2012, p.175). "O Estatuto dos artesãos reitera a obrigação do trabalho para os súditos do reino com idade entre 12 e 60 anos (...)" (CASTEL, 2015, p. 177).

A Poor Law<sup>12</sup> (1536 – 1601) foi uma das principais leis inglesas de cunho coercitivo, que era aplicada em relação aos desempregados. "O enquadramento é dado pelas poor laws que se sucedem de 1531 a 1601 e que organizam a caça aos vagabundos (...)" (CASTEL, 2015, p. 177).A Poor Law Reform<sup>13</sup> (1834) tratou de fazer a recepção do capitalismo industrial inglês que estava prestes a ser introduzido nesse cenário.

A Inglaterra só conseguiu estabelecer um mercado de trabalho competitivo após 1834 e, nas palavras de Polanyi, isso representa que: "não se pode dizer que o capitalismo industrial, como sistema social, tenha existido antes dessa data " (POLANYI, 2012, p.90). A partir disso, manifestou-se quase que imediatamente a autoproteção da sociedade através do surgimento de leis fabris e de uma legislação social.

A Inglaterra, no século XVIII, era um ambiente que, por conta dos cercamentos dos campos, teve um superpovoamento urbano, em que se disseminavam as fábricas e, com elas, os operários. Nas palavras de Karl, foi:

uma catástrofe moral e cultural do foreiro ou posseiro inglês, de ancestralidade decente, que se sentiu afundar, sem defesa no lamaçal social e físico das favelas, na vizinhança de algumas fábricas, e dos eslovacos ou o trabalhador agrícola da Pomerânia, que se transformava, quase que da noite para o dia, de peão morador de estábulo em operário industrial de uma metrópole moderna (POLANYI, 2012, p.194-195).

<sup>12 &</sup>quot;Em 1536, mais estrutura foi fornecida ao ato de 1531 no Ato de punição de vagabundos e mendigos robustos de 1536 (27 Henrique VIII c. 25). O ato de 1536 previa que vagabundos 'robustos' deveriam ser postos em ação após serem punidos. (...) Em 1555, Londres tornou-se cada vez mais preocupada com o número de pobres que podiam trabalhar, mas ainda não conseguiu encontrar trabalho, por isso estabeleceu a primeira 'Casa de Correcção' no Palácio do Rei em Bridewell, onde os pobres podiam receber abrigo e trabalho-fabricação de roupas de cama de penas e arame."

MACKAVAGE, Allynson. Statutes of labourers. 2014. Disponível

em:<<u>http://moglen.law.columbia.edu/twiki/bin/view/EngLegalHist/StatuteofLabourers</u>>. Acesso em: 03.05.18.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> "A nova Lei dos Pobres garantiu que eles fossem abrigados em casas de trabalho, vestidos e alimentados. As crianças que entraram no local de trabalho receberiam alguma escolaridade. Em troca desse cuidado, todos os indigentes teriam que trabalhar várias horas por dia." NATIONAL ARCHIVES. Poor Law of 1834.Disponível

em:http://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/1834-poor-law/. Acesso em: 03.05.18.

## Georges sobre essa questão menciona:

Domina igualmente os obreiros reunidos em suas 'manufaturas' e nas 'fábricas', e recrutados entre os elementos mais despreparados das populações das cidades e dos campos, os camponeses (proprietários, granjeiros, meeiros ou assalariados rurais) sendo por vezes forçados pelos senhores ou pela miséria a abandonar o campo para se tornarem operários) (GURVITCH, 1962, p.310)

O cenário que se forma nesse período é conturbado socialmente, porque os camponeses que moravam no campo e que trabalhavam na agricultura, de um dia a outro, passaram a trabalhar num ambiente urbano industrial e a viver nas cidades, em condições precárias. Eles não tiveram escolha, em razão do processo de cercamento dos campos e, também, não tiveram tempo para se adaptar a essa nova realidade social. Esse êxodo rural representou graves problemas de adaptação cultural, visto que eram pessoas que tinham costumes diversos do homem urbano e não estavam preparadas para lidar com essa nova realidade.

A situação de miséria das populações que viviam nesse ambiente urbano aumentava cada vez mais, enquanto a acumulação de capital aumentava, também, em grandes proporções nas mãos dos fabricantes. O capital se alimentava da força de trabalho humano, por isso crescia enquanto ela desnutria-se em medidas proporcionais. Paralelamente a isso, a ideologia liberal de Adam Smith crescia. E, com o decurso do tempo, passou a dominar o cenário político inglês, piorando a situação social e econômica dos operários. Um dos pilares dessa ideologia era o de que o trabalho representava a riqueza das nações.

Não bastasse a forma como o mercado tratava o trabalho como uma mercadoria, o Estado, nesse momento, passaria a dispor livremente dessa "mercadoria", em favor de sua riqueza. Essa política de governo, embora afirme a não intervenção estatal, é, claramente, intervencionista. Contudo, é feita as escusas.

O trabalhador parece, quase sempre, ter sido tratado como massa de manobra para o alcance de fins que não eram os seus, apesar de as ideologias que estavam por trás de sua exploração o fizessem crer o contrário. Os apoiadores da doutrina liberal pregavam o enriquecimento da nação, mas o que se viu foi o enriquecimento de uma parcela dela, geralmente dos donos de fábricas, enquanto

os operários que trabalhavam nelas empobreciam, cada vez mais. A ideia de liberdade do trabalho, afirmado pela corrente liberal, desenvolve-se dentro dessa mesma perspectiva.

A falácia da liberdade do trabalho ganhava mais força entre os seus adeptos. Embora se soubesse que o trabalho estava subordinado às leis de mercado, o valor dele não pertencia ao seu verdadeiro titular, o trabalhador, mas isso era afirmado, continuamente, pelos liberais.

O socialismo começa a reagir em relação às ideias liberais. Essa doutrina teve sua primeira vitória na Inglaterra em 1847, com a Ten Hours Bill, que limitava o trabalho de mulheres e jovens, com idade entre 13 e 18 anos, a 10 horas por dia, durante cinco dias na semana e, aos sábados, em 8 horas.<sup>14</sup>

Somente a partir do período de 1880 e, em 1897, os trabalhadores tiveram uma compensação nos avanços da doutrina liberal, enquanto a ótica individualista dava lugar à coletivista que preconizava a necessidade de intervenção estatal. É ainda importante ressaltar que essa sociedade, que clamava pela intervenção estatal, não era composta só pelos grupos de operários das indústrias, mas também pelos demais grupos, que não faziam parte desse movimento. Logo a proteção do trabalhador se iniciou a partir de uma necessidade que foi percebida não só por ele, como também por quase toda a sociedade, que passava a notar o contexto social em que estava imersa.

#### Ressalta Karl, sobre esse momento:

O testemunho dos fatos contradiz decisivamente a tese liberal. A conspiração antiliberal é pura invenção. A grande variedade de formas nas quais surgiu o movimento 'coletivista' não foi devida a qualquer preferência pelo socialismo ou pelo nacionalismo por parte dos interesses envolvidos, mas deveu-se exclusivamente ao alcance mais amplo dos interesses sociais vitais afetados pela expansão do mecanismo de mercado (POLANYI, 2012, p. 162).

Os movimentos sociais se expandiram, não como reação ao pensamento liberal, mas em virtude das precárias condições de vida do operariado inglês, em razão da pesada incidência das leis liberais de mercado sobre a força de trabalho

\_

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup>OXFORD REFERENCE. Law of Ten Hours Bill of 1847.Disponível em: <a href="http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803103058890">http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803103058890</a> Acesso, em 03.05.2018.

que, logicamente, se disseminava pela sociedade, produzindo, também, efeitos negativos sobre ela e ainda os ideais liberais não encontravam mais um campo propício para a disseminação de suas ideias.

Outro combustível, que precipitou essas questões sociais, foi o princípio da liberdade de contrato, que nesse sistema fomentou a destruição do homem e que teve um papel relevante nesse processo. É o que destaca Karl Polanyi:

Separar o trabalho das outras atividades da vida e <u>sujeitá-lo às leis do mercado</u> foi o mesmo que substitui-las por um tipo diferente de organização, uma organização atomista e individualista, tal esquema de destruição foi <u>ainda mais eficiente com a aplicação do princípio da liberdade de contrato.</u> (...), pois elas exigiam a alienação do indivíduo e restringiam, portanto, a sua liberdade. Representar esse princípio como o da não interferência, como os liberais econômicos se propunham a fazer, era simplesmente um preconceito arraigado, em favor de uma espécie definida de interferência (...) (POLANYI, 2012, p. 181). (Grifos Nossos)

A liberdade de contrato, afirmada pelo aforismo da não intervenção estatal, nada mais foi do que a própria intervenção, só que em favor dos detentores dos meios de produção, porém não em favor dos trabalhadores. Tal fato resultou no fortalecimento do desequilíbrio já existente entre as forças do capital e do trabalho, na medida em que os trabalhadores já não dispunham da liberdade de dispor de seu trabalho e passaram a funcionar como indivíduos autônomos. Não havia como, nessa dinâmica, prosperar a autonomia contratual.

Nas palavras do jurista Mário<sup>15</sup>: "El derecho do trabajo no es um limite a la libertad de contratación, sino a la libertad de explotar el factor trabajo y constituye la possibilidad de una autêntica liberdad de contratación." (DE LA CUEVA, 1964, p.256).

A autonomia contratual da relação laboral parece que só pode existir a partir do momento em que o direito do trabalho passa a lhe impor limites. O homem percebeu que, para que o mercado de trabalho conservasse a sua principal função, era necessário que os salários, as condições de trabalho, os padrões e as regulamentações "pudessem resguardar o caráter humano da suposta mercadoria, o trabalho (...)" (POLANYI, 2012, p.199). A partir dessa percepção, se iniciavam as tentativas de frear os mecanismos de mercado que atuavam sobre o trabalho

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Tradução livre: O direito do trabalho não representa um limite para a liberdade de contratação, mas sim um limite para a liberdade de explorar fator o trabalho e constitui a possibilidade de uma autêntica liberdade de contratação.

humano e, além disso, intensificava-se o sentimento de que a regulamentação permitia a própria atuação do mercado e, que ele deveria, a partir dessa nova sistematização, se adaptar às questões do trabalho.

O direito do trabalho surge, então, não só pela necessidade de proteção do homem em face da exploração de sua força de trabalho, mas também pela necessidade de inaugurar um era mais social, menos mercantilista.

A energia que produz o trabalho é inseparável do homem, passa a ser, portanto, indispensável que o Estado fixe limites à exploração dessa energia (DE LA CUEVA, 1964, p.257).

A intervenção das forças de produção na vida social, nas palavras de Georges, representa o mais grave de todos os obstáculos a ser combatido pelo Estado: "é a dominação dos técnicos todo-poderosos, tornados independentes, não controlados, o que ameaçaria extinguir toda sociedade, estrutura e civilização que não os pudesse dirigir."(GURVITCH, 1962, p.351)

## 1.4A experiência francesa

Nesse terceiro momento, procurou-se compreender o contexto de incidência da lei dos mercados sobre a força de trabalho, durante os períodos pré-industrial e industrial francês, enunciado pelo sociólogo, francês Robert Castel ao destacar que as tutelas do contrato, a partir do final do século XVIII, percorrem um longo caminho para desembocar na modernidade liberal (CASTEL, 2015).

A França, assim como a Inglaterra, estava funcionando sob a dinâmica dos mercados e pôde perceber a influência das ideologias liberais sobre essas leis que estavam sendo difundidas em seu território.

O pensamento liberal, relacionado à liberdade de contrato, segundo a ótica de Castel, não possui adequação às condições sociais e econômicas da classe trabalhadora. Nesse sentido, ele alerta que a condição de assalariado livre, na verdade, trata-se de uma ilusão criada sob o império das leis de mercado (CASTEL, 2015), caminhando no mesmo sentido de Karl Polanyi.

O pensamento liberal enfatiza que a própria possibilidade de venda da força de trabalho pelo trabalhador já representaria o gozo da liberdade do trabalho e que o contrato seria o instrumento dessa venda. Essa afirmação, porém, não condiz com a

realidade fática, na qual se desenvolvia a relação laboral, em virtude de não existir condições plausíveis para a negociação deste "produto", que havia em outras negociações<sup>16</sup>, visto que, conforme já se destacou, o trabalho, não era livre. Ele era um produto vinculado às condiçõesem que foi produzido. Por outro lado, ainda que o contrato almeje lhe conferir aspectos de liberdade ao trabalho, a sua essência permanecia vinculada às condições econômicas, sociais, jurídicas e políticas em que ele tinha sido produzido.

A subordinação<sup>17</sup> do empregado às condições em que ele trabalhava e, ao próprio empregador, o torna um indivíduo extremamente dependente delas e dele, que é o sujeito que as criou e as manipulou em seu favor, não havendo, desse modo, a preceituada autonomia do contrato para o trabalhador nem muito menos a fruição da liberdade de seu trabalho. No entanto, a liberdade do trabalho e a autonomia do contrato da relação laboral são reveladas como ficções do mercado, que não só foram adaptadas pela corrente liberal, como também não se coadunam à vida do trabalhador e muito menos com a sua condição social, econômica, jurídica e política.

## Sobre essa questão o autor destaca:

Parece, pois, que a condição da maioria dos que vivem do trabalho de seus braços não é garantida pelas proteções ao trabalho regulado. Ela se caracteriza por uma vulnerabilidade de massa, engendrada pelo fato de que o trabalho não pode ser regulado sobre o modelo de mercado (...). Sob o regime do contrato ela, se desenvolve, mas paradoxalmente, a condição operária se torna frágil ao mesmo tempo em que se liberta. Descobre-se, então, que a liberdade sem proteção pode levar a pior servidão: a da necessidade. (CASTEL, 2015, p. 44-45).

Deve ser lembrado, contudo, que a fragilidade do trabalhador representava o fortalecimento do capital. Os adeptos da teoria liberal, quando afirmam que o trabalhador é plenamente capaz e autônomo para poder participar das negociações laborais, esquecem-se que as verbas decorrentes da relação laboral são de natureza alimentar. E não pode haver autonomia num campo em que a alimentação é

\_

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> As negociações que ocorrem na órbita do Direito Civil, por exemplo.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Ver Teoria da Subordinação Econômica, afirmada por Maurício Godinho Delgado. DELGADO, Maurício. Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13 ed. São Paulo. LTR. 2014, p. 302-305. Ver a ampliação dessa teoria para o âmbito estrutural do trabalho em Iracema Marzetto Cadidé. CADIDÉ, Iracema Marzetto. A subordinação estrutural no contexto da terceirização. *Revista LTr*, vol. 74, n. 5, maio de 2010, p. 566/576, p. 573.

dependente do empregador. Isso significa que as verbas decorrentes da relação de trabalho são para subsistência do trabalhador e da sua família. É importante perceber que, se o trabalhador estiver passando por necessidades econômicas, que ameace essa subsistência, ele acabará aceitando ou concordando com qualquer condição, que lhe garanta uma solução rápida dessa situação, ainda que essa solução seja prejudicial a ele. Essa é uma das razões pelas quais o Estado intervém na relação estabelecida entre empregado e empregador, limitando a autonomia do primeiro para impedir que esse tipo de negociação ocorra.

Sabendo dessas questões, o direito laboral, que tem a finalidade de proteger o trabalhador, cria mecanismo para impedir que essa barganha prejudicial venha a ocorrer e nulifica todos os atos praticados em prejuízo do empregado<sup>18</sup>, durante o desenvolvimento da relação laboral.

Robert lembra que do século XVII ao XVIII ocorreu uma transformação no sentido de trabalho, que antes permanecia atrelado ao sentido de obrigação, vinculado às religiões e que após um determinado tempo, passou a ter uma acepção ligada à fonte de toda riqueza, atrelada aos princípios da economia política (CASTEL, 2015). Segundo esse mesmo autor, a verdadeira descoberta do século XVIII não é da necessidade de trabalho, mas sim da necessidade de liberdade de trabalho. Essa questão influencia o pensamento liberal, através da afirmação de que o Estado deve agir de forma mínima, somente retirando os obstáculos que impedem a realização plena dessa liberdade. Ela vem afirmada como uma espécie de direito natural.

Nessa parte, vemos a mesma dinâmica de fatos, que ocorreu na Inglaterra, se repetir na França. Isso revela que, à priori, em qualquer lugar que esses mecanismos econômicos sejam adotados, eles levarão aos mesmos resultados, ainda que as situações não se apresentem de modo exatamente iguais.

O liberalismo, quando afirma a liberdade do trabalho, o faz por compreender que os agentes participantes da negociação, que envolve o trabalho, o empregado e o empregador, são capazes e independentes o suficiente para promoverem essa

BRASIL. Lei Ordinária 13.467/2017, de 14 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <a href="http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-publicacaooriginal-153369-pl.html">http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-publicacaooriginal-153369-pl.html</a> Acesso em 01.04.2017.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> No Direito laboral, um exemplo dessa questão é o artigo 9°, da CLT, que afirma: " Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação."

autorregulação. É como se essa ideologia acreditasse que essas leis são capazes de regular essa relação, porém, de fato, isso não ocorre.

Robert destaca, sobre o liberalismo, que ele:

exibe dois modelos de organização social que não são necessariamente contraditórios, ainda que a tensão entre eles seja forte: o registro da troca contratual entre indivíduos livres, iguais, responsáveis, sensatos e o registro da troca desigual, da proteção a ser exercida em relação aos que não podem entrar na lógica da reciprocidade contratual (CASTEL, 2015, p.339).

Talvez o sistema de pensamento liberal tenha razão em afirmar a equanimidade na troca contratual realizada entre indivíduos livres e não incapazes, mas, certamente, ela não possui condições de existir nas trocas contratuais que ocorrem nas relações laborais. O erro dessa ideologia, talvez, seja dar tratamento igual aos desiguais.

A acepção de que o trabalho representa uma fonte de riqueza é uma ficção do capitalismo e um fundamento de dominação do Estado a partir da exploração do trabalho para o seu fortalecimento. Na maioria das vezes quem trabalha é aquele que precisa se sustentar. "Via de regra, os ricos trabalham menos ou absolutamente não trabalham (...). O trabalho é o quinhão dos pobres" (CASTEL, 2015, p.227).

O Estado, nesse ponto, estaria utilizando as leis do mercado e adaptando o pensamento liberal em seu favor. Então, a não intervenção estatal passa a ser uma falácia, incentivada não só pelos liberais, mas também pelo próprio Estado, que utiliza desses mecanismos para alcançar os seus fins. Entretanto, a situação social da França vai mostrar, assim como demonstrou a da Inglaterra, que essa dinâmica funcionará por pouco tempo e vai produzir mais consequências negativas do que se imaginava. Ao invés de gerar a riqueza desse país, propiciará profundos abalos sociais, econômicos e políticos, dentre eles o pauperismo(CASTEL, 2015). <sup>19</sup> e o desgaste da classe operária, entre outras variadas consequências, tais como: transtornos sociais decorrentes da violência, do alcoolismo e da prostituição.

No século XVIII, o campo começa a perder mão de obra para a cidade, que passa a representar uma possibilidade de crescimento econômica para os indivíduos que estavam em busca de melhores condições de vida. Os operários iludiam-se,

\_

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Esse termo surgiu na Inglaterra do século XVIII, por ser a primeira nação a conviver com esse dilema, o da profunda miséria, em razão da Revolução Industrial.

quanto aos salários e ao trabalho nas fábricas, entretanto, pelo menos, ascendiam socialmente.

Karl Polanyi ressalta algumas diferenças entre as Revoluções Industriais, francesa e inglesa:

A Revolução Industrial chegou ao continente meio século mais tarde. Lá [na Inglaterra] a classe trabalhadora não havia sido forçada a abandonar a terra por um cercamento do campo. Ao contrário foi o atrativo dos salários altos e da vida urbana que levaram o trabalhador agrícola semisservil a abandonar a pequena propriedade e migrar para a cidade, onde ele se associou a classe média baixa tradicional, e teve uma oportunidade de adquirir uma tonalidade urbana. Longe de se sentir rebaixado, ele se sentiu elevado pelo seu novo ambiente (POLANYI, 2012, p.194).

Robert Castel, sobre a situação dos operários, lembra que a população destes é composta, basicamente, pela população dos campos e que são rarefeitas as concentrações industriais, nas quais podem ser encontrados os assalariados puros (CASTEL, 2015).

Segundo o mesmo autor, em todo o território francês, antes do período prérevolução, podiam-se contar 500 mil operários e, já no início do século XVIII, essa
quantidade já havia diminuído para 150 mil ou aproximadamente 200 mil.Além
desses fatos, Robert ressalta que, nesse período, 88%, do orçamento dos operários
parisienses mais pobres era para comprar o pão.Ele destaca ainda que o estado de
miserabilidade daqueles que percebiam um salário integral, em que a presença da
subordinação quase sempre estava acompanhada da indignidade social, foi
desumano e que essas características [de miserabilidade] se acentuarão ainda mais
no final desse mesmo século, o XVIII.

Por tudo o acima exposto, é possível perceber que os ideais liberais e as leis de mercado produziram o mesmo efeito devastador (em relação à Inglaterra) sobre a população de operários franceses.Os efeitos da expansão industrial sobre a Inglaterra foram mais rápidos e mais devastadores do que na França pela rapidez com que esse processo ocorreu naquele país.

A situação que descreve as condições de vida do operário francês evidencia que o crescimento e o desenvolvimento do capitalismo estavam fundados num pensamento liberal, muito otimista e frágil "de que o livre acesso ao trabalho contém um elo fraco, o trabalhador, que não dispõe nem mesmo de recursos ou de

dignidade." (CASTEL, 2015, p. 197). Com base nisso, a Lei Le Chapelier, votada em 14 de junho de 1791, define o trabalho a partir desse momento na França:

(...) como uma mercadoria vendida em um mercado que obedece a lei de oferta e de procura. A relação que une o empregador ao seu empregado passou a sinalizar a existência de uma convenção, ou seja, um contrato entre dois parceiros que se entendem sobre o salário, sem, porém, que seja garantida qualquer interferência externa nessa transação, como ocorrem nas leis de mercado (CASTEL, 2015, p. 250).

O que se tem, de fato, nesse cenário, é uma proteção que desprotege, afirmada a partir de uma liberdade impossível de ser concretizada, em razão da ausência de condições de paridadeentre os "parceiros" da relação laboral.

"A contratualização da relação de trabalho não é capaz de remediar a indignidade da condição de assalariado (...) o processo de industrialização engendra o pauperismo (...) "(CASTEL, 2015, p. 277-278).

Percebe-se que a disseminação desse pensamento liberal intervencionista de que o contrato de trabalho confere liberdade e autonomia ao trabalhador piora, ainda mais, sua situação social.

Georges, sobre esse tema, destaca:

Só um direito suficientemente geral, (...) e que deixasse à vontade das partes contratantes uma certa esfera de autonomia (...) parecia poder satisfazer as necessidades da surgente classe burguesa e de suas vastas empresas industriais, comerciais e bancárias. (GURVITCH, 1962, p.310)

Bonaparte, ao perceber os males da industrialização, afirma:

A indústria, esta fonte de riquezas, não tem hoje nem regra, nem organização, nem objetivo. É uma máquina que funciona sem regulador; pouco lhe importa a força motriz que emprega. Triturando em suas engrenagens tanto os homens como a matéria, despovoa campos, concentra a população em espaços sem ar, enfraquece o espírito e o corpo e, em seguida, joga na rua, quando não se sabe mais o que fazer com eles, os homens que, para enriquecê-la, sacrificaram sua força, sua juventude, sua existência (CASTEL, 2015, p.285 apud BONAPARTE, 1848).

"O Estado social toma nota dos efeitos perversos das regulações puramente econômicas" (CASTEL, 2015, p. 277-278).

Permitir ao mercado que ele possa regular com as suas leis, as relações humanas e tratar o trabalho como mercadoria, não parece ser uma medida que vise ao equilíbrio, entre forças que, sabidamente, mantém-se em desequilíbrio natural.

A França não havia, antes de 1848, iniciado os debates públicos sobre as questões do trabalho (CASTEL, 2015).

A situação preconiza a existência de um contrato que seja tutelado. Uma nova capacidade de tutelar os indivíduos deve ser admitida em virtude das características especificas apresentadas pelas partes contratantes, a disparidade entre eles é a medida dessas tutelas. "Estas tutelas podem ser provisórias ou definitivas, dependendo do caráter transitório ou definitivo dessa desigualdade." (CASTEL, 2015, p.308)

"O poder privado de disciplinar e regulamentar exercido, sempre (...) pelo patrão no interior das grandes usinas e empresas, a que milhões de obreiros lhe estão submetidos na vida cotidiana" (GURVITCH, 1962, p.322). Essa afirmação de Georges Gurvitch demonstra que há uma submissão social do trabalhador em face ao patrão e que ela contempla variadas faces - econômicas, jurídicas e políticas - que evidenciam a existência de uma espécie de controle indefinido desse sobre aquele.

As intervenções sociais, realizadas pelo Estado, devem ocorrer em razão da fraqueza, ainda predominante em algumas relações sociais. Ela existe mais pela necessidade de reequilibrar as relações sociais do que por qualquer outra causa. Eliminada a disparidade dessas relações, ela se torna desnecessária.

Georges lembra que no sistema de controles sociais o primeiro lugar está ocupado pelo direito (GURVITCH, 1962, p.315)

A intervenção estatal nas relações laborais justifica-se não só em razão da amenização das disparidades existentes entre as partes, mas também, e principalmente, em razão do caráter fundamental, que o salário possui que é aquele denominado alimentar.

Em relação a essas questões Robert lembra:

O salário não é mais apenas a retribuição do trabalho calculada exatamente para garantir a reprodução do trabalhador e de sua família. Comporta uma parte – "o salário indireto" que constitui uma renda do trabalho, para situações fora do trabalho (...) inicialmente definidas de modo negativo: a doença, o acidente, a velhice (...) e, também serão – (...) positivamente, como a possibilidade de consumir, de se instruir, de ter lazeres (CASTEL, 2015, p.405).

Segundo Mário de La Cueva: "el salário constituye, em la mayoría de los casos, sino la fuente única, sí el médio principal de subvenir a las necessidades del trabajador y de su familia" (DE LA CUEVA, 1964,p.513)

Quando se consegue ultrapassar as ficções de mercado, tal como a de que o trabalho é uma mera mercadoria e que, como qualquer outra, deve ser posta à venda e precificada, passa a ser possível ampliar a compreensão de que o salário não é apenas uma retribuição, ou um rendimento que visa tão somente à subsistência do trabalhador e de sua família, mas sim, um elemento que lhe confere dignidade, enquanto indivíduo.

O trabalhador é um incapaz negocial, o que faz dele um indivíduo que deve ser tutelado pelo Estado. A sua liberdade de trabalho só pode se expressar, plenamente, quando para isso são assegurados patamares mínimos assegurados pelo Estado.

A liberdade humana só pode se expressar, verdadeiramente, quando ela está liberta dos atavismos sociais, que a prendem.

A liberdade de execução é a "liberdade de fazer o que se quer", conforme preceitua George (GURVITCH, 1962, p.77). E, é ela que deve ser almejada, ao invés da liberdade de contrato reproduzida pelas ficções de mercado.

Por toda a experiência inglesa e francesa, relatadas na nossa pesquisa, percebeu-se que o posicionamento dos que defendem a não intervenção estatal, fazem-no em razão de temerem a desregulação das leis do mercado, esquecendo-se, no entanto, que, para que exista qualquer desequilíbrio em relação a essas leis, elas devem ter estado em equilíbrio em algum momento. Esse fato, que não foi constatado até o momento, pelo menos com relação a duas forças que são reguladas por essas leis, em especial, o capital e o trabalho.

É plausível afirma-se, ainda, que indivíduos carentes (trabalhadores) não podem ser indivíduos autônomos e as negociações contratuais realizadas por esses indivíduos, com outros que possuam maiores condições econômicas, sociais e políticas, não possuem condições de paridade e que, em razão disso, tanto o contrato, quanto a liberdade de trabalho são ficções liberais do mercado, que não se concretizam na realidade laboral.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup>Tradução nossa: "o salário constitui na maioria dos casos, não só a fonte única, mas também o meio principal para resolver as necessidades do trabalhador e de sua família."

Além disso, verificou-se, ainda, que o trabalho humano, não é "mera" mercadoria e que as leis de mercado não devem regulá-lo. Visto que o trabalho deve ser regulado por leis sociais, sob as penas da extinção humana, pela superexploração do trabalho pelas forças econômicas.

# 1.5As particularidades do direito laboral

Nessa parte da pesquisa optou-se por apresentar algumas especificidades do direito laboral, que o diferenciam dos demais ramos do Direito. E, para cumprir esta tarefa, adotou-se o pensamento de Héctor-Hugo Barbagelata, jurista uruguaio, sobre o direito do trabalho de seu país.

É importante destacar que a perspectiva estrangeira, que aqui é adotada, em nada compromete a atual pesquisa brasileira, porque parte-se do pressuposto deque o direito do trabalho é uma ciência que possui modo de manifestação e de expansão semelhantes, que não se excluem em razão de questões de nacionalidade.

O jurista uruguaio destaca que o Direito do Trabalho é resultado da certeza de que os códigos civis não continham uma resposta adequada às questões levantadas pelo trabalho humano. E que em razão disso houve um encorajamento no sentido de serem reunidos esforços para a construção de uma doutrina jurídica substitutiva da tradicional<sup>21</sup> (BARBAGELATA, 1996).

Essa perspectiva trazida pelo autor evidencia uma situação que permite a interpretação de que a especialização do direito do trabalho e o desenvolvimento desse ramo do direito, enquanto disciplina autônoma se deu em razão da

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> "o principal instituto civilista que regulava as relações de trabalho foi o *locacio conductio operarum*, que possuía a finalidade de regular a prestação de serviços. Ele foi precursor do atual contrato de trabalho, ideia apoiada no art. 1779, do Código de Napoleão, no art. 1570, do Código italiano de1865, no art. 1583, do Código espanhol, no art. 1391, no código português de Seabra e no §§ 611 e ss, do BGB. Daí decorrem questões importantes para a autonomia dogmática laboral. Para parte da doutrina (perspectiva civilista, que se desenvolveu a partir do final do séc. XIX e no começo do XX) os fenômenos laborais poderiam ser enquadrados à luz dos institutos e dos princípios de direito privado comum, visto que o direito laboral teria se desenvolvido com base neles. RAMALHO In: GERARD Lyon-Caen, Du rôle des principes généraux su droit civil en droit du travail; VIGORITA. Subordinazione e diritto del lavoro. BARASSI. Ludovico; II Contratto di lavoro. LOTMAR Philipp. Der Arbeitsvertrag nach dem privatrecht. Enquanto para outra parte da doutrina (perspectiva laboralista, que se desenvolveua partir de 1920) o entendimento em relação à autonomia dogmática seria de total incompatibilidade entre o direito civilista e o direito laboral: In: DUBISCHAR, Zur. Entsehung. Partilhase do entendimento dessa segundo corrente, em razão de existir mais pontos de divergência entre o direito laboral e o civil, do que pontos de convergência.

impossibilidade ou da inadequação, demonstrada pelo direito civil em solucionar de um modo satisfatório as questões laborais existentes.

Nesse sentido, uma das principais dificuldades enfrentadas pela doutrina civilista, segundo Héctor, e que revelou a necessidade de se construir uma doutrina laboral, foi a daausência de habilidade daquela doutrina para explicar os efeitos jurídicos gerados pelas convenções coletivas de trabalho.

A doutrina já começava a perceber que esse instituto coletivo revelava-se como uma das pedras angulares do direito laboral.

Sobre esse fato, que ocorreu basicamente entre o século XIX e começo do XX, Maria do Rosário destaca:

que as convenções coletivas continuaram a revelar-se como uma figura singular no direito privado, em razão da complexidade de seu conteúdo e, (...) pela forma como parecem impor-se sobre os contratos de trabalho (RAMALHO, 2000, p.800)

A seguir serão feitas algumas considerações sobre este instituto coletivo, que representa uma das principais particularidades que o direito laboral possui.

"A eficácia geral da Convenção Coletiva é uma projeção natural do princípio da proteção do trabalhador (...)" (RAMALHO, 2000, p.806). Sua principal finalidade é a de ampliar a concessão de direitos e não, de restringi-los.

A importância desse instituto está ligada aos efeitos que ele produz, visto que abrange não só os membros da associação sindical participante do acordo, mas a todos os trabalhadores que compõem uma dada categoria profissional.<sup>22</sup>

"A ideia da *inderrogabilidade in pejus* da regulamentação convencional colectiva é uma projeção do princípio da proteção (...)" (RAMALHO, 2000, p.807).

Fundamental 323. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF323.pdf Acesso em 18.07.2017.

-

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Nesse ponto, é necessário destacar o tema da ultratividade dos ACT/CCT, que está suspenso, temporariamente, previsto na súmula 277, do TST. Segue parte da decisão: "Da análise do caso extrai-se indubitavelmente que se tem como insustentável o entendimento jurisdicional conferido pelos tribunais trabalhistas ao interpretar arbitrariamente a norma constitucional. Ante o exposto, defiro o pedido formulado e determino, desde já, ad referendum do Pleno (art. 5º, §1º, Lei 9.882, de 1999) a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas". Brasília. STF. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito

Essa ideia representa uma limitação à autonomia coletiva sindical, pois a atuação do organismo sindical deve estar balizada nessa ideia.

A convenção coletiva serve para ampliar os direitos, sua função principal é a de garantir um patamar mínimo de direitos aos trabalhadores, que não podem ser retirados, nem em sede de contrato individual de trabalho, nem, muito menos, em sede de negociação coletiva.

A autonomia coletiva sindical e seus limites tem sido um assunto recorrente no STF (Supremo Tribunal Federal).<sup>23</sup> Como exemplo, podemos citar a limitação do poder negocial do sindicato, que só é válido quando produz uma ação ampliativa em relação aos direitos da categoria que ele está representando. Essa interpretação decorre da aplicação do princípio da proteção.

Outra especificidade que pode ser destacada é a de que o direito civilista afirma as garantias individuais, enquanto o laboralista enuncia as garantias sociais, a partir da fixação de parâmetros mínimos para a expansão das garantias individuais (DE LA CUEVA, 1964).

A particularidade principal do direito laboral, em relação ao direito civil diz respeito ao objeto de sua proteção, que supõe uma nova atitude diante das questões fáticas desse universo. Trata-se da "'mudança' da forma de conceber a igualdade das pessoas" (BARBAGELATA, 1996, p.20).

O direito civil afirma a ótica da igualdade, enquanto o direito laboral preconiza a ótica da desigualdade. Somente a partir do reconhecimento dela é que seria possível alcançarcerta igualdade.<sup>24</sup>

Héctor-Hugo enumera outras particularidades do direito trabalhista, em relação ao direito civil, tais como: a subjacência do conflito nas relações trabalhistas, a dimensão coletiva do conflito trabalhista, o papel central da negociação coletiva, as repercussões no âmbito das fontes do Direito, a significação do tempo social, no sistema normativo-trabalhista, a variedade e os poderes dos operadores jurídicos (BARBAGELATA, 1996).

Com relação à existência de conflito da relação laboral é necessário ressaltar que o relacionamento que se dá entre o patrão e o seu empregado se manifesta, quase sempre, de forma turbulenta, pois é uma relação que trata sobre acordos e

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup>No capítulo 3, retornaremos a essa temática, ao analisarmos os Recursos Extraordinários de n.895.759/PE e 590.415/SC.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> A igualdade é quase sempre relativa no direito laboral.

desacordos. "Esse tipo de relação é, por sua própria natureza, conflituosa, na medida em que supõe restrições muito importantes à liberdade de quem executa o trabalho. "(BARBAGELATA, 1996, p.21). A greve é uma espécie dessa contra reação, legítima, em razão do seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro. Esse instituto coletivo seria, segundo Maria do Rosário Palma Ramalho, um dos institutos pelos quais a autonomia do direito laboral teria se afirmado (RAMALHO, 2000). Logo seria, também, por essa perspectiva uma particularidade do direito do trabalho.

Outro instituto que singulariza o direito do trabalho, segundo a mesma autora, seria a natureza especial que o vínculo laboral possui. Esse vínculo revela essa natureza, não em razão ao nexo patrimonial dele, que se caracteriza pela existência de troca, trabalho e remuneração, mas sim em relação ao elemento da pessoalidade.

Na relação laboral, como consequência de seu substrato conflituoso, " todos os acordos, tanto em nível individual como coletivo, são precários" (BARBAGELATA, 1996, p.23). Isso significa que o acordo realizado tanto na seara individual, quanto na coletiva, não soluciona questão alguma<sup>25</sup>.

As questões que são debatidas, principalmente, na seara coletiva, apenas criam substratos temporários de amenização do conflito, por essa razão as desigualdades fáticas existentes entre os participantes do acordo não são ilididas, mas apenas amenizadas. A segurança jurídica que decorre da relação laboral é uma segurança residual e instável, não pela intenção das partes<sup>26</sup>, mas pelas condições pessoais e sociais, em que se desenvolvem essa relação. Variados fatos podem ser desencadeados, após a pactuação de um Acordo Coletivo ou de uma Convenção Coletiva de Trabalho, relacionados às mesmas, condições de trabalho que foram estabelecidas, bem como relacionadas às diversas condições daquelas. Por isso, também, se afirma que o direito laboral é dinâmico.

<sup>26</sup> Não há que se falar em ausência de Boa-fé objetiva pós-contratual, pelo descumprimento de obrigações em razão da alteração das relações de trabalho. O princípio da lealdade e transparência nas negociações coletivas cumpre essa finalidade. Cf. DELGADO. Maurício, Godinho. Idem.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> O princípio do *pacta assunt servanda* não tem utilidade prática na relação coletiva ou individual e, além disso, ele contraria a teologia do direito laboral. E deve por isso ser substituído pela cláusula *rebus sic stantibus* (mudança substantiva das condições de fato). Cf. DELGADO. Maurício, Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 4ª Edição. São Paulo. LTR Editora LTDA. 2011. 62 p.

Quanto à dimensão coletiva do conflito, é possível afirmar que depende da percepção que o sindicato terá em relação ao conflito, se individual, ou se coletivo. Geralmente, é a existência de interesses comuns entre os trabalhadores que orientam essa lógica. Dessa particularidade, surge outra, também, de dimensão coletiva em virtude de representar os interesses de todas as pessoas e não só dos trabalhadores, o direito laboral é um ramo jurídico de interesse coletivo<sup>27</sup>. Outra especificidade que pode ser apontada é a de que: "As sentenças ditadas pelos tribunais nos litígios individuais têm uma 'forte projeção coletiva' e, um efeito paradigmático, muito além do valor (...) precedentes judiciais." (BARBAGELATA apud MONTEIRO-FERNÁNDEZ, 1996, p.25). Daí é possível concluir que o juiz ao decidir na esfera individual gera efeitos na esfera coletiva e vice-versa. Esse efeito evidencia a unidade do direito laboral (BARBAGELATA, 1981, p. 26). <sup>28</sup> A divisão que, comumente, é feita, serve para organização dos efeitos que são produzidos na área coletiva e na área individual.

No que tange ao papel central que a negociação coletiva possui, podemos afirmar que é ela que possibilita o prosseguimento da relação laboral em clima pacífico e temporário. O empresário depende do trabalhador e este depende daquele. Desse modo, a negociação coletiva deve ser incentivada, não só pela ambiência favorável que cria para o desenvolvimento da relação de trabalho, mas também pela autonomia, que ela confere aos trabalhadores, através da participação de seu sindicato<sup>29</sup> na resolução de suas próprias problemáticas.

Deve ser destacado, porém, que para a negociação ser incentivada é necessário que antes sejam possibilitadas condições para que ela ocorra e que a partir daí possa se desenvolver<sup>30</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> O Liberalismo e os efeitos que ele gerou quando foi aplicado na França e na Inglaterrademonstraram que a lógica individualista, não poderia se sobrepor a lógica coletiva. (CASTEL, 2015; POLANY, 2012)

<sup>(</sup>CASTEL, 2015; POLANY, 2012)

<sup>28</sup>Mais uma vez, isso confirma que o direito do trabalho é um só direito, embora possua duas perspectivas: individual e coletiva, mas que se interpenetram. É importante destacar que mais à frente destaca-se uma interpretação diversa, do STF, em relação ao Princípio da Proteção, que seria apenas um princípio que funciona na ótica individual e não na coletiva. Sobre esse assunto Cf. PLÁ RODRIGUEZ. Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução e Revisão Técnica de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo. Editora LTR. 2002. p.38-364.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup>Essa autonomia não é plena, é relativa, conforme já se destacou, anteriormente.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Aqui se dá um, especial, destaque para a ineficácia da primazia do negociado sob o legislado, a partir da facultatividade da Contribuição Sindical, pela reforma trabalhista, art. 578, da CLT, sem verbas econômicas que lhe garantam a subsistência como o sindicato, pode possuir paridade negocia. Além disso, pode vir a incentivar o surgimento de condutas contrárias à ética. Todo negócio jurídico, necessita de condições básicas para a sua realização. BRASIL. Lei Ordinária 13.467/2017,

Algumas das negociações coletivas da atualidade visam repassar os riscos da atividade econômica do empregador ao empregado, com a nítida intenção de amenizar os efeitos da crise econômica para o primeiro. Isso, sem falar da possibilidade que a reforma trabalhista abriu para a transação de direitos indisponíveis, tais como normas relativas à saúde e à segurança do trabalho, como aquelas relacionadas às horas in itineres.31

É necessário destacar, ainda, que a eficácia geral liberatória<sup>32</sup>, dada nessas negociações, em relação a todas as verbas rescisórias do trabalhador, acaba por impor a ele um pesado ônus.33

Deve ser ressaltado que a negociação é instrumento que deve ser utilizado para ampliar a efetividade da lei e não, para diminuí-la, pois, se isso ocorrer, será um instrumento que dissemina conflitos, em vez de abrandá-los e que, pior ainda, retira direitos ao invés de concedê-los.Os atos que são nulos, na escala individual<sup>34</sup>, também o são, em escala coletiva.35

de 14 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <a href="http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-">http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-</a> publicacaooriginal-153369-pl.html> Acesso em 18.07.2017.

<sup>31</sup>Cf. ROMITA, Sayão, Arion. Inderrogabilidade da norma e indisponibilidade de direitos em face da negociação coletiva: Limites impostos pelos direitos fundamentais. Revista do TRT da 8ª Região. Belém, v.50, n.99, fls. 93-112. p.108, jul/dez/2017. "Os direitos fundamentais dos trabalhadores (portanto, direitos indisponíveis em caráter absoluto, insuscetíveis de renúncia mesmo em sede de negociação coletiva) são os seguintes: (...) - saúde e segurança no trabalho (...) - direito ao repouso (intervalos, limitação de jornada, repouso semanal e férias)". O autor destaca como direitos de indisponibilidade absoluta, todos aqueles que estão contidos, na CF/88.

<sup>32</sup>Essa discussão quarda relação com a questão de que a norma é imperativa, contudo, após o término da relação laboral seria dispositiva, o que não se pode admitir, segundo Arion, significa: "a razão pela qual por lei são considerados restritos os efeitos da quitação, válidos apenas no tocante dos valores nele consignados (art. 411, § 2º, da CLT.)". BRASIL. Lei Ordinária 13.467/2017, de 14 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <a href="http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-">http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-</a>

publicacaooriginal-153369-pl.html> Acesso em 18.07.2017.

33 Art. 611-A, da CLT. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho (...) têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: "I - pacto quanto à jornada de trabalho observados os limites constitucionais; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores às seis horas; Art.58- § 2º, da mesma lei: O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador."Ibidem. Os direitos mínimos, aqui, não parecem serem garantidos. Sobre supressão das horas in itineres: RE 895.759/PE; Sobre eficácia liberatória geral, das verbas rescisórias, nos acordos e convenções coletivas: RE 590.415/ SC, mais à frente, discutiremos essas decisões. Ibidem.

<sup>34</sup>Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. BRASIL. Decreto-lei: 5.452/93. É importante, ainda, relembrar que a solução encontrada na negociação coletiva "não deixa de ser um simples compromisso, cuja eficácia e duração não podem ser comparadas com a eficácia e duração de contratos." (BARBAGELATA apud LYON-CAEN, 1996, p.26). Desse fato decorre que o princípio do *pacta sunt servanda* (de que o contrato faz lei entre as partes) não pode ser aplicado, visto que a vontade comum das partes, em que se funda esse princípio é inexistente nessa seara<sup>36</sup>.

"Os termos do *compromisso* se manifestam com certas reservas, expressas ou não, (...) que (...) giram em torno de certos pontos: aceitação da fórmula de solução do conflito como mal menor ou (...) menos prejudicial." (BARBAGELATA, 1996, p.23). O acordo coletivo, assim como qualquer outro acordo, requer das partes, que o pactuam, concessões recíprocas, contudo as concessões específicas daquelenão representam um meio termo, mas sim, um termo mais próximo do possível. Evita-se um mal maior pelo acertamento de um mal menor. <sup>37</sup>

Com relação à multiplicidade de fontes, que o direito laboral possui, principalmente com relação às formais, elas englobam não só as leis, como também as convenções internacionais, os regulamentos empresariais, as instruções normativas e as resoluções administrativas (BARBAGELATA, 1996). Essa particularidade atrai outra, mais relacionada às normas autônomas, do que aquela relativa à existência de lacunas, nessas diversas fontes.

A particularidade do direito laboral relacionada à diversidade de suas fontes revela outra que está ligada ao funcionamento do ordenamento normativo e a concretização de suas normas pelo viés da proteção do trabalhador, que se amplia por meio dos princípios de conservação e de superação dos níveis mínimos assegurados por distintas categorias (BARBAGELATA, 1996).

Aprova a Consolidação das leis do Trabalho. Disponível

em:http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/Del5452.htmAcesso em: 09.04.2018.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> A primazia do negociado sob o legislado só é válida, quando aumentam os direitos que já se encontram assegurados na lei. Fora dessa perspectiva, torna-se um instrumento prejudicial ao trabalhador, porque retira direitos dos trabalhadores. A negociação coletiva não é um instrumento, que possibilita a redução de direitos para amenizar os efeitos da crise econômica.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Mais uma vez, demonstra-se a impossibilidade de aplicação desse princípio.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Nas palavras de (Barbagelata, 1996), o compromisso coletivo seria uma espécie de armistício, uma trégua temporária, para evitar deflagração de uma guerra.

# Nesse sentido, Héctor-Hugo enuncia:

(...) embora seja necessário admitir que a tendência para a flexibilização do Direito do Trabalho tenha provocado uma redução do âmbito de ordem pública trabalhista, há fundadas razões que esse processo tem limites intransponíveis, motivo pelo qual ele preservará, de todos os modos, uma zona de garantias básicas (BARBAGELATA, 1996, p.33).

No que tange à significação do tempo social é preciso destacar que o trabalho e as relações que dele decorrem sofrem grandes modificações temporais e conjunturais, que alteram as bases das estruturas sociais e culturais.

A política econômica cria, nesse sentido, vários percalços ao direito laboral. As alterações tecnológicas, também, geram alterações na forma como os trabalhadores e os seus empregadores se relacionam, vide o exemplo atual do whatsapp, como o surgimento de novas profissões, no mercado de trabalho, como,por exemplo, a do programador de aplicativos, do teletrabalhador, recémregulamentado pela Lei da Reforma Trabalhista.

Quanto à variedade e ao poder dos operadores jurídicos, Héctor destaca que além dos operadores tradicionais (juízes, advogados e professores de Direito), existem outras pessoas que também interpretam e aplicam o Direito, tais como os inspetores do trabalho, os diretores e os assessores da administração do trabalho (BARBAGELATA, 1996).

É possível ampliar essa lista, em âmbito brasileiro, no que tange aos fiscais do INSS, aos seus procuradores, aos fiscais da receita federal, ao promotor do trabalho e ao Ministro do Trabalho.

É necessário destacar, ainda, com relação a esta particularidade uma outra, a de que não só os juristas criam, interpretam e aplicam as normas de direito laboral, mas também os empregadores (BARBAGELATA, 1996), que possuem a capacidade de criar fontes formais de direito, quando as faz, em caráter abstrato e genérico, através dos seus regulamentos empresariais. As Comissões de Conciliação Prévia são, no Brasil,outro exemplo que pode ser destacado.

Além dessas particularidades podem ser apontadas outras em relação à Justiça laboral brasileira, tais como o poder normativo que ela possui<sup>38</sup>, a fixação de

-

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Art. 867, da CLT - Da decisão do Tribunal serão notificadas as partes, ou seus representantes, em registrado postal, com franquia, fazendo-se, outrossim, a sua publicação no jornal oficial, para ciência dos demais interessados. Parágrafo único - A sentença normativa vigorará: a) a partir da data de sua

precedentes judiciais e a expressiva elaboração de súmulas pelos tribunais regionais e superiores, em matéria laboral, que, na atualidade, foram restringidas pela recente reforma laboral<sup>39</sup>, bem como pelos Tribunais Regionais e pela Advocacia Geral da União.

O Supremo Tribunal Federal, o Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal também produzem precedentes judiciais e súmulas, mas de forma mais contida quando comparada ao Tribunal Superior do Trabalho, que possui uma maior quantidade de súmulas, sem falar na produção das orientações jurisprudenciais.

Segundo Carolina Lins Pereira Mesquita o conjunto normativo que compõe o direito do trabalho é formado por normas oriundas do contrato de trabalho, normas imperativas decorrentes do Estado, dos Acordos Coletivos do trabalho, das normas decorrentes das Convenções Internacionais e de suas outras fontes (MESQUITA, 2012, p.28)

Carolina Lins (MESQUITA, 2012, p.38) afirma ainda que a questão da natureza jurídica do direito do trabalho faz parte de uma temática polêmica, em razão de dois motivos: o primeiro seria quanto ao sentido das expressões privado e público, que ao longo da história sofreram diversificação de sentido, e o segundo guarda relação com o enquadramento de matérias ora como de direito privado, ora como de direito privado, que foram constatadas a partir dos fenômenos de privatização do direito público, de publicização do direito privado e da própria socialização do direito.

É importante destacar que há autores que defendem o direito do trabalho como de direito misto, o que se adequaria as normas de direito privado e de direito público. As funções de Direito do trabalho segundo Carolina Lins (MESQUITA, 2012, p.60-61), seriam a função de tutela do trabalhador de modo a lhe imprimir uma

publicação, quando ajuizado o dissídio após o prazo do art. 616, § 3º, ou, quando não existir acordo, convenção ou sentença normativa em vigor, da data do ajuizamento; b) a partir do dia imediato ao termo final de vigência do acordo, convenção ou sentença normativa, quando ajuizado o dissídio no prazo do art. 616, § 3º. BRASIL. Decreto-lei: 5.452/93. Aprova a Consolidação das leis do Trabalho. Disponível em:<a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/Del5452.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/Del5452.htm</a> Acesso em: 09.04.2018.

r

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Art. 702, I, f), da CLT: estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial. Idem op. cit.

melhoria progressiva, a função civilizatória e democrática e a função de promover a Justiça social, função de contenção das lutas operárias. O objeto central do qual se ocupa o direito do trabalho segundo a autora é o trabalho humano, em todas suas espécies e formas de prestação (MESQUITA, 2012, p.68).

Esclarece, ainda, a autora que a definição jurídica da disciplina laboral pode ser caracterizada sob as seguintes formas:subjetiva, objetiva e mista. A primeira enfatiza o âmbito pessoal de aplicação, a partir dos sujeitos da relação laboral. A segunda enfatiza a relação jurídica e a terceira, enfatiza tanto os sujeitos quanto as relações jurídicas (MESQUITA, 2012, p.69)Afirma a mesma autora (MESQUITA, 2012) que o direito do trabalho consiste em um ramo autônomo do Direito, que se subdivide em: Direito Coletivo, Direito Individual e Direito Internacional do Trabalho.

### 1.6A autonomia científica do direito laboral

Nesse tópico é relevante destacar, de modo geral, o direito do trabalho. Segundo Carolina Pereira Lins Mesquita o objeto central dessa disciplina "é o trabalho humano, em todas as suas espécies e forma de prestação (...)." (MESQUITA, 2012, p.68).

Segundo Magano a definição desse direito pode ser assim explicada;

O direito do trabalho é o conjunto de princípios, normas e instituições, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais (MAGANA, 1991).

No que tange as fontes do direito laboral é importante destacar que existem as formais autônomas, decorrentes do processo de autocomposição dos litígios, em que são partes o sindicato dos empregados e empregadores ou sindicatos de empregadores. Existem, ainda, as aquelas formais heterônomas que são produzidas pelo agente estatal.

Segundo a autora Carolina Pereira Lins Mesquita, tal divisão decorre da interpretação de Kelsen que envolve a atuação do governo ou do povo na produção das normas, que deverão regular a vida em sociedade. Ela explica essa diferença da seguinte forma:

Para Kelsen, democracia é a forma de governo na qual a produção de normas origina-se de seus próprios destinatários, ou seja; o povo (...). De outro lado, a autocracia seria aquela na qual a produção de normas origina-

se da figura do governante, sem contribuição ou participação de seus destinatários. 40

Nessa parte do estudo, buscou-se compreender a questão que envolve a autonomia do direito laboral, utilizou-se para tanto a pesquisa da jurista portuguesa Maria do Rosário Palma Ramalho, em relação à autonomia do direito laboral de seu país. Ressalta-se que o fato de a pesquisa referir-se a Portugal não impede que os resultados de sua investigação possam ser aplicados ao direito laboral brasileiro, pelos motivos já expostos, em momento anterior.O interesse por sua pesquisa decorre da forma detalhada com que ela trata o tema da autonomia laboral, diversamente de outros autores brasileiros<sup>41</sup>.

Pretende-se abordar alguns aspectos que foram enunciados pela autora, em seu estudo, em especial, aqueles que guardam relação com o objeto dessa pesquisa, tais como: a origem fática do direito laboral, quais os fatos que desencadearam a discussão quanto à origem do direito do trabalho e, posteriormente de sua autonomia científica, que se divide em três partes: a conglomeração das normas laborais, a sistemática e a dogmática. Nesse último estágio, procurou-se destacar o papel exercido pelos princípios do direito do trabalho<sup>42</sup>, em especial, o da proteção.

A existência do direito laboral começa a partir do final do século XIX. Esse fato tem o condão de revelar, segundo a autora, que o direito laboral é um "produto da Revolução Industrial e da massificação dos processos produtivos que lhe correspondeu." (RAMALHO, 2000, p. 2).

A informação que importa, nesse estudo, restringe-se ao direito do trabalho ser um produto da Revolução industrial e da massificação dos processos produtivos que lhe correspondeu. Contudo, dá-se a esta parte final inerente aos processos produtivos, uma interpretação ampliativa, no sentido de que todos esses processos,

<sup>41</sup>DELGADO, Maurício. Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13 ed. São Paulo. LTR. 2014. MARTINS, Sergio. Pinto. *Direito do Trabalho*. 28 ed. São Paulo. Atlas. 2012. SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. 3 ed. São Paulo. Renovar. 2010. BARROS, Alice. Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6 ed. São Paulo. LTR. 2010. GARCIA, Gustavo. Felipe. Barbosa. Manual de Direito do Trabalho. 3 ed. São Paulo. Método. 2011. NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*: História e Teoria Geral do Trabalho Relações Individuais e Coletivas. 26 ed. São Paulo. Saraiva. 2011. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK. *Curso de Direito do Trabalho*. 17 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005. FILHO, Evaristo de Moraes; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao Direito do Trabalho. 7 ed. São Paulo. LTR. 1995.

-

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Idem, apud Kelsen. Hans. Teoria Pura do Direito..., p. 406-407.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> A autora enumera mais duas razões, além dessa, para o reconhecimento dessa autonomia:a especificidade das convenções coletivas de trabalho e a greve. (RAMALHO, 2000)

que antecederam a Revolução industrial, tiveram importância para o surgimento do direito laboral.

Os processos produtivos, a que se fez referência, anteriormente, são: a escravidão da civilização romana <sup>43</sup>, que se deu através da *locatio conductio operarum* (ADAMOVICH, 2008), a servidão (OLEA, 1969) e as corporações de ofício (VIANNA, 2005).

Faz-se uma ressalva quanto ao ponto de partida do direito laboral estar fixado, na parte final do século XIX, por não conferir a importância devida à manifestação, fática, do direito do trabalho, ocorrida no final do século XVIII e começo do século XIX, através da produção de leis esparsas<sup>44</sup>.

A autora afirma que o surgimento da questão da autonomia do direito laboral ocorreu por conta da incapacidade do direito civil em solucionar as questões laborais, de forma satisfatória, assim como fez Barbagelata, anteriormente. "Se passou a regulação de um conjunto de fenômenos estranhos ao direito civil, bem como à admissibilidade de entidades e de procedimentos desconhecidos do direito comum (...)" (RAMALHO, 2002, p.4).

O direito do trabalho, a partir da Revolução Industrial, passou a se expandir rapidamente e, tão logo, a autonomia sistemática desse direito acabou se impondo, de um modo avassalador, a partir da proliferação de numerosos códigos de trabalho, num curto período de tempo (RAMALHO, 2000).

Em relação à sistemática jurídica da questão laboral, Maria do Rosário, esclarece que: "Em termos gerais é comum referir-se que a sistemática jurídica pressupõe a possibilidade de ordenação e o carácter unitário das normas, e procura proceder a essa ordenação de acordo com determinados critérios (...)" (RAMALHO, 2000, p.143, apud CANARIS, 1996).

A autonomia sistemática, a que faz referência a autora, traz a ideia de que essa autonomia decorre do reconhecimento de uma teleologia própria e possuidora

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Sobre esse tema da escravidão em Roma, ver: SCHIAVONE, Aldo: *Uma história Rompida*: Roma antiga e Ocidente moderno. Trad. Fábio Duarte Joly; Rev. Norberto Luiz Guarinello.São Paulo. Editora da Universidade de São Paulo. 2005.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Robert Peel, um moleiro, foi o responsável pela obtenção da primeira lei de proteção ao trabalhador, em 1802, na Inglaterra (SÜSSEKIND, 2010); (NASCIMENTO, 2012); Robert Owen, um empresário, responsável pela implantação de medidas de proteção ao trabalho em sua fábrica de tecidos, em New Lamarck, na Escócia, no ano de 1800 (NASCIMENTO, 2012); (SÜSSEKIND, 2010).

de um caráter único, ou seja, de leis ou normas jurídicas que se assemelham pelas ideias que enunciam.

A dificuldade de se reconhecer a autonomia dogmática do direito laboral se deve ao fato de que, somente, os fenômenos ligados ao trabalho subordinado eram estudados e a relação deles com os princípios que orientaram as normas, que envolviam essa temática.

Até aqui, procurou-se investigar o problema do posicionamento dogmático do direito laboral, restringindo-o à relação de trabalho e ao contrato de trabalho (RAMALHO, 2000). A partir da exposição desses fatos, percebe-se que comprovar a autonomia dogmática é uma tarefa árdua, que requer ordenação e compreensão da lógica geral de uma ciência e não, de seus fenômenos isolados, tais como a relação de trabalho e o contrato de trabalho.

A questão dogmática laboral:

tende modernamente a ser apresentada não como um conjunto de postulados fundamentantes emitidos e aceitos em nome de qualquer autoridade, de origem divina, positiva, ou puramente racional (RAMALHO, 2000, p.145, apud MORTARI), mas como instância de justificação e validação axiológica das regras jurídicas (Idem, apud LARENZ).

A dogmática, a que se faz referência, não guarda relação com o sentido comum, que se dá aos dogmas, quanto à sua inquestionabilidade, mas sim, quanto à sua ligação com os aspectos científicos e racionais, que permitem a sua comprovação.

Sobre a questão da autonomia do direito laboral, podem ser feitas três reflexões ao se analisar um determinado complexo normativo e sua relação com outras áreas.

A primeira consideração, segundo a autora é a de que há uma aglomeração de normas dispersas e que não são organizadas de forma sistemática, mas que buscam exprimir uma mesma teleologia. Pela falta de caráter unitário, tratam-se apenas de meras conglomerações de normas.

A segunda consideração é a de quando existe um conjunto normativo dotado de certa unidade, ordenada ou ordenável, por um subsistema determinado por critérios lógicos é possível afirmar o reconhecimento da autonomia sistemática da área jurídica a ser verificada.

A terceira consideração que pode ser destacada é a de que para além da unidade sistemática, a orientação das normas por princípios, ou valorações materiais especiais, distintas das valorações subjacentes ao universo jurídico comum autoriza o reconhecimento da autonomia dogmática que expressa a maturidade científica da área.

A classificação da autora, exposta acima, lembra uma variação quanto à classificação do estágio da autonomia do direito laboral: a primeira evidencia que, ao se analisar determinadas leis, em comparação com o restante do ordenamento jurídico, percebe-se que existem normas que são diversas dele, pelo conjunto de ideias que elas emitem, mas que ainda assim não conseguem apresentar uma lógica de organização de um sistema, por isso seriam classificadas como meras aglomerações.

A segunda classificação, por sua vez, vai mais adiante, pois, além de ser diversa do ordenamento como um todo, consegue organizar a sua lógica, através de um sistema, que é denominado de sistemática. Por sua vez, a terceira classificação agrega essas características anteriores a uma lógica de princípios próprios e que reforçam esse mesmo ordenamento, que é denominada de dogmática.

Essas considerações podem ser aplicadas ao ordenamento laboral pátrio, visto que é possível verificar que a produção legislativa, inicial, brasileira enunciava uma teleologia própria, diversa do ordenamento comum, mas que não era sistematizada <sup>45</sup> por ainda não possuir um caráter ordenado, o que permitia classificá-lo como meras conglomerações de normas.

A partir de 1943 a consolidação das leis do trabalho, as leis esparsas, as súmulas, as orientações jurisprudenciais e os princípios laborais já passam a revelar uma ordenação sistemática, além de manter a característica que revela a presença

em:<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1637-5-janeiro-1907-582195publicacaooriginal-104950-pl.html>. Acesso em 07.05.2018: BRASIL, Decreto 3.724, de 15 de janeiro de 1919. Regula as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. Disponível

em:<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html> Acesso em 07.05.2018; Somente em 1° maio, de 1943, foi instituído o Decreto lei 5.452, que aprovou a consolidação das leis, do trabalho. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 07.05.2018.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> BRASIL, Decreto 1.313, de 17 de janeiro de 1891. Estabelece providencias para regularizar o trabalho dos menores empregados nas fabricas da Capital Federal. Disponível em: <<a href="http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1313-17-janeiro-1891-498588-publicacaooriginal-1-pe.html">http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1313-17-janeiro-1891-498588-publicacaooriginal-1-pe.html</a>. Acesso em 07.05.2018; BRASIL, Decreto 1.637, de 5 de janeiro de 1907.Crea syndicatos profissionaes e sociedades cooperativas. Disponível

de uma teleologia própria, diversa do ordenamento comum, o que assegura a classificação de uma autonomia sistemática.

Além dessas considerações que foram feitas, é possível destacar que esse mesmo ordenamento possui princípios próprios que são exclusivos do ordenamento laboral e que excluem os princípios do direito comum, o que afirma a hipótese da autonomia dogmática.

O reconhecimento desses estágios ao ordenamento brasileiro permite concluir que ele possui um caráter ordenado das mesmas ideias, que são regidas por princípios próprios e que excluem <sup>46</sup> os demais princípios gerais do direito, segundo a acepção de Maria do Rosário Palma Ramalho<sup>47</sup>.

Com relação à questão sistemática, destaca-se o papel do princípio da proteção do trabalhador, que surge em razão da exigência de correção da posição de inferioridade laboral, no vínculo de trabalho, no final do século XIX (RAMALHO, 2000).

Há que se ressaltar que o princípio em destaque reverbera sua importância não só quanto à autonomia sistemática, como também em relação à autonomia dogmática (RAMALHO, 2000). Assim é permitido afirmar que, quando o princípio da proteção é negligenciado na relação laboral, durante a aplicação da norma ao fato, se está, na realidade, criando impedimentos para a evolução da autonomia dogmática e da sistemática laboral. E, ao contrário,quando ele é observado, nessa mesma situação, permite-se que o dinamismo do direito laboral flua livremente.

O princípio da proteção pode se expressar de duplo modo: evoluir pela multiplicação de normas imperativas de tutela dos trabalhadores subordinados, em detrimento da liberdade das partes, com relação ao conteúdo do contrato (a autonomia privada é limitada, em nome da proteção dos trabalhadores) e partir, também, pela atuação coletiva de conserto, da posição de inferioridade e de amenização do conflito. Assim, ela acaba por ser admitida pela lei, como forma de compensar a debilidade jurídica e econômica do trabalhador (a autonomia privada ressurge pela autonomia coletiva) (RAMALHO, 2000, p.198). Dessa lógica de ideias, é permitido afirmar que esse princípio da proteção é uno e deve ser aplicado tanto

-

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup>Esse pensamento não é uníssono na doutrina.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> O Princípio da proteção se sobrepõe ao princípio da autonomia contratual. A cláusula *rebus sic* estantibus se sobrepõe ao princípio do *pacta sunt servanda*.

na seara individual, quanto na seara coletiva, entendimento que será afirmado no próximo ponto da pesquisa.

Alguns outros princípios de igual relevância ganham destaque, nessa temática, tais como: o princípio da imperatividade mínima das normas laborais, " que assegura que as vantagens legais reconhecidas aos trabalhadores não sejam objecto de redução por via convencional, mas apenas de acréscimo" (RAMALHO, 2000, p.423), o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador assegura que a partir da concorrência normativa, seja escolhida a norma mais favorável ao trabalhador, "sendo um princípio de incidência geral e não só do domínio individual do direito do trabalho (...)" (RAMALHO, 2000, p.424).

Essas considerações autorizam o entendimento de que os princípios do direito do trabalho tutelam o trabalhador, estando ele representado pelo seu sindicato ou não. Isso ocorre, porque o direito laboral é uno, assim como os princípios que o informam.

O princípio da proteção possui extrema relevância, nessa ordem de ideias, porque é um princípio fundamental do qual derivam todos os demais. Ele ainda suscita outras importantes características do direito laboral, que o diferenciam dos demais ramos do direito, tais como: a unilateralidade - que é um direito dos trabalhadores e foi criado em benefício deles -, a imperatividade tendencial das normas laborais – que se caracteriza pela ausência de liberdade negocial ou pelo fraco peso que ela possui, em razão das normas imperativas, porque a convenção coletiva só possui prevalência sobre as cláusulas imperativas legais ou do contrato se formais favorável ao trabalhador -, a progressividade ou progressismo do direito laboral – a qual destaca que a proteção do trabalhador deve ser ampliada a outros trabalhadores e que um reduto mínimo de garantias deve ser extensível a todos os trabalhadores-, o garantismo - o que não permite o retrocesso das garantias já conquistadas, mas sim o seu progresso e ampliação -, a tendência expansionistaem que outros ordenamentos copiam o ordenamento laboral, no sentido da proteção dada ao trabalhador – eo direito constitucional, por exemplo, que já foi influenciado, também pela contribuição do pensamento social ao nível constitucional) (RAMALHO, 2000, p.429-441).

A partir dessa lógica da fundamentalidade do princípio protetivo e do realce que ele produz em relação a características laborais, desrespeitar a sua aplicação significa desrespeitar o direito laboral como um todo, já que todo o arcabouço jurídico da doutrina laboral está fundado nesse princípio.

A questão da autonomia dogmática e sistemática também sofre influências, quando não se aplica esse princípio em uma situação que ele deveria ser aplicado, visto que a autonomia sistemática depende de uma confluência de ideias organizadas de uma forma sistematizada, enquanto a autonomia dogmática do direito laboral só se justifica em razão da principiologia própria desse ramo de caráter excludente, quando comparado com os demais princípios do direito comum. Desse modo, quando se negligencia a aplicação de um princípio, que deve ser incidir numa dada situação concreta, se está em realidade, interferindo na condição dogmática e sistemática do sistema laboral.

A partir da compreensão da importância desses princípios para o reconhecimento e fortalecimento dessa autonomia, passa-se ao estudo dos princípios propriamente ditos mais importantes para essa pesquisa, que são aqueles que foram negligenciados<sup>48</sup> ou não aplicados aos casos concretos decididos pelo STF, em Recurso Extraordinário de n. 895.759/PE e de n. 590415/SC.

## 1.70s princípios do direito laboral

Nessa parte da pesquisa, demonstrou-se a significação de alguns princípios do direito do trabalho, considerados os mais relevantes para o nosso estudo<sup>49</sup>, são eles: o princípio da proteção, o da irrenunciabilidade, o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, o da continuidade da relação de emprego e o da primazia da realidade.

Segundo Carolina Lins Mesquita os princípios possuem uma função primordial que não está ligada, apenas, a questão do reconhecimento da autonomia dogmática do Direito do Trabalho, mas também com a melhor compreensão das singularidades do Direito do Trabalho, o que significa dizer de sua coerência, harmonia e diretrizes uniformes (MESQUITA, 2012, p.74).

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Aderimos à acepção de que foram descuidados, ou seja, de que foram aplicados erradamente. <sup>49</sup>em relação ao julgamentos dos Recursos Extraordinários: de números 895.759/PE e 590.415/SC, julgados pelo STF, que serão analisados no cap. 3. A não aplicação desses princípios representa uma violação à autonomia dogmática do direito do trabalho.

Para Maurício Godinho Delgado os princípios assumem o significado de proposições fundamenttais (DELGADO, 2014, p.184). Os princípios possuem três funções: informadora, na medida em que se portam como fatores que influenciam e fundamentam a produção das normas jurídicas, inspirando o legislador; normativa, na qual diante de um caso concreto em que exista lacuna normativa, os princípios são utilizados pelos intérpretes para complementarem o ordenamento jurídico; na função interpretadora, eles são utilização como ferramentas que auxiliam o interprete no processo de interpretação da norma (MESQUITA, 2012, p.80-81).

Utilizou-se para isso, principalmente, a pesquisa do jurista, uruguaio, Américo Plá Rodriguez<sup>50</sup> e, do argentino, Alfredo Ruprecht<sup>51</sup>.É importante ressaltar que as pesquisas desses autores evidenciam questões relacionadas aos ordenamentos laborais de seus países. Fato que não impede que as considerações, ali encontradas, sejam aplicadas ao ordenamento jurídico laboral brasileiro pela existência de semelhanças entre eles, destacadas em momento anterior.

Optou-se pela utilização desses autores em razão da forma simplificada com que tratam o tema, sem, contudo deixar de abordá-lo com a profundidade que ele demanda. Pretende-se explorar, apenas, alguns enfoques que foram enunciados pelos respectivos autores, os que correspondam aos objetivos dessa pesquisa.

Verificou-se, em momento anterior, por meio da autora portuguesa Maria do Rosário Palma Ramalho, a importância que os princípios do direito laboral possuem em relação ao reconhecimento da autonomia dogmática dessa disciplina. As funções que esses princípios cumprem, precipuamente, são a de informar o legislador, no momento de elaboração da lei, a de substituir a lacuna normativa (art. 8°, da CLT) e a de auxiliar a atividade interpretativa da norma.

Na opinião de Ruprecht, os princípios cumprem duas funções: supletiva e interpretativa. "Os princípios do direito do trabalho são normas que inspiram a disciplina, tendo como objeto fazer que sejam concretamente aplicados os fins do direito do trabalho." (RUPRECHT, 1995, p. 5)Nessa dialética, os princípios representam meios para a concretização de determinados fins. Eles são caminhos

<sup>51</sup>J-RUPRECHT, Alfredo. *Os princípios do Direito do Trabalho*. Tradução Edilson Alkimin Cunha. São Paulo. LTR. 1996. p.6-85.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> PLÁ RODRIGUEZ. Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução e Revisão Técnica de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo. LTR. 2002. p.38-364.

metodológicos que levam ao principal objetivo do ordenamento laboral;o de tutelar o empregado.

O pressuposto desse estudo é o de que os princípios laborais servem tanto ao direito individual, quanto ao coletivo<sup>52</sup> e de que eles representam mandamentos de otimização<sup>53</sup>,ou seja, devem ser aplicados dentro das possibilidades jurídicas e fáticas condizentes ao caso concreto<sup>54</sup>. Ao destacar tais princípios, o jurista argentino afirma possuir essa mesma opinião de que a aplicação é devida tanto em um âmbito, quanto em outro. Admitindo, porém, que, em alguns casos, se constate uma inclinação preferencial para o aspecto individual que, contudo, não é capaz de afastar o coletivo.

A expressão mandamentos de otimização traz a ideia de que o Judiciário não pode se eximir de aplicar os princípios, quando o caso concreto apresente as condições para tanto. O princípio não é uma ferramenta facultativa do juiz, mas sim, um instrumento obrigatório dele, que deve ser utilizado durante o processo de interpretação da norma.

Essa expressão produz efeitos, também, no processo de elaboração da norma. O princípio deve ser utilizado na criação dela, seja ela individual ou coletiva, se as condições para a sua aplicação ocorrerem. A hermenêutica constitucional deve ser respeitada tanto quanto a laboral. Se existem princípios próprios que balizam a interpretação da norma, eles devem ser usados nesse processo de construção de significados normativos. Desprezar a aplicação dos princípios, quando existem normas, é relegá-los a um papel de menor importância, é conferir a eles uma mera função supletiva (de tapa-buracos). Em outras palavras, Plá Rodriguez reitera o entendimento de Alexy, quando afirma: "Os princípios se apresentam como diretrizes eficazes. "(PLÁ-RODRIGUES, 2002, p.23). Disso resulta que a eficácia do ordenamento jurídico laboral depende da aplicação

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Embora se saiba de que existe posicionamento contrário: de que ao direito coletivo existem princípios próprios. DELGADO. Maurício, Godinho. Curso de Direito Coletivo do Trabalho. 4 ed. São Paulo. LTR. 2011, p.43-64.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup>Expressão utilizada por Robert Alexy, em que ressalta que a satisfação dessa máxima está condicionada à existência de possibilidades fáticas e jurídicas. Existindo elas os princípios devem ser aplicados (cumpridos). Cf. ALEXY, Robert: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad, Virgílio Afonso de Souza. 5ª ed. São Paulo. Malheiros. 2008. p 90. .

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup>Não se pretende afirmar que os princípios são mais importantes que as normas, como faz a doutrina neoconstitucional, mas sim demonstrar que até mesmo o direito constitucional destaca a obrigatoriedade de sua utilização, quando existentes as condições para tanto.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup>Cf. HARBELE. Peter. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição Contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2002.

conjunta dos princípios nas normas. Vislumbrou-se também que o princípio da proteção é o pilar fundamental do direito do trabalho, em que estão fundados os demais princípios e o próprio ordenamento laboral.

Américo destaca as diferenças teleológicas existentes entre o direito civil e o laboral:

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes, com o objetivo de mediante a essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes (PLÁ-RODRIGUEZ, 2002, p.83).

Dessa ordem de ideias, é possível perceber que a desigualdade, dificilmente, será eliminada, na relação laboral. Ela poderá ser amenizada, em perspectivas materiais e processuais. Esse deve ser um pressuposto de interpretação das normas laborais, sejam elas individuais, ou coletivas.

A atuação desse princípio viola o princípio da igualdade jurídica das partes (RUPRECHT, 1995, p.9). Por isso se diz que o princípio do direito laboral exclui o direito civil. O direito laboral sistematiza preceitos protetivos a partir de uma lógica real e concreta, o da existência da desigualdade, não caminha ele sobre os planos da abstração e da ficção, supondo a existência de uma igualdade, como faz o direito civil.O fundamento do princípio da proteção<sup>56</sup> está atrelado à própria razão de ser do direito do trabalho e a sua existência. Isso se justifica pela forma histórica a partir da qual ele surgiu, "como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração." (PLÁ-RODRIGUEZ, 2002, p.85).

Verificou-se, em momento anterior, que o direito do trabalho se desenvolveu com a finalidade de combater a exploração do trabalho pelo capital e que, em seguida, teve que especializar-se em combater a ideologia liberal, que afirmava a liberdade do trabalho pelo contrato. Ainda hoje, o princípio da proteção orienta a lógica tutelar desse ordenamento do trabalho.

Ruprecht lembra que toda a evolução do direito do trabalho tem se baseado sob a proteção do trabalhador. Nesse sentido, Américo destaca que o princípio da proteção não representa um método especial de interpretação, mas, sim, um

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup>Não há consenso da doutrina sobre essa denominação.

princípio geral que inspira todas as normas de direito laboral, que deve ser levado em conta durante sua aplicação. Evidencia-se que esse princípio não autoriza que o juiz aplique o direito de modo discricionário (conforme seus objetivos pessoais) e sem a utilização de fundamento. Sua aplicação está vinculada às regras, que devem ser respeitadas para a manutenção da segurança jurídica.

Alfredo ressalta que a esse princípio não deve ser dado um alcance excessivo (RUPRECHT, 1996, p.08), pois, assim como qualquer outra área do direito, há limites para a sua aplicação.<sup>57</sup>

O juiz deve ter liberdade, para motivar e fundamentar as suas decisões, mas deve indicar quais critérios objetivos utilizou para dar essa decisão, sua fundamentação deve estar livre das suas subjetividades. Sabe-se que o juiz não pode se livrar delas, mas ele pode e deve fundamentar suas decisões a partir de critérios objetivos, de modo que o jurisdicionado possa refutá-los, se assim lhe convier.

A utilização de critérios subjetivos, na fundamentação jurídica, pode gerar graves danos processuais ao ordenamento como um todo, tais como o desrespeito, ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. É necessário ressaltar, também, que a não aplicação do princípio da proteção, bem como de outros princípios laborais, às relações laborais individuais ou coletivas podem causar interferências negativas em relação à autonomia dogmática laboral. O princípio da proteção não é uma arma oculta do intérprete do direito laboral, mas,um mecanismo que ilumina as desigualdades e, por isso, aproxima-se da possibilidade de amenizá-las.

A forma de recepção dos princípios laborais pelo Direito Positivo, segundo Américo, se dá de duas maneiras: de forma substantiva, em que a Constituição eleva à categoria de princípio, a proteção do trabalho e de forma instrumental, pela qual o próprio código do trabalho afirma como deve ocorrer a interpretação de suas normas a partir dos princípios em que se pode dar essa interpretação.

-

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup>Não se deve para afirmar um resultado, utilizar caminhos metodológicos que só conduzam a esse resultado. A cientificidade se dá pelos critérios objetivos que se utiliza. Sobre esse assunto trataremos na seção 2.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Sobre esse assunto trataremos no Capítulo 3. A recepção substantiva não está expressa, ela pode ser percebida através da interpretação de que o trabalho é protegido, por ter um valor social, que é fundamental à República brasileira. BRASIL. Constituição da República do Brasil de 1988. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm</a>. Acesso em 15.04.2018.

Alfredo Ruprecht afirma que quando o princípio da proteção está positivado numa Constituição, ele passa a ser mais efetivo, visto que a sua aplicação passa a ser obrigatória tanto para o legislador quanto para o intérprete (RUPRECHT, 1996, p.14). Em nossa Constituição, é possível verificar a recepção substantiva do ordenamento aos princípios laborais, em seu artigo 1°, IV, que afirma, como princípios fundamentais da República brasileiraos valores sociais do trabalho. No que tange à recepção instrumental, não é possível verificá-la, visto que o direito positivo afirma a utilização dos princípios laborais, apenas, na hipótese da existência de lacunas. <sup>59</sup>O princípio da proteção não serve, apenas, para ser aplicado no âmbito individual, mas também no âmbito coletivo <sup>60</sup>.

Geralmente a parcela da doutrina que afirma o contrário o faz por entender que esse princípio deveria ser aplicado, apenas, em âmbito individual, pois, só neste momento, haveria uma necessidade de proteção do trabalhador, em face de seu empregador,o que não ocorreria em âmbito coletivo, em virtude de o empregado estar representado pelo seu sindicato. Contudo, esse argumento não leva em conta o fato de que o sindicato, quando representa os interesses dos empregados, o faz no plano de elaboração da norma e não de sua aplicação.

No plano de elaboração da norma, ambas as partes - empregadores e sindicatos dos empregados -, são sujeitos autônomos, que não carecem de tutela estatal. No plano de aplicação da norma, porém, essa mesma dinâmica não se realiza, em razão de se fazer necessária a aplicação do princípio da proteção.

# Sobre isso, destaca Plá Rodriguez:

É sabido que toda norma trabalhista tem um propósito protetor. Que esse propósito trabalhista tenha sido concretizado pelo legislador em texto legal ou pelo sindicato em uma convenção coletiva, atuando como representante dos próprios trabalhadores, não altera substancialmente as coisas. O certo é que a norma está inspirada pela finalidade de proteção ao trabalhador e, em consonância com essa finalidade de proteção, a aplicação deve efetuar-

Apresentam opiniões diversas Barassi e Tissembaum, de que a inferioridade do trabalhador desaparece com a atuação sindical. (Plá- Rodriguez, 2002, p.120.) PLÁ-Rodriguez in: Ludovico Barassi: Tratado de Derecho del Trabajo", versão castelhana, Buenos Aires, 1953, t. I, pág. 104; TISSEMBAUM, Mariano. Introducción al Derecho Laboral", Buenos Aires, 1961, t. I, pág. 564;

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Ressaltando apenas o caráter supletivo desses princípios, no art. 8º, da CLT, que afirma - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho (...). Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/Del5452.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/Del5452.htm</a>. Acesso em 15.04.2018.

se com o intuito de proteção (...). A desigualdade que se deve compensar surge no momento da aplicação e não da elaboração da norma, por isso não interessa a forma como tenha sido constituída. (Plá- Rodriguez, 2002, p.120)

Destacou-se, também, anteriormente, que a autonomia sindical não é plena, visto que existem limites para a sua expressão, por que existem direitos que não podem ser transacionados pela sua natural indisponibilidade, em razão de representarem um reduto mínimo de garantias, que os trabalhadores possuem.O ordenamento italiano prevê esses limites, de forma expressa<sup>61</sup>, conforme destaca Arion Sayão Romita (ROMITA, 2017). E o ordenamento laboral brasileiro, também, menciona essa indisponibilidade.<sup>62</sup>

Outro argumento que deve ser combatido é o de que, quando o juiz protege o empregado em âmbito sindical, estará,em realidade, intervindo na negociação coletiva, pela via estatal <sup>63</sup>, porque,como já foi visto, anteriormente, o plano de elaboração da norma não é o mesmo de sua aplicação.

Além disso, a intervenção estatal ocorreria caso o poder judiciário, durante o processo de elaboração da norma coletiva, interferisse nessa negociação, o que não se vê, porém percebe-se a aplicação do princípio da proteção, durante o momento preciso.

Esse argumento da intervenção mostra-se sem fundamento, pois até mesmo, quando o Judiciário é chamado a interpretar as cláusulas coletivas, por meio dos

<sup>62</sup>Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos (...).Contudo não elenca nesse rol a indisponibilidade de direitos ligados às normas de saúde e segurança no trabalho, em relação ao limite de jornada de trabalho e quanto ao adicional de insalubridade. E, ainda, autoriza a transação desses direitos em normas coletivas, conforme dispõe o I, XII e XIII, do art. 611-A, que diz: "A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; (...)" BRASIL. Decreto-lei: 5.452/93. Aprova a Consolidação das leis do Trabalho. Disponível em:<a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/Del5452.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/Del5452.htm</a>> Acesso em: 09.04.2018.

.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> No art. 2113, do Código civil italiano, afirma-se: "Não são válidas as renúncias e as transações que têm por objeto direitos do empregado derivados(...) das convenções e acordos coletivos concernentes às relações de trabalho." (ROMITA, 2017).

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> Essa intervenção ocorre, de fato, no caso do art. 8°, § 3°da CLT (decorrente da reforma laboral), que diz: "§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico (...) e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva." Aqui não há só uma hipótese de intervenção mais sim, de interferência indevida do poder legislativo no poder judiciário. Idem.

dissídios coletivos, ele o faz, sem que isso represente uma intervenção indevida na autonomia coletiva sindical, porque ela ocorre no momento de aplicação dessa norma e não no de sua elaboração.

Para Maurício Godinho Delgado, o princípio da proteção informa que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia, o obreiro, buscando retificar no plano jurídico o desequilíbrio existente no plano fático do contrato de trabalho (DELGADO, 2012, p.196)

Segundo Maria Alice de Barros "o princípio da proteção é consubstanciadona norma e na condição mais favorável" (BARROS, 2010, p.181)

O princípio da norma mais favorável destaca que quando houver mais de uma norma a ser aplicada se deve aplicar a que possibilite uma interpretação mais favorável (BARROS, 2010, p.181).

Pode-se dizer que o princípio protetivo se manifesta sob três formas, segundo Plá-Rodriguez: a) pela regra do *in dubio, pro operario*. Critério pelo qual o juiz, ao se deparar com vários sentidos possíveis de interpretação de uma norma, deve escolher aquela que seja mais favorável ao trabalhador. Esse critério autoriza a parcialidade do juiz; b) pela regra da norma mais favorável, que determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável ao trabalhador, ainda que seja desrespeitada a hierarquia das normas; c) pela regra da condição mais benéfica, critério pelo qual a aplicação de uma nova norma laboralnunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis, em que se encontrava o trabalhador (PLÁ-RODRIGUEZ, 2002).

Ruprecht, sobre isso afirma:

É mais uma demonstração das peculiaridades do Direito do Trabalho, pois no Comum, quando há dúvidas sobre o alcance de uma disposição, esta deve ser sempre interpretada a favor do devedor, enquanto aqui é o contrário: a interpretação deve favorecer o credor que é o trabalhador. (RUPRECHT, 1996, p.15)

Essa afirmação relembra questões que já foram debatidas em um momento anterior, ou seja, o direito laboral tem peculiaridades próprias que, quando não são compreendidas devidamente pelo intérprete que o analisa, elas podem produzir anomalias no regramento laboral.

As normas mais favoráveis preconizam um nível máximo e um nível mínimo de proteção, que são representadas pelas normas de ordem pública e são caracterizadas por uma inderrogabilidade absoluta. Isso quer dizer que só prevalecerão as disposições mais favoráveis ao trabalhador, caso não exista, na questão concreta, uma norma proibitiva do Estado (PLÁ-RODRIGUEZ, 2002).<sup>64</sup>

Ruprecht menciona que, quando o intérprete se depara com uma situação em que podem ser aplicadas várias normas, ele deve preferir a que mais beneficie o trabalhador (RUPRECHT, 1996).

Arion Sayão complementa que:

Não há dúvida, porém de que os direitos assegurados aos empregados pelas fontes formais (...) são irrenunciáveis e não podem constituir objeto de transação, ante o caráter inderrogável da norma que os assegura. (ROMITA, 2017, p.93)

Com relação à aplicação dessa regra, existem alguns requisitos que devem ser observados: 1°) a comparação com o conteúdo das normas não deve avaliar as consequências econômicas futuras que ela poderá gerar. "Pode ocorrer que uma convenção coletiva, impondo às empresas um ônus muito pesado, seja geradora de desemprego e provoque uma perturbação econômica aos trabalhadores" (PLÁ-RODRIGUEZ, 2002, p.127); 2°) Na comparação das normas, deve ser levada em conta a situação da coletividade dos trabalhadores e não apenas as de um trabalhador. Se a lei é prejudicial à coletividade, ainda que seja benéfica a um desses trabalhadores, ela não deve ser utilizada; 3°) a apreciação do teor de favorabilidade das normas deve ser verificada a partir de questões objetivas e não aquelas subjetivas; 4) o confronto das normas deve ocorrer de modo concreto.

O primeiro dos requisitos destacados pelo jurista uruguaio possui grande relevância para esse estudo, pois, como o verificado anteriormente, as normas coletivas são espécies de compromissos que possuem a finalidade de representar um armistício temporário. Elas não possuem a obrigação de fazer lei entre as partes. Assim, as cláusulas, que neles são pactuadas pelas partes, são temporárias e possuem a finalidade de apenas regular o presente, sem compromisso com o futuro.

-

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Um exemplo que pode ser dado, nesse sentido é o da irredutibilidade salarial, salvo negociação por acordo ou convenção coletiva, previsto em nosso art. 7°, VI, da CF/88, que se revela como uma norma proibitiva do Estado. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Além disso, sabe-se que a relação laboral, tanto individual, quanto coletiva é uma relação dinâmica e não estática. Razão pela qual, não há motivos para que se fixem condições que ultrapassem o momento de sua elaboração.

O segundo requisito ressalta a importância que as normas coletivas têm, no âmbito coletivo e no individual. Importância ligada à extensão dos beneficiados por elas. Nesse sentido, é importante lembrar, ainda, que as decisões judiciais proferidas em lides coletivas produzem, também, efeitos (negativos ou positivos) nas naquelas individuais e vice-versa, visto que as relações laborais produzem interações entre si, sejam elas individuais ou coletivas.

O terceiro requisito privilegia, também, o caráter tutelar coletivo das normas laborais, visto que ressalta a importânciade que as normas coletivas devem ser fixadas a partir de parâmetros objetivos, que são aqueles que resguardam um maior número de indivíduos, quando comparadas com os parâmetros subjetivos. <sup>65</sup>

Com relação ao quarto requisito, é importante lembrar que a sua finalidade é a de limitar a subjetividade do juiz ao aplicar o princípio da proteção, pelo viés da norma mais favorável. Indicando que é o caso concreto que vai demonstrar quais normas podem ser aplicadas a ele e que o julgador não pode exercer um juízo de discricionariedade nessa questão.

Com relação à unidade de medida para comparação entre as normas coletivas, é importante lembrar, segundo explica Plá Rodriguez, que o julgador deve verificar as normas e compará-las em sua globalidade (teoria do conjunto) e não, em partes (teoria da acumulação). Esse é o entendimento de parte majoritária da doutrina.

Ruprecht lembra que esse princípio se restringe a analise das provas (RUPRECHT, 1996). O princípio da condição mais benéfica pressupõe que a existência de uma condição melhor e antiga prevalece sob a condição pior e nova. Esse princípio privilegia o instituto do direito adquirido e o do ato jurídico perfeito. 66 Plá Rodriguez sobre o assunto revela que esta regra funciona nos casos

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> Toda interpretação judicial que acolha esse entendimento é bem vinda ao ordenamento jurídico laboral, em virtude de respeitar a sua teleologia. E, toda interpretação que contrarie essa lógica, desrespeita a teleologia laboral e deve ser evitada. Além disso, ela torna a norma coletivaum instituto pequeno, por produzir efeitos mínimos. Em que se desprivilegia a efetividade da norma.

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup>Segundo, Carlos Roberto Gonçalves<sup>66</sup>, esses institutos são importantes, em razão de: Acolheu-se a teoria subjetiva de Gabba, de completo respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido (...).

de sucessão normativa, que garante o respeito aos níveis alcançados com a norma derrogada<sup>67</sup> (PLÁ-RODRIGUEZ, 2002, p.133). Nesse sentido, existe uma decisão do STF, que suspendeu, temporariamente, a aplicação da Súmula 277, do TST, relacionada à ultratividade das normas coletivas trabalhistas.<sup>68</sup>

Sobre as convenções coletivas Plá Rodriguez destaca:

a solução deste problema depende da opinião que se tenha relativa à teoria da incorporação das normas da convenção coletiva nos contratos individuais de trabalho (...). No caso de se admitir essa teoria, por efeito automático da convenção coletiva, suas normas se incorporarão ao contrato individual de cada trabalhador, razão pela qual as maiores vantagens outorgadas pela convenção coletiva anterior podem ser invocadas individualmente por cada trabalhador (PLÁ-RODRIGUEZ, 2002, p.136).

A seguir, estuda-se o princípio da irrenunciabilidade, que está ligado à impossibilidade de privar-se, voluntariamente, de um direito. Isso significa, basicamente, que o ordenamento laboral cria um impedimento à privação voluntária de direitos pelo empregado, ou por seu sindicato, para proteger a coletividade da qual o empregado participa. Com base nisso o ordenamento atua, impedindo o empregado de dispor de seu direito, a partir da compreensão de sua incapacidade negocial, restringindo a sua liberdade. Isso ocorre em razão de que, em determinadas situações, o empregado pode vir a renunciar os seus direitos, por

Α

Assim, como regra, aplica-se a lei nova aos casos pendentes (*facta pendentia*) e aos futuros (*facta futura*), só podendo ser retroativa, para atingir fatos já consumados, pretéritos (*facta raeterita*), quando: a) não ofender o ato jurídico perfeito, o direito adquirido (...) *Ato jurídico perfeito* é o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (LINDB art. 6º, § 1º), produzindo seus efeitos jurídicos, uma vez que o direito gerado foi exercido. *Direito adquirido* é o que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e à personalidade de seu titular, não podendo lei nem fato posterior alterar tal situação jurídica (...) (GONÇALVES, 2012, p.78-79). GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Contratos e Atos Unilaterais. 9 ed. São Paulo. Saraiva. 2012. p.78-79.

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Um exemplo que pode ser dado, nesse sentido, refere-se á situação de um trabalhador, que em sua empresa existe a vigência de dois regulamentos empresariais; um que começou a produzir efeitos ao tempo que o empregado entrou na empresa, e outro que sucedeu esse antigo. O primeiro sendo mais benéfico que o segundo, prevalecerá para esse empregado.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Já se falou sobre isso, quando se apresentaram as particularidades do direito do trabalho, em especial, em relação àCCT/ ACT que pode ser sintetizado da seguinte forma: Anteriormente, com a ultratividade da norma coletiva, o trabalhador, que tivesse assegurado direitos em uma norma coletiva, que tenha perdido a sua validade, em virtude de não ter sido renovada, não teria perdido os direitos que ali estavam previstos, pois ocorria a integração desses direitos ao contrato de trabalho do empregado, privilegiando o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Brasília. STF. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <a href="http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF323.pdf">http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF323.pdf</a> Acesso em 18.07.2017.

conta do caráter alimentar que possui as verbas decorrentes desses mesmos direitos. E o ordenamento, já prevendo isso, antecipa-se, criando esse mecanismo.

O que é irrenunciável em sede individual, também é em sede coletiva<sup>69</sup>. O impedimento que o Estado cria proíbe que o trabalhador renuncie aos seus direitos e que se ele o fizer os efeitos dessa renúncia é a nulidade. A autonomia da vontade é limitada pelas normas de ordem pública. (RUPRECHT, 1996, p.30).

Arion Sayão, sobre a irrenunciabilidade, afirma que: por serem de ordem pública, as normas de direito do trabalho são inderrogáveis (...). Consequentemente os direitos previstos por elas, são irrenunciáveis em sede individual (...) (ROMITA, 2017, p.96). Na visão desse autor, a irrenunciabilidade é uma consequência da inderrogabilidade das normas laborais, mas somente no plano individual.

Para Maria Alice de Barros Monteiro, o princípio da irrenunciabilidade está vinculado ao princípio da indisponibilidade, seu objetivo é limitar a autonomia de vontade das partes, pois não seria viável que o ordenamento jurídico, impregnado de normas de tutela do trabalhador, permitisse que o empregado se despojasse desses direitos, pressumivelmente pressionado pelo temor reverencial de não obter o emprego ou de perdê-lo (BARROS, 2010, p.187).

O princípio da indisponibilidade está atrelado ao sentido de irrenunciabilidade, que está ligado à impossibilidade de transacionar direitos imperativos ou de indisponibilidade absoluta.

Esse princípio traz à tona mais uma das peculiaridades do direito laboral, aqui já destacadas em relação ao direito comum. "No direito comum, (...) rege o princípio da renunciabilidade, no direito do trabalho vige o princípio oposto, que é o da irrenunciabilidade." (PLÁ-RODRIGUEZ, 2002, p.143)Deve ressaltar-se, novamente, que essa questão representa uma das razões para que o direito laboral seja reconhecido por sua autonomia dogmática, em razão de possuir princípios próprios e excludentes, em relação aos de direito comum.

Destaca Américo que Santoro Passarelli 70 é o que melhor dispõe essa questão em:

<sup>70</sup>PLÁ RODRIGUEZ In: SANTORO-PASSARELI, Francesco. "Nozioni di Diritto del Lavoro". 6ª ED. Nápoles, 1952, p.211.

-

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup>Alfredo Ruprecht afirma entendimento em contrário de que: No caso da renúncia ser coletiva, que não pode ser efetuada por um indivíduo, mas só por aqueles que intervêm no acordo coletivo. RUPRECHT, Alfredo.

não seria coerente que o ordenamento jurídico realizasse de maneira imperativa, pela disciplina legislativa e coletiva a tutela do trabalhador (...) e, que depois deixasse seus direitos em seu próprio poder ou ao alcance de seus credores (PLÁ-RODRIGUEZ, 2002, p.145 apud SANTORO PASSARELI, 1952, p.211).

O jurista mexicano Mário de la Cueva destaca que a imperatividade do direito laboral é diversa das demais normas jurídicas, visto que ela está ligada à missão tutelar, que esse direito enuncia (DE LA CUEVA, 1964). O princípio da imperatividade, segundo esse autor, possui um caráter absoluto e possui três direções: a do trabalhador, a do empregador e a do Estado (DE LA CUEVA, 1964, p.254). E ainda há a do sindicato do trabalhador, segundo a acepção anteriormente apresentada.

A indisponibilidade é caracterizada pela irrenunciabilidade e pela intransigibilidade. A renúncia se caracteriza pela disposição de direito sem a contraprestação correspondente, enquanto a transação encerra uma ideia de disposição mútua de direitos.

Com relação à imperatividade das normas trabalhistas, ela decorreu, principalmente, da necessidade de se proteger o empregado, em relação aos preceitos do capitalismo liberal fundado sob os preceitos de intervenção estatal.

Vimos, anteriormente, que a liberdade de contrato afirmada pelas leis de mercado liberais eram ficções do mercado, pois não correspondiam à real situação do trabalhador. A fim de impedir a disseminação dos efeitos negativos dessas ficções, o Estado, por meio do direito laboral, criou mecanismos para impedir essa exploração desmedida praticada pelo capital. O capital, nessa lógica, passa a ser obrigado a se adaptar ao trabalho.

Com relação às normas que possuem caráter de ordem pública pode-se afirmar que ela guarda relação com as condições relativas ao salário mínimo, às condições de saúde e à segurança no trabalho. São normas que tutelam uma ordem, mínima, social do trabalho. Sobre isso, Arion ressalta que consiste no conjunto de valores e preceitos (...) que asseguram a coesão básica da sociedade, entendendo-se por coesão (...) social (...) na capacidade de prevenir ou compor conflitos entre os componentes do grupo (ROMITA, 2017, p. 95).

Nesse sentido, se a convenção pactua direitos que representam garantias de ordem pública, não há como se estabelecer a paz entre as partes, mas o conflito e

as consequências que ele traz. Assim, é importante que as convenções só pactuem direitos que não sejam indisponíveis.

A seguir, passamos a expor o princípio da continuidade em relação ao emprego, que representa o objetivo do empregado em relação ao contrato que é, normalmente, o de sua duração indefinida.

O princípio da continuidade "visa à preservação do emprego, com o objetivo de dar segurança ao trabalhador e incorporá-lo ao organismo empresarial" (BARROS, 2010, p.187).

A seguir, passa-se ao estudo do princípio da primazia da realidade, que está relacionado ao caso da existência de dúvida pelo intérprete entre o que ocorre na realidade - afirmado pelo empregado - e o que está consignado no documento - acostado pelo empregador aos autos - deve prevalecer o entendimento de que a realidade se sobrepõe ao documento.

O princípio da primazia da realidade segundo a perspectiva de Alice Monteiro de Barros "significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes". (BARROS,2010, p.186)

#### 2- O NEOCONSTITUCIONALISMO

"Eu já chamei você pra ver Você não viu porque não quis Quem é você que não sabe o que diz?"

Noel Rosa, "Palpite Infeliz"

#### 2.1- O conceito

Na 1ª seção, demonstramos a razão pela qual surgiram as regulamentações, para controlar a expansão da voracidade capitalista sobre a força de trabalho humano, como ocorreu o desenvolvimento da relação laboral e de mercado, na França e na Inglaterra, quais as particularidades do direito laboral e o que significam seus graus de autonomia.

Destacamos, também, alguns princípios laborais, que têm sido negligenciados, na atualidade, pelo STF, nos dois RE.s, objeto deste estudo.

Nesta seção, pretende-se destacar o que significa o neoconstitucionalismo puro e como ele pode auxiliar a transformação social. E, para tanto, buscou-se compreender a sua origem na Europa, a partir de alguns dos seus principais teóricos, tais como Suzanna Pozzolo, Mauro Barberis, Pietro Sanchís, Alfonso Garcia Figueiroa e Luigi Ferrajoli.

Os novos tempos anunciam que a supremacia da regra já não mais impera como fonte e pressuposto do sistema jurídico, porque se mostra incapaz de atender as novas promessas e as novas premissas ideológicas que são albergadas nos textos constitucionais, que reafirmam o Estado Democrático (Social) de Direito, bem como que institucionalizam a moral nesse ordenamento jurídico, que vem sendo produzida democraticamente (STRECK, 2017).

Suzanna, sobre o ideal neoconstitucional e a democracia, menciona que o quadro em que se insere a doutrina neoconstitucionalista é aquele das democracias constitucionaisque se caracterizam pela existência de uma Constituição longa e densa, que contém não só regras de organização de poder, como também um extenso catálogo de direitos fundamentais (POZZOLO, 2012). Segundo a autora, as Constituições dessas democracias evidenciam um ideal de direito e consolidam uma

ideia de que um sistema político justo deve respeitar os direitos fundamentais. A justiça passa a possuir como seu melhor paradigma os direitos fundamentais e, desse modo, passa a ser justa toda conduta que observe tais direitos, seja ela dos cidadãos ou dos poderes públicos. O que essa nova era ressalta é uma fundamentalização, tanto do direito, quanto da sociedade, a partir do ideal de justiça consagrado nas Constituições democráticas, deixando para trás o paradigma da lei.

Esses tempos contemporâneos caracterizam-se por serem democráticos, de forma que, para a concretização dessa acepção democrática, prescinde da participação popular. Desse modo, são também tempos de reafirmação da soberania do povo.

Afirmar a soberania popular é uma tarefa comum ao legislativo e, antigamente, incomum ao judiciário, porque ele era considerado um mero aplicador da lei. Agora, porém, é uma das tarefas primordiais não só do Judiciário, como também do Direito e dos seus aplicadores, geralmente, aqueles que estão comprometidos com a construção de uma nova moral, mais social e menos individualista.

O direito (deixa de lado a sua) afasta a passividade para encarnar uma postura mais proativa, tornando o diálogo político-jurídico um processo contínuo, que tende, cada vez mais, a se especializar para captar e difundir as novas formas de participação democrática.

Esse sistema preconiza valores quenão são simplesmente expressões de um ponto de vista, porém a expressão de um ideal moral universal (POZZOLO, 2012), ocorrendo uma ruptura no processo de construção dos valores jurídicos que antes eram construídos subjetivamente e que agora requerem uma construção objetiva, que vise representar a maioria e não mais as minorias da sociedade.

O direito procura expandir-se e, para isso, busca dialogar com todos os componentes da sociedade da qual ele faz parte. Há um processo de reafirmação social acontecendo, em que ele busca legitimar-se atendendo às demandas da maioria.O processo de reafirmação social, por que o direito vem passando, provoca interações com a política.

Luís Píetro fala que a moral social sempre esteve presente no Estado de Direito, contudo as normas jurídicas imbuídas dessa moral referiam-se ao cidadão e serviam para medir a sua conduta, enquanto agora pretendem vinculá-las também

aos poderes públicos, cuja conduta, por sua vez, se expressa em forma de norma jurídica (PÍETRO- SANCHÍS, 2009, p.168). .

A consequência disso, segundo Sanchís, é que o juízo de validade das normas tem se convertido em um juízo substantivo que toma como parâmetros normas constitucionais as quais encarnam ao mesmo tempo normas de moralidade, que se desdobram em normas de direitos fundamentais, que são o compêndio da moral pública da modernidade. Tudo isso revela que o critério de distinção entre direito e moral tende a desaparecer.

A reconciliação entre o direito e a moral traz ao direito mais um critério de validade, ou de legitimidade, ou seja, a de exigir dos seus aplicadores fundamentos condizentes com a moral universal.

Alfonso destaca que o direito apresenta virtudes morais e a moral apresenta virtudes jurídicas (GARCÍA- FIGUEROA, 2009, p.144). O que fez com que a moral apresentasse uma forma deficiente de direito (GARCÍA- FIGUEROA, 2009, p.144, apud CORTINA, 1988) e o direito uma forma deficiente de moral.

A relação entre a moral e o direito é uma relação delicada, em que um interage com o outro, para fortalecer-se e não se destruir. Quando se aplica a moral como critério de validade do direito, o que ocorre é uma destruição do direito. Assim como quando se aplica o direito como critério de validade da moral. Eles são elementos independentes que são aplicados juntos para potencializar o seu grau de incidência na sociedade.

Nesse contexto, Pozzolo (2012) esclarece que a doutrina neoconstitucionalista é, sobretudo, uma política constitucional que não indica como o direito é, mas como ele deve ser.

Alfonso destaca a partir de Jeremy Bentham que " 'o ser do direito' é, nos diferentes países, completamente diferente, enquanto que 'o dever ser' é muito semelhante" (GARCÍA- FIGUEROA, 2009, p.143, apud BENTHAM, 1973). Tal afirmação pressupõe que 'o ser do direito' de diversos países se fundamentou nos pressupostos formais da doutrina positivista. Enquanto a semelhança do 'dever ser do direito' entre os países pressupõe a existência de um direito ideal, frente ao que qualquer sistema jurídico real pode ser avaliado moralmente (GARCÍA-FIGUEROA, 2009, p.143). Dessa acepção é possível perceber que a moral é uma constante universal, que traz como efeito uma interligação entre ordenamentos jurídicos

diversos. Logo, a moral do direito não é local, mas internacional, porque o dever ser do direito é o mesmo em todos os países.

A moralização do 'dever ser do direito' unifica o direito de ordenamentos jurídicos diversos. O direito deixa de lado seu viés egoístico e ruma ao viés social que só é possível pela disseminação dos espaços de debate e do exercício da cidadania democrática. Nesse sentido, Lenio ressalta: "Assim, de um direito meramente legitimador das relações de poder, *passa-se a um Direito com potencialidade de transformar a sociedade.*" (STRECK, 2017, p.97).

A transformação da sociedade, segundo esse autor, ocorre a partir da utilização de mecanismos pelo Direito que possibilite a implementação de uma regulação mínima do Estado na Economia, o cumprimento de determinadas políticas públicas e dos direitos fundamentais sociais.

Isso mostra que o direito, também, possui uma função social prática. E, que cumpri-la não representa apenas a realização de seu viés constitucionalista garantista, de que muito fala Luigi Ferrajoli, mas principalmente do cumprimento de sua finalidade social.

A garantia das conquistas sociais pelo direito não é uma causa da interação existente entre o constitucionalismo contemporâneo e o direito, mas sim a consequência desse processo. É um viés primeiramente político para depois se tornar teórico-institucional. Isso significa que o direito fez inicialmente uma escolha política e, depois por conta dessa escolha, precisou readequar a sua teoria e a forma como as suas instituições a utilizavam.

Esses novos ares revela que caminhar rumo ao social requer muito mais do intérprete do que proceder a uma mera escolha interpretativa entre caminhar pelo legalismo (forma) ou pelo substancialismo (conteúdo). O intérprete do direito precisa compreender quais os rumos atuais que o direito vem seguindo e, dentro desses rumos, escolher o caminho interpretativo condizente com esses novos ares e, assim, afinar a sua sintonia.

O neoconstitucionalismo se mostra como uma opção favorável ao alcance desse rumo social.Os traços dessa corrente de pensamento, segundo Suzanna, são:

a) adoção de uma noção específica de Constituição, que foi denominada 'Modelo prescritivo de Constituição como norma'; b) a defesa da tese segundo o direito é composto (também) de princípios; c) a adoção da técnica interpretativa denominada ' ponderação' ou balanceamento'; d) a consignação de tarefas de integração a jurisprudência e de tarefas pragmáticas a teoria do direito (POZZOLO, 2012, p.66).

O constitucionalismo contemporâneo se caracteriza pelo surgimento e pela expansão dos ordenamentos jurídicos constitucionalizados, que a partir de uma característica, essencial, vem se difundindo: a de possuir uma Constituição dirigente, tanto da legislação infraconstitucional, quanto da produção jurisprudencial e do estilo de produção doutrinária de seus agentes públicos. A Constituição, os seus valores morais e os seus princípios dirigem todos aqueles que estão submetidos a ela, sejam eles órgãos públicos ou cidadãos.

Investigar o neoconstitucionalismo <sup>71</sup> é uma tarefa essencial, para captar melhor as transformações sociais que vêm ocorrendo no cenário contemporâneo. Todavia, essa também é uma tarefa complexa, primeiramente, pela existência das variadas teorias e correntes que afirmam ser neoconstitucionalistas.E, em segundo lugar, pela diversidade de objeto que essas teorias investigam, ora é o ordenamento jurídico, ora é a Constituição, ora é o intérprete dessa Constituição, o que causa de certa forma uma confusão do sentido daquilo que deve ser investigado ou do que se deve investigar, objetivamente. As objetividades e as subjetividades parecem ser os grandes obstáculos desse estudo.

Em terceiro lugar, a posição que o intérprete assume frente à Constituição também tem dificultado bastante o estudo desse fenômeno, que não é novo, mas produz consequências novas, tais como a panprincipiologia, a moralização do direito, o protagonismo judicial, a judicialização da política, a politização da justiça, entre outros.

A discussão acerca da posição do intérprete perante a lei ou a Constituição não é nova, mas o reflexo dessa discussão sobre constitucionalização do direito, no Brasil, é recente, pois está demarcado no processo de democratização desse país, que se intensificou na década de 80. Todavia, ainda que existam dificuldades a se superar, de um modo geral, é possível definir<sup>72</sup> o neoconstitucionalismo, a partir da seguinte perspectiva: a de que ele representa um conjunto de teorias diversificadas

<sup>71</sup>/<sub>72</sub> Eros Grau o denomina de neopensamentos (GRAU, 2017, p.13).

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> Essa percepção pertence a Ivan Simões Garcia que a utilizamos pela forma simples e objetiva com a qual ele conseguiu definir o Neoconstitucionalismo, contrariando o rebuscamento e a ausência de objetividade dos principais autores que tratam deste tema, que utilizaremos no desenvolver desse estudo.

que procuram dar resposta, no plano metodológico aos problemas decorrentes da insuficiência das teorias positivistas.

Outra dificuldade que esse fenômeno revela é a sua variada terminologia. Uns o denominam de Constitucionalismo Contemporâneo <sup>73</sup>, alguns, apenas, de Constitucionalismo <sup>74</sup>. Enquanto outros, de Pós-Positivismo <sup>75</sup>.

O termo constitucionalismo remete a ideia de que prevalece em um estado democrático liberal, o governo das leis, enquanto o neoconstitucionalismo desvirtuado de sua acepção original pode vir a preconizar a existência de um governo de juízes, que se reflete no fenômeno denominado de ativismo ou de protagonismo judicial.Contudo, embora existam variadas denominações, se utilizará mais o termo neoconstitucionalismo, por ser essa a definição com maior apelo e divulgação científica<sup>76</sup>.

É possível afirmar, em linhas gerais, que os partidários do termo constitucionalismo contemporâneo identificam nele uma semelhança com o processo de democratização e constitucionalização ocorrido no cenário da atualidade. Por sua vez, aqueles - que afirmam o termo constitucionalismo – identificam, no processo de constitucionalização do direito, o pilar fundamental sob o qual está o Estado de Direito. Enquanto aqueles - que se solidarizam com o termo pós-positivismo - buscam destacar uma continuidade no processo iniciado pelo positivismo. Contudo, ressalvam um aprimoramento da análise do objeto direito pela inclusão da moral.

Essa qualificação geral serve, somente, para direcionar o caminho que se pretende seguir, a partir de então. Não se pretende produzir uma distinção que possa qualificar os diversos teóricos do direito sobre esse assunto.

A percepção que esse estudo adota é a de que o neoconstitucionalismo é fruto da evolução e do rebuscamento da interpretação constitucional e que ele pode

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> Entre eles, Suzanna (POZZOLO, 2005), Lenio (STRECK, 2011, 2013). Aceitam essa terminologia em alternativa ao termo neoconstitucionalismo: (BARROSO, 2015, BARCELLOS, 2005 e SARMENTO, 2009).

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup>Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebesky, Manuel Atienza e Michael Troper. Segundo Ferrajoli, p.96-97.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Luigi FerraJoli, p.95.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Segue-se, sobre essa divulgação, a perspectiva dos teóricos de Gênova: Suzanna Pozzolo, Mauro Barberis e Paolo Comanducci, que se referem a esse fenômeno como neoconstitucionalismo. No Brasil, a terminologia, ainda, não é uníssona.

ser utilizado como uma ferramenta apta a produzir o aprimoramento do direito. <sup>77</sup>Tal termo foi utilizado originalmente e continua indicando uma doutrina antijuspositivista, que afirma a arcaicidade do positivismo jurídico, não por razões a ele internas, mas porque, como um antigo instrumento de relevância científica, uma vez conferida a maior complexidade do fenômeno que deveria medir, então constatada a sua imprecisão e ineficiência descritiva foi substituído por instrumentos mais atuais e sofisticados, resultado da evolução científica (POZZOLO, 2005, p.235).

O neoconstitucionalismo, de um modo geral, surge como uma ferramenta de interpretação normativa ou constitucional que possui como finalidade a limitação da discricionariedade do intérprete, criando, assim, condições para que ele possa produzir sua decisão judicial, a partir de uma indicação suficientemente clara da metodologia que utilizou para essa produção, bem como para que indique qual tipo de argumentação racional adotou em seu processo de convencimento.

No positivismo legalista, o juiz era mais livre ao decidir, pois, ao aplicar a lei ao direito, não estava condicionado a argumentar de modo racional, democrático e moral, como agora deve fazer. Antes, a mera aplicação da lei não apresentava qualquer suspeita e o juiz, quando a aplicava, não precisava se socorrer de outras ferramentas que não a própria lei.

O juiz precisava somente julgar, agora ele precisa julgar e convencer. Esse convencimento não se dá pela retórica simples, mas pela retórica racional e democrática. A lei trazia em si o sentido de democracia e, assim, toda decisão judicial baseada na lei era uma decisão democrática. Porém, com o passar dos tempos se deu a evolução do conceito de democracia e de participação popular que passou a exigir do direito um maior rebuscamento da aplicação da lei pelos seus aplicadores.<sup>78</sup>

O direito se especializou, a partir do momento em que passou a utilizar a democracia como ferramenta de comunicação.Logo, nessa lógica, o neoconstitucionalismo busca superar o positivismo jurídico, pela diminuição da arbitrariedade do intérprete. E, por essa perspectiva, é possível perceber que o fenômeno de interpretação neoconstitucional possui uma relação de semelhança,

<sup>78</sup> Habermas muito contribui para esse novo sentido de democracia no Direito, em seu livro Direito e Democracia entre faticidade e validade.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> Essa percepção mostra que tal perspectiva possui particularidades com o sentido descrito anteriormente, no pós-positivismo.

até mesmo, com o direito do trabalho, que foi criado com vistas a diminuir a arbitrariedade do sistema capitalista sob o trabalhador.

O direito laboral buscou limitar a atuação do sistema capitalista dos mercados em relação ao trabalhador. Enquanto, o neoconstitucionalismo buscou limitar o positivismo legalista, que aumentava a arbitrariedade dos intérpretes. Tanto o direito laboral, quanto o neoconstitucionalismo buscam conter o individualismo dos agentes de poder e realçar o interesse social, que deve orientar os desígnios de evolução da sociedade atual.

A força de trabalho não pode ser concebida como um elemento de dominação do ente mais fraco dessa sociedade. E, o poder jurídico, também, não pode dominar os demais poderes, bem como os demais participantes que interagem nessa dinâmica social.

O direito laboral utilizou-se da regulamentação social, para impedir que a exploração do trabalhador produzisse a sua indignidade. Enquanto, o neoconstitucionalismo utiliza o processo de construção racional e democrática para construir as suas decisões judiciais, que devem conter em si apelos derivados dos princípios e dos valores constitucionais, erigidos a fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito.

O neoconstitucionalismo rompe com a perspectiva objetiva e positivista do direito, encontrada, em Alfredo Ross, Hans Kelsen e Hebert Hart<sup>79</sup>, como descreve Mauro (BARBERIS, 2005).Em Kelsen é possível perceber o caráter descritivo que o direito deveria assumir, em: "Mas a qualidade ou a virtude da justiça atribuída a um indivíduo exterioriza-se na sua conduta: [...] A conduta social de um indivíduo é justa quando corresponde a uma norma que prescreve essa conduta."(KELSEN, 2003, p.4).É ainda possível perceber que Kelsen assume uma posição de observação externa ao Direito e, que, além disso, associa não só essa posição exterior como necessária, como também o conceito de justiça ao cumprimento da norma e a realização do próprio direito.<sup>80</sup> Assim, a justiça da decisão depende da aplicação da lei por essa mesma decisão. A democracia, aqui, parece ocupar o sentido de justiça, a partir do sentido da própria lei. E a moral passa a ser um critério importante para

<sup>80</sup> KELSEN, Hans. O problema da Justiça. Trad, João Batista Machado. 4ª ed. São Paulo. Martins Fontes. 2003. Para maiores esclarecimentos ver: Teoria Pura do Direito.

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Para maiores esclarecimento ver: HART. Hebert Lionel. O Conceito de Direito. São Paulo. Martins Fontes. 2009. 598p.

a definição do que é o Direito. Por sua vez, a discussão da doutrina, quanto à inserção do critério moral no Direito, remete a uma particular tendência jusnaturalista.

Sobre tal tendência, Luigi destaca que com a incorporação nas Constituições de princípios de justiça de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais, desaparece o principal traço distintivo do positivismo jurídico: a separação entre o direito e a moral.

Segundo essa tese, a moral, que no velho paradigma juspositivista correspondia a um ponto de vista externo ao direitoagora faria parte do seu ponto de vista interno. Essa concepção de constitucionalismo é defendida não apenas pelos principais expoentes do neoconstitucionalismo, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebesky e Manuel Atienza, mas também por alguns de seus críticos como Michael Troper (LUIGI FERRAJOLI, 2010, p.96-97)<sup>81</sup>.

A tendência jusnaturalista a que Luigi fez referência, anteriormente, parece se tratar de uma confusão que a doutrina faz. Antes a moral era externa ao direito, mas estava interligada a ele. Hoje a moral é interna ao direito e, por isso o compõe.

Quando a doutrina enxerga a atualidade com os olhos de ontem, ela acaba repetindo a tendência jusnaturalista e, por isso, torna-se tendenciosa, desvirtuada e estagnada. Para perceber o processo que ocorre hoje é necessário olhar para ele com os olhos da atualidade e abandonar os velhos padrões.

A moral a que o autor faz referência é fruto do desenvolvimento das relações sociais, dos valores éticos e da evolução do processo histórico, para que a lei passe a ter uma maior legitimidade perante seus tutelados, o que deriva da associação necessária entre o conceito de direito e o de democracia.Não se trata de uma moral imposta como era no jusnaturalismo, mas de uma moral construída e fruto da evolução social. O princípio da dignidade da pessoa humana é um desses valores que foram internalizados no conceito de Direito.

Existem variadas concepções de Constituição e de Constitucionalismo, mas, entre elas, é possível destacar uma característica em comum, segundo Luigi, a de que os poderes públicos devem se submeter a uma série de normas superiores que nas Constituições atuais sancionam direitos fundamentais. Nesse sentido, o

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. Trad. André Karam Trindade. Revista 3. Ano 2010. p.95-113. Disponível em: http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf> Acesso em 09.09.2018.

constitucionalismo pode ser entendido como um sistema jurídico que produz limitações a todos os poderes e, como teoria do direito, a uma perspectiva da validade das leis, não mais ancorada apenas nas formas e nos procedimentos para a sua elaboração, mas também na coerência de seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos (FERRAJOLI, 2010, p. 95).

Enuncia, ainda, Ferrajoli que o constitucionalismo pode ser entendido de duas maneiras: como uma superação do positivismo jurídico, que é geralmente denominada de neoconstitucionalismo ou como um complemento dele (FERRAJOLI, 2010, p. 95).

Destaca Lenio que, no século XX, o positivismo legalista já tinha sido superado por Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito (STRECK, 2017).

Daí se pode afirmar que a finalidade apresentada por alguns neoconstitucionalistas não é clara, por buscar explicar essa nova espécie de constitucionalismo pelo objetivo de superação de algo que já estava superado, ou ainda, por parte de outros, tais como Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebesky e Manuel Atienza, de tentar ressuscitar o jusnaturalismo, contudo pelo prisma da Constituição. O efeito principal que o neoconstitucionalismo, como corrente de complemento do positivismo jurídico, gera é o de que todos aqueles que possuem algum tipo de poder devem justificar as suas decisões, a partir da utilização de princípios e de valores de justiça, consagrados pela sociedade em decorrência de seu natural processo histórico-evolutivo. Destaca Luigi que sua perspectiva é a de que essa primeira maneira pode ser entendida como uma concepção juspositivista do constitucionalismo, que ele denomina de garantista (FERRAJOLI, 2010).

Cumpre a seguir descrever, em linhas gerais, quem são os principais referenciais teóricos que se dedicam a analisar a temática do neoconstitucionalismo, segundo a acepção de Mauro (BARBERIS, 2005): Ronald (DWORKIN, 1977 e 1985), Carlos (NINO, 1999), Robert (ALEXY, 1987), (DREIER, 1991), Gustavo (ZAGREBELSKY, 1992), Ricardo (GUASTINNI, 2009), Suzanna (POZZOLO, 2005), Mauro (BARBERIS, 2005), Paolo (COMADUCCI, 2002) e Tecla (MAZZARESE, 2002). Outros autores que Mauro (BARBERIS, 2005) destaca são: Luigi Ferrajoli, Alfonso Garcia, José Juan Moreso, Carlos Bayon e Santiago Sastre.

A doutrina estrangeira fornecerá os argumentos gerais que deverá auxiliar nossa pesquisa acerca da formação de uma compreensão geral sobre o neoconstitucionalismo. Essa doutrina será composta basicamente pelos seguintes autores: Pietro Sanchís<sup>82</sup>, 2001, Riccardo Guastini<sup>83</sup>, 2009, Paolo Comanducci<sup>84</sup>, 2002, Suzanna Pozzolo<sup>85</sup>, 2005, Mauro Barberis<sup>86</sup>, 2005 e Luigi Ferrajoli, 2010.

Essa parte do estudo visa compreender e analisar o surgimento do neoconstitucionalismo na Europa e, para tanto, pretende identificar o significado não só do termo, mas também do conceito, as suas características principais, os seus principais teóricos e os tipos de neoconstitucionalismo. A abordagem que a pesquisa pretende desenvolver é uma abordagem geral, não pretende adentrar nas percepções neoconstitucionais, mas, apenas, demonstrá-las.

O termo neoconstitucionalismo, segundo Mauro Barberis é originário do termo constitucionalismo que indica tanto a doutrina normativa da limitação jurídica do poder político quanto às instituições políticas. Essa mesma duplicidade de sentido também pode ser encontrada no termo neoconstitucionalismo que indica doutrinas e instituições (BARBERIS, 2005).O neoconstitucionalismo guarda uma relação direta com o constitucionalismo e com a forma como as instituições e a doutrina utiliza a Constituição para limitar o poder político.Destaca o mesmo autor que essa doutrina é fruto de variadas contribuições dentre elas a anglo-americana, difundida por Dworkin, a latino-americana por Nino e a europeia-continental por Alexy e por Dreier.

O termo e o conceito são resultados do trabalho de teóricos da escola de Gênova. Suzana Pozzolo foi a responsável pela invenção do termo, Mauro Barberis, o responsável pela sua redefinição, Ricardo Guastini pela elaboração de um

<sup>86</sup> BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. Trad. Por Juliana Salvetti, rev. por Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio. Disponível em:<<u>http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311</u>.> Acesso em: 31.07.2018.

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y Ponderacion* Judicial. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid 5, 2001. Disponível

em:<<u>https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=283998</u>> Acesso em: 31.07.2018.

83 GUASTINI, Ricardo. A propósito del neoconstitucionalismo. Gaceta Constitucional n. 67, p. 231-240

GUASTINI, Ricardo. A propósito del neoconstitucionalismo. Gaceta Constitucional n. 67, p. 231-240 In: Revista de teoría y filosofía del Derecho. N. 31, 2009, p. 209 y ss. GACETA CONSTITUCIONAL N. 67231. Disponível

em:<<u>http://www.academia.edu/10261577/A prop%C3%B3sito del neoconstitucionalismo Riccardo Guastini</u> > Acesso em 31.07.2018.

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de Neoconstitucionalismo: Un análisis metateórico. Isonomía. n. 16, abril, 2002. Trad. Por Miguel Carbonell. Disponível em:<

http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/formas-de-neoconstitucionalismo--un-anlisis-metaterico-0/>. Acesso em 31.07.2018.

<sup>&</sup>lt;sup>85</sup> POZZOLO, Suzanna. Neoconstitucionalismo: Um modelo Constitucional ou uma concepção da Constituição? Trad. Por Juliana Salvetti, rev. por Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio. Disponível em:<<a href="http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/322">http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/322</a>>. Acesso em 31.07.2018.

conceito interligado à constitucionalização, Paolo Comanducci e Tecla Mazzarese pelas análises metateóricas sobre o argumento do conceito (BARBERIS, 2005).

Esse termo apareceu inicialmente nos fins dos anos 90 para indicar teorias cognitivas e doutrinas normativas, que representavam uma espécie de crítica ao positivismo jurídico e um apego parcial ao jusnaturalismo (pela percepção desvirtuada que se tinha do processo). Pozzolo lembra que o vocábulo sofreu depreciações significativas ao ser utilizado pelos jusfilósofos e, por isso, passou a indicar outros fenômenos (POZZOLO, 2012). Inicialmente indicou o constitucionalismo tout court, em seguida, deixou de indicar uma doutrina para indicar um modelo de sistema jurídico de específicas características (uma constituição longa e densa).Em momento posterior, o neoconstitucionalismo passou a representar uma série subdivisão de paráfrases da feita por Noberto Bobbio, do neoconstitucionalismo teórico, ideológico е metodológico. (POZZOLO, 2012).Ressalta ainda a referida autora que a última modificação ampliou as possibilidades do termo se adequar, de um modo geral, às Constituições do segundo pós-guerra e que ele representaria a doutrina do constitucionalismo contemporâneo. Embora o objetivo principal daqueles que o defenderam fosse produzir a superação do positivismo jurídico, eles, apenas, conseguiram produzir consequências diversas daquelas existentes no positivismo, segundo a acepção de Mauro Barberis, 2005. Por isso, também se pode dizer que ele não supera o positivismo, mas lhe complementa.

Mauro foi o responsável pela significação do termo a partir de uma doutrina/ teoria que representava a posição intermediária entre o positivismo jurídico (defende a tese da separação entre o direito e a moral) e o jusnaturalismo (defende a tese da conexão necessária) (BARBERIS, 2005). Sobre essa posição intermediária Suzanna destaca que o neoconstitucionalismo se mostra como uma doutrina que busca reunir os méritos das correntes e eliminar os seus defeitos (POZZOLO, 2005). Essa percepção da autora autoriza o entendimento de que não existe um antagonismo necessário entre o positivismo jurídico e o neoconstitucionalismo, como pretende fazer crer alguns dos que defendem o constitucionalismo contemporâneo, entre eles: BARROSO, 2015. BARCELLOS, 2005 e SARMENTO, 2009.

Afirma Barberis que o neoconstitucionalismo representava a interligação necessária limitadamente aos estados constitucionais (em razão da rigidez

constitucional pelo controle de legitimidade constitucional das leis - tese de Ronald Dworkin, que foi desenvolvida a partir da Teoria da Justiça de Rawls). Os neoconstitucionalistas tendem a enxergar o Estado Constitucional como uma solução para a questão da justiça (BARBERIS, 2005). A constituição segundo o propósito dessa doutrina seria um meio para alcançar a justiça. A contribuição do neoconstitucionalismo, em relação ao juspositivismo, foi a centralização da Constituição a partir da expansão da constitucionalização do direito, processo que indica uma rigidez do texto constitucional e um controle de legitimidade das leis em relação à Constituição. Já em relação ao jusnaturalismo, uma solução positiva foi oferecida, a Constituição (BARBERIS, 2005).

Ao juspositivismo o neoconstitucionalismo trouxe um elemento antagônico, a centralização da Constituição, que passa a ser um elemento que indica a existência de um Estado Constitucional de Direito, tendo sido erigido para fundamento de existência e validade de todo o ordenamento jurídico e de todo poder político nele existente. O Elemento de existência guarda relação com a primeira premissa: só existe Estado de Direito, porque existe uma Constituição. Enquanto o elemento de validade guarda relação com a segunda premissa: os atos jurídicos (decisões judiciais) e políticos (leis e atos normativos) só produzem efeitos se estiverem em conformidade com a Constituição. Evidencia Ricardo que o neoconstitucionalista seria aquele ordenamento jurídico que tenha sofrido em qualquer momento um processo de constitucionalização, que produz a impregnação de todo o ordenamento pela Constituição (GUASTINNI, 2009).

Na opinião de Suzanna a identificação do termo neoconstitucionalismo com o modelo jurídico do Estado Constitucional seria algo inapropriado. Melhor seria a sua identificação com o processo de constitucionalização (POZZOLO, 2005).

A locução Constitucionalização do Direito é utilizada recentemente, possui significação variada e busca caracterizar qualquer ordenamento jurídico, que possui uma Constituição dotada de supremacia (BARROSO, 2015, p.390).

A identificação a que autora se refere pode ser vista em Mauro Barberis quando busca analisar o conceito de neoconstitucionalismo, usado na teoria do direito da Itália e da Espanha, com o fim de significar a teoria do direito característico do Estado Constitucional e do próprio Estado Constitucional (BARBERIS, 2005, p.18). O mesmo autor parece possuir o mesmo posicionamento de Dworkin, quanto

à tese da interligação necessária existente entre o Direito e a Moral, limitadamente aos Estados Constitucionais ou constitucionalizados, que são caracterizados pela rigidez constitucional e pelo controle de legitimidade das leis (BARBERIS, 2005). A moral agregada ao direito é uma moral legitimada pelo caráter democrático que ela possui.

É interessante perceber que tanto Dworkin, quanto Rawls apresentam um posicionamento crítico a cerca da forma como um agente estatal ou representante de uma instituição deve se direcionar ao decidir questões que afetem uma dada maioria. Isso pode ser percebido, em:

"Um juiz [...] cujas convicções são marxistas ou anarquistas, ou tiradas de alguma tradição religiosa excêntrica, não pode impor as convicções à comunidade com o título de Direito, por mais nobres e iluminadas que acredite que sejam, pois elas não se podem prestar à interpretação geral coerente de que ele necessita." (DWORKIN, 2005, p.IX).

Em Rawls, essa ideia fica clara a partir da perspectiva enunciada pela ideia de consenso sobreposto, em que a adoção de uma visão pluralista é capaz de produzir a convivência distinta com três ideologias plurais (RAWLS, 1997).

A percepção de Rawls demonstra que a interpretação coerente que uma doutrina deseja produzir depende da forma como ele dialoga com uma sociedade plural e que isso é válido, também, para o intérprete do direito, que cumpre funções democráticas, tendo em vista a concretização ou efetivação de demandas plurais.

Lenio Streck destaca que surgimento desse fenômeno (do neoconstitucionalismo) pode ser explicado por duas correntes. A primeira afirma que ele ocorreu no período do pós - 2ª Guerra Mundial. E, que é composto por aqueles que representam a Teoria do Direito e que esse conceito se desenvolveu inicialmente nas Constituições europeias, principalmente na italiana e na espanhola. A segunda corrente, segundo o mesmo autor, é derivada da ciência política norte-americana, que define o neoconstitucionalismo de modo diverso pelo enquadramento da produção intelectual a partir dos processos de redemocratização ocorridos em países da chamada modernidade periférica, tais como, o Brasil, a Argentina, a Colômbia, o Equador, a Bolívia, os países do leste europeu, a África do Sul, entre outros (STRECK, 2013, 119).

O neoconstitucionalismo pode ser entendido como um fenômeno decorrente da evolução do processo de hermenêutica constitucional, que vem sendo difundido segundo Miguel Carbonell<sup>87</sup>, a partir dos anos 70, do século XX. O texto das Constituições passa a expressar uma dicção mais ideológica, em vez da formalista, uma vez que evidencia o abandono da interpretação meramente positivista em interpretação mais valorativa uma principiológica.Para complementar ou superar a ótica positivista, de modo um geral, neoconstitucionalistas afirmam a superação da subsunção pura do direito (positivismo) pela necessária incorporação do direito aos valores morais e aos princípios<sup>88</sup>. A doutrina ou teoria fundamental pregada pelos neoconstitucionalistas, de um modo geral, gravita em torno da tese de que direito e moral devem possuir uma conexão com o Estado Constitucional de Direito.

Inserir a moral no processo de interpretação do texto normativo, como mecanismo de justificação da decisão, é um aspecto que faz parte desse processo.

As principais características do neoconstitucionalismo segundo Guastini são: a afirmação da superioridade axiológica da Constituição sobre a lei, a partir da compreensão de que a Constituição não deve só limitar o poder político, mas sim de modelar a sociedade limitando, até mesmo, a atuação do legislador em relação à retirada de direitos já conquistados, conferindo uma orientação ao ordenamento positivo, a partir do suprimento das lacunas constitucionais, em razão de seus princípios (deixando margens menores à atuação do legislador), da ideia de que as Constituições democráticas incorporam princípios de justiça objetivos que tornam o ordenamento mais justo e que por isso devem ser obedecidos, da ideia de superioridade dos princípios sobre as regras, que no embate entre princípio e regra, deve haver uma prevalência do princípio sobre ela para que o caso concreto tenha uma solução justa, a superioridade axiológica das normas que conferem direitos sobre aquelas de organização estrutural do Estado, a ideia de que as normas materiais constitucionais regulam não só relações verticais entre o Estado e o cidadão, como também entre os cidadãos e, que por isso devem ser aplicadas de modo direto na jurisprudência civil, penal e administrativa, a ideia de que existe uma conexão entre direito e justiça, a ideia de que só o direito justo deve ser obedecido, a desvalorização da ciência jurídica como discurso meramente cognitivo e não

<sup>87</sup> CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo, 2011. Disponível em:<<a href="http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos\_pub/to\_pdf/101">http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos\_pub/to\_pdf/101</a>> Acesso em 31.07.2018.

<sup>&</sup>lt;sup>88</sup> Sobre isso Dworkin, Uma questão de Princípio. E Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais:

valorativo, a ideia de que a ciência jurídica deve ser uma ciência prática e normativa, orientando a jurisprudência e a própria legislação (GUASTINI, 2009, p.233).

Écio Otto destaca que Alfonso Garcia preocupado com a heterogeneidade que caracteriza as ideias formuladas por autores próximos ao ideal neoconstitucionalista, desenvolveu um texto de teoria jurídica que termina por condensar quatro propriedades/teses fundamentais que tentam sintetizar a natureza do paradigma neoconstitucionalista:

- a) **Pragmatismo** essa propriedade faz depender o conceito de direito da compreensão particular que se tem da teoria constitucional. " O sentido de pragmatismo se evidenciaria quando à determinação do conceito de direito se toma como ponto útil e, portanto, orientando a prática." (DUARTE, 2012, p.56). O positivismo, nesse ponto, seria contrário por defender a cientificidade;
- b) *Ecleticismo-metodológico* ele requer uma via que se situe entre a orientação analítica e a hermenêutica. "Fazendo depender a exegese e a aplicação jusfundamental de um conjunto de metodologias que se interconectam." (DUARTE, 2012, p.57);
- c) *Principialismo* O argumento dos princípios quase sempre aparece em contraposição às regras, que se junta a outros dois argumentos o da correção e o da injustiça, que servem de fundamentação do corte constitucionalista que aceita a tese da conexão entre direito e moral. "Os princípios [...] exigiriam, portanto, da teoria jurídica, a judiociosa elaboração de uma teoria de princípios capaz de dar conta dos parâmetros de controle racional, das ponderações que constantemente são realizadas." (DUARTE, 2012, p.57);
- d) *Estatalismo garantista* faz-se necessária a resolução de conflitos pelo Estado para garantir a estabilidade no meio social. "O Estado se configura como instância comum à realização dos direitos humanos e como realidade institucional para garantia da paz e justiça social" (DUARTE, 2012, p.58).

Essa característica produz uma diferenciação em relação ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico, por possuir uma pretensão garantista. Portanto, defende-se a imediata existência de mecanismos institucionais de tutela de direitos fundamentais.

Ecio Otto acrescenta mais uma tese ao conjunto, já descrito, a partir de Garcia:

e) *Judicialismo ético-jurídico* – o neoconstitucionalismo exige dos operadores jurídicos cada vez mais juízos de adequação e de justificação com natureza ética, ao lado das técnicas subsuntivas- jurídicas (DUARTE, 2012).

Em nossa perspectiva Alfonso Garcia não conseguiu lograr êxito na construção de uma teoria jurídica, pois descreveu o comportamento dos neoconstitucionalistas e não o que representa efetivamente uma teoria pura do neoconstitucionalismo. Porém, o autor contribui bastante para o desenvolvimento desse pensamento, pois conseguiu identificar os principais efeitos que ele tem gerado no mundo jurídico que são: a disputa entre os que defendem a prática e os que defendem a teoria, o modo como o jurista concebe a Constituição vai influenciar a forma como ele a aplica, os princípios passam a ser mais utilizados do que as regras e, assim, se valoriza a ponderação em detrimento da subsunção, o conceito de público se integra ao conceito de direito justo e de decisão racional, o caráter ético se interliga ao caráter jurídico (essa contribuição é de Écio Otto).

Ao se referir às características do Neoconstitucionalismo Suzanna Pozzolo destaca que: "uma vez individuados os caracteres que determinam sua especificidade, os mesmos podem ser isolados de modo a reconstruir um modelo peculiar de sistema jurídico." (POZZOLO, 2005, p.232)

Segundo a percepção de Luís Prieto, existem três acepções principais, envolvendo o neoconstitucionalismo:Em primeiro lugar, o constitucionalismo pode encarnar certo tipo de Estado de Direito, designando um modelo institucional de determinada forma de organização política. Em segundo lugar, o constitucionalismo é uma teoria apta para explicar as características do dito modelo. Em terceiro lugar, o constitucionalismo também pode ser entendido como uma ideologia que justifica ou defende a forma política escolhida (PRIETO-SANCHIS, 2001).<sup>89</sup>

Com relação ao neoconstitucionalismo ideológico, percebe-se que ele aponta diferentes níveis ou projeções, tais como: O primeiro - menos problemático em sua opinião - a de que o Direito representa a melhor ou mais justa forma de organização

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup>"Creo que son tres acepciones principles. En primer lugar, el constitucionlismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de uma determinada forma de organização política. En segundo término, el constitucionlismoes también una teoria apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender, también, la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada." SANCHÍS-PIETRO. Luís. Neoconstitucionlismo y Ponderacion Judicial. p.123. In: CARBONEL, MigueL. Neoconstitucionalismo(s). Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotal. Madrid, 2003, p.123-158.

política. E o fato de apresentar o constitucionalismo como melhor forma de governo acaba por fazer frente a uma objeção democrática a de que a supremacia do legislador, a Constituição e as maiores garantias judiciais tendem a reduzir as esferas de decisão das maiorias parlamentares (PRIETO SANCHIS, 2001).<sup>90</sup>

O autor continua destacando o constitucionalismo ideológico e enuncia uma segunda projeção dele, que é aquela que pretende oferecer consequências metodológicas ou conceituais, que pode ser resumida assim: se o constitucionalismo é um modelo ótimo de Estado de Direito e se onde ele exista é possível sustentar uma vinculação necessária entre o Direito e a Moral e é possível postular, portanto ele será uma forma de obrigar a obediência ao Direito (PRIETO SANCHIS, 2001).

Outra projeção a que se refere o autor está relacionada a anterior e que pode ser denominada de constitucionalismo dogmático, que representa uma nova visão da atitude interpretativa do jurista e das tarefas da ciência e da teoria do Direito, em que propugna a adoção pelo jurista de um ponto de vista interno e comprometido de sua parte, bem como um trabalho crítico e não apenas descritivo. Alguns exemplos de autores dessa projeção são: Dworkin, Habermas, Alexy, Nino, Zagrebelsky e, talvez de forma menos intensa quando comparado aos demais,Ferrajoli. (PRIETO SANCHIS, 2001)<sup>92</sup>

Com relação ao Constitucionalismo como um tipo de Estado de Direito, destaca Prietro que esta é a tradição norte-americana originária cuja contribuição básica foi a ideia de supremacia constitucional e de sua consequente garantia

<sup>90</sup>"En realidad, el (neo) constitucionalismo, como ideología, present diferentes niveles o proyecciones. El primerio y aquí menos problemático es el que puede identificarse con aquella filosofia política que considera que el Estado Constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma organizácion política [...] presentar el constitucionalismo como la mejor forma degobierno ha de hacer frente a una objeción importante, que es laobjeción democratica ode supremacia del legislador a más Constitución y a a mayores garantías judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorias parlamentarias.". Idem.

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup>"Una segunda dimensión del constitucionalismo como ideología es aquella que pretende oferecer consecuencias metodológicas o conceptuales y que puede resumirse así: dado que el constitucionlismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho, al menos allí donde existe cabe sostener una vinculación necesaria entre el Derecho y la moral y postular por tanto alguna forma de obligación deobediencia al Derecho." Ibidem.

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> "Por último, la tercera versión del constitucionalismo ideológico [...] que tal vez podría denominarse constitucionalismo dogmático, representa una nueva visón de la actitude interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teória del Derecho propugnando bién la adopción de un punto devista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor crítica y no sólo descriptiva por parte del científico del Derecho. Ejemplos de estas dos ultimasimplicaciones pueden encontrarse enlos planteamientos de autores como DWORKIN, HABERMAS, ALEXY, NINO, ZAGREBELSKY y, aunque tal vez de un modo más matizado, FERRAJOLI. Idem.

jurídica, dado o seu caráter de regra do jogo e de norma logicamente superior. De um modo geral, a Constituição limita o poder legislativo. Esse Constitucionalismo se resolve em judicialismo, mas limitadamente às regras básicas da organização política.

Quanto ao constitucionalismo como projeto político de modelo como programa direcionador de transformação social e política, tal modelo não se limita apenas, segundo Sanchís, a fixar as regras do jogo, mas busca participar ativamente decidindo a partir dos pequenos detalhes sobre a fixação das futuras decisões coletivas. É uma concepção de Constitucionalismo decorrente da Revolução Francesa.

A Constituição é uma ferramenta importante de concretização do neoconstitucionalismo puro, pois ela condiciona o juiz ao cumprimento de requisitos constitucionais. O juiz necessita desses parâmetros, pois ele interfere nas decisões da maioria concretizando-as ou afastando-as. O protagonismo que o neoconstitucionalismo pretende incentivar é o da Constituição e não, o de seu intérprete.

É relevante informar que sobre o termo neoconstitucionalismo ainda paira muitas interpretações. Lenio Streck enuncia que esse termo não se revela correto, embora ele mesmo já o tenha utilizado em momentos anteriores, afinando-se, na atualidade, mais com a terminologia do Constitucionalismo Contemporâneo, pois prefere essa referência por ligá-lo "com o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente no nosso contexto atual (...)" (STRECK, 2011, p13; 2013, p.121). Suzanna Pozzolo partilha do mesmo entendimento de Streck de que a terminologia mais ideal seria Constitucionalismo Contemporâneo. Segundo а mesma autora termo neoconstitucionalismo guarda íntima relação com a Constitucionalização do Direito, que é o processo de impregnação da Constituição por todo o ordenamento jurídico e representa uma posição intermediária entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo (POZZOLO, 2005, p.232, apud GUASTINI). Destaca Lênio que a utilização do termo neoconstitucionalismo era relevante no processo inicial de incorporação desses valores vindos da Europa, visto que, no Brasil, os conceitos de Constituição normativa e de novo mundo constitucional não eram conhecidos (STRECK, 2011). Na visão desse autor, o termo estava ligado a um constitucionalismo de feições liberais que jamais ocorreu no Brasil, pois viveu em anos intercalados por regimes ditatoriais (STRECK, 2011; 2013).

Nessa pesquisa não se enfrentará a questão do termo de qual seria melhor ou pior, pois isso foge ao seu objetivo que é compreender o neoconstitucionalismo a partir dos efeitos que ele gera, embora já tenhamos nos definido anteriormente pelo termo neoconstitucionalismo.

Paolo Comanducci destaca existência de três tipos de а neoconstitucionalismo: o teórico, o ideológico e o metodológico 93, que se contrapõem aos três tipos de positivismo destacados por Noberto Bobbio. Ainda existe uma divisão da doutrina entre aqueles que entendem o neoconstitucionalismo como uma continuidade do juspositivismo, pelo menos de forma parcial, e existe, também, outra parcela que defende que o neoconstitucionalismo representa um período de ruptura com o juspositivismo, visto que acredita que os objetos e a metodologia de investigação de cada um dos períodos são diferentes (COMANDUCCI, 2002, p. 96- 101.)

O neoconstitucionalismo teórico centra a sua tese na estrutura e no papel que os sistemas jurídicos contemporâneos assumem no documento. Algumas vezes, adota o entendimento de que o seu objeto de investigação, o modelo descritivo da Constituição, como norma e, outras vezes, o modelo axiológico de Constituição como norma (COMANDUCCI, 2002).

O primeiro modelo pode ser entendido como um documento que contém um conjunto de regras jurídicas positivas ou consuetudinárias que são, em relação a outras regras jurídicas, hierarquicamente superiores por representarem a estrutura fundamental de todo o ordenamento jurídico (COMANDUCCI, 2002). Enquanto o segundo modelo repete as mesmas características do anteriordiferenciando-se apenas quanto ao conteúdo que cada Constituição possui, sendo essa a medida que lhe dará um valor especial. O neoconstitucionalismo teórico pode ser caracterizado como uma teoria do direito, que está fundada basicamente em uma Constituição que contém previsão expressa de direitos fundamentais, pela onipresença de princípios e regras em seu texto normativo e por algumas peculiaridades ligadas à interpretação e aplicação das normas constitucionais em relação à aplicação e interpretação da lei (COMANDUCCI, 2002).

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> Para Lenio essa questão não é relevante " pela perspectiva ruptural que assume e porque a questão é paradigmática" (STRECK, 2011, p.18).

A intenção do neoconstitucionalismo, dessa forma seria superar o juspositivismo por entender que o momento atual não admitiria mais a utilização de seus métodos de investigação tradicionais, em especial, a onipresença estatal e o formalismo interpretativo. O neoconstitucionalismo metodológico fundamenta sua ideia em que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituem uma ponte entre direito e moral. Seus principais teóricos foram Dworkin e Alexy (COMANDUCCI, 2002). Enquanto o neoconstitucionalismo ideológico fundamenta basicamente na ideia de garantir os direitos fundamentais e destaca, também, a importância dos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais (COMANDUCCI, 2002). Procura, no entanto, ressaltar que a atividade do legislativo e do judiciário é necessária para a concretização e a garantia dos direitos fundamentais contidos na Constituição. Seus principais teóricos foram Dworkin, Alexy e Zagrebelsky.

A acepção dos três tipos de Neoconstitucionalismo de Paolo Comanducci em relação ao Positivismo de Noberto Bobbio parece destacar apenas algumas características dessa corrente de pensamento, não produzindo um critério de distinção concreto capaz de distinguir as variações do fenômeno existente, porque segundo a sua discrição há sempre uma atuação institucional voltada à efetivação da Constituição, bem como aos seus direitos e garantias fundamentais. Todavia, ela é relevante por indicar mais alguns critérios de análise do neoconstitucionalismo.

Com relação à designação pós-positivista, Alysson ressalta a existência do inconveniente de que, em Habermas, há uma busca pelo novo, representada pelos instrumentos filosóficos da contemporaneidade. Enquanto, em Perelman, há uma tentativa de retorno aos posicionamentos filosóficos antigos, tal como o de Aristóteles. O que representaria uma falha, ainda que essa terminologia seja a mais difundida na atualidade (MASCARO, 2008).O mesmo autor afirma que um dos teóricos representantes da escola ética moral seria Habermas, que através da sua teoria do agir comunicativo, desenvolvida na década de 70, abandonou suas influências marxistas, nesse momento, e passou a destacar a distância existente entre a filosofia e a sociedade pela falta da capacidade de comunicação dos filósofos com essa mesma sociedade. Isso fez com que ele criasse, a partir disso, uma nova possibilidade de legitimar o direito, em que se faz essencial que os indivíduos e os grupos sociais consigam uma espécie de entendimento.

O projeto político de Habermas, essencialmente consagrado em sua obra Direito e democracia entre facticidade e validade, foi produzido na década de 90 e teve, como base, a necessidade de consenso e o uso do direito para alcançar tal finalidade. A grande percepção de Habermas foi entender que o direito era um fenômeno social que interagia constantemente com os indivíduos e que necessitava, para alcançar uma interação ótima, de uma espécie de diálogo que, por si mesmo, produzia a legitimação do direito e a difusão do sentido de democracia dentro desse mesmo direito. É como se ele percebesse a existência de uma moral que, ao mesmo tempo em que era democrática, era também racional e qualificadora da relação estabelecida entre a filosofia, o direito e a sociedade.

Habermas soube utilizar a ideologia marxista de uma forma que não produzisse rompimento entre os diferentes polos existentes de uma sociedade capitalista, produzindo um diálogo de interação entre eles, em que o apelo social seria conquistado pela capacidade de argumentação que o Direito possuísse.

Alysson ressalta que Habermas conseguiu construir uma ideia de racionalidade que abarcasse a todos. Assim, como fez Rawls em sua ideia de consenso sobreposto, em sua obra teoria da justiça. Nesse limiar a ideia de consenso passa a representar uma forma de avaliar a ética e a moralidade do discurso jurídico.

Outro ponto que pode ser destacado é que a norma deve alcançar o consenso não só durante o momento de avaliação dos efeitos, para os quais ela foi produzida, mas, principalmente, a partir do momento de sua elaboração. Agora o direito não é apenas um fato social a ser observado empiricamente, mas sim, um agente que potencializa o consenso social.

Nesse contexto, as instituições políticas não devem, para Habermas, assumir posturas neoliberais ou marxistas, pois essas ideologias carregam consigo aspectos de rupturas moderadas ou radicais que estão presentes na sociedade. Observa-se que a proposta do consenso racional, a partir da sua flexibilidade, produz o reajustamento dessa mesma sociedade.

Habermas - ao associar democracia e direito - não parecia possuir a pretensão de revolucionar o direito, mas sim, de propor uma releitura do positivismo a partir de uma teoria ocupacional em que propõe a quebra dos paradigmas da verdade natural do direito e do seu apelo liberal.

Segundo Alysson, "A proposta de Habermas é a mais profunda expressão de um juspositivismo ético" (MASCARO, 2018, p.369). Habermas consegue alcançar profundidade na discussão relativa à ética e ao Direito sem ser caricato, como ocorre com aqueles que querem recriar uma ética ou uma moral ideal, que se sobreponha ao próprio direito. Parece que para Habermas não é a norma uma verdade absoluta revestida pela ética ou pela moral, mas a construção democrática da qual a aplicação dela se reveste, que a torna ética e moralizada. Demonstra, dessa forma, que o Direito pode ser um projeto realizável de democracia, porque não se funda em radicalismos que exacerbam antagonismos que em nada contribuem para a expansão da democracia no Estado de Direito.

Tanto Rawls quanto Habermas souberam captar que a soberania do direito positivo se revelaria a partir do momento em que ele conseguisse manter um dialogo com a sociedade.

A humildade, que a ideia de consenso racional ou sobreposto revela, parece ser a pedra angular que muitos juristas rejeitam para entender o sentido verdadeiro da nova era neoconstitucional, que é uma era de reformulação sem superação, mas de aproveitamento das estruturas, anteriormente vigentes, de análise, de direito e de continuidade, porque é de aprimoramento.

O direito não é a ética e a ética não é o direito, mas um prescinde do outro e a interação entre eles confere legitimidade à manifestação do direito no campo da ética, de modo que exista nexo nessa interação. Desse modo, Habermas associa o sentido de Estado de Direito à Democracia, destacando que a legitimação do direito ocorre através do processo racional de formação de opinião e vontade (MASCARO, 2018, p.369).

Habermas também interage com a questão institucional nas democracias, utilizando-se da perspectiva constitucional. Ele demonstra que o direito não é alheio à sociedade, mas que faz parte dela e que está continuamente em um processo de interação dinâmica com ela. A grande novidade que Habermas propõe é a utilização do discurso no Direito para convencer a sociedade. Mas esse discurso não é um discurso vazio, porém repleto de elementos morais e de princípios.

O princípio democrático e o princípio moral se tornam instrumentos de legitimação do direito e das instituições que compõem o Estado Democrático. A moral passa a ser um importante elemento do Direito que não se constrói a partir de

arcabouços de uma superioridade dogmática, mas de forma democrática e participativa. É possível perceber, nessa teoria do agir comunicativo de Habermas, um diálogo útil entre direito e política, que eleva tanto a moral quanto a ética no Direito. O direito despolitizado torna-se um direito fútil e, sem relevância social, porque não foi legitimado por aqueles que são os seus verdadeiros donos e que compõem aquilo que se denomina por povo. O processo de construção da argumentação jurídica passa a evidenciar patamares mínimos, éticos e morais sem os quais o direito deve sucumbir por ausência de legitimidade democrática, segundo a acepção de Habermas.

O positivismo se fortalece, com Habermas, pois trata o direito não como um elemento superior e externo à vida social, mas como um elemento interno e que é capaz de promover a igualdade, na medida em que se justifica a partir da utilização de argumentos racionais e democráticos.

## 30 NEOCONSTITUCIONALISMO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

"[...] Pra que ligar a quem não sabe Aonde tem o seu nariz? Quem é você que não sabe o que diz?"

Noel Rosa, "Palpite Infeliz."

## 3.1 Aspectos críticos gerais

Na 2ª seção, tentou-se demonstrar o conceito puro de neoconstitucionalismo, como ele foi difundido na Europa, quais suas principais características, como ele pode servir de instrumento de transformação social ao Direito, bem como identificar quais os seus problemas teóricos, indicados por uma parcela da doutrina, na atualidade. Enquanto, nessaseção, pretende-se compreender como vem ocorrendo a aplicação do neoconstitucionalismo pela jurisdição constitucional brasileira. Pretende-se também criticar o plano de aplicação dessa corrente, verificando para tanto qual (-is) distorção (-ões) vêm ocorrendo nos pressupostos teóricos dela.

Inicialmente para compreender tal aplicação pretende-se analisar o posicionamento adotado por três autores constitucionalistas brasileiros, dentre eles: Luiz Roberto Barroso, Daniel Sarmento e Ana Paula de Barcellos. O posicionamento desses autores será analisado de modo geral, sem nos aprofundarmos em suas argumentações. Dito isso, é também importante explicar porque serão utilizados esses três autores para a formação de um parâmetro geral sobre o neoconstitucionalismo brasileiro. A utilização deles se justifica por algumas razões, que passamos a expor. O primeiro motivo se deve ao fato de que a primeira pesquisa acadêmica que a autora fez foi sobre o ativismo judicial, tema que sempre a encantou pelos efeitos jurídicos complexos que gerava no ordenamento (tais como: a usurpação de competência, a desorganização das políticas públicas de governo, a efetividade dos direitos sociais, entre outros). E, principalmente, pelo interesse que tinha (e, que ainda continua tendo) em um agente específico do Poder Judiciário, o Juiz, que pela perspectiva do ativismo adquiria um caráter idealizado, ou até mesmo

platônico, de herói do povo, quase um Robin Hood dos injustiçados, que dava efetividade ao direito, até mesmo quando não existia lei (por conta da omissão do Poder legislativo) ou autorização do Poder Executivo (em razão da ausência de alguma política pública, que assegurasse o exercício de determinado direito subjetivo) para tanto. O segundo motivo guarda ligação com o contato inicial que a autora teve com os ensinamentos de Barroso sobre o tema, na graduação, ao estudar a sua obra Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro (2012). O terceiro motivo da escolha desses autores se deve ao fato de que a autora pôde cursar a disciplina do Barroso, durante o mestrado, em que o mesmo a apresentou a essa temática do neoconstitucionalismo, demonstrando os estudos de autores que compartilhavam de seu pensamento e os que eram opostos a ele<sup>94</sup>. Entretanto, após a autora ler esses e outros textos, percebeu que o posicionamento de Barroso, Barcellos e Sarmento eram semelhantes, o que se demonstrará em seguida. E, em razão da dissertação, ter pouco tempo para ser preparada essa escolha facilitaria a organização da pesquisa. Oquarto motivo se deve ao fato de que a doutrina apresentada sobre o assunto nessa disciplina trouxe mais indagações do que respostas, demonstrando que a partir das análises dos autores apresentados por Barroso que não existia uma reposta concreta a cerca da existência do neoconstitucionalismo brasileiro, sobre a sua metodologia e o seu objeto, fato que evidenciava uma, provável, lacuna no saber, razão pela qual se justificava uma

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup>Das dez aulas do curso 7 tratavam dessa temática, que se destaca a seguir: (neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito)BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo, 2015, p. 296- 301 e 390-433; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: Daniel Sarmento, Filosofia e teoria constitucional contemporânea, 2009, p. 113-146; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de direito, 2014, p. 267-305; (pós-positivismo, teoria dos princípios e dignidade da pessoa humana) ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito, Trad. Alexandre Trivisonno, 2014, p. 301, 311-321 (a dupla natureza do direito, pretensão de correção e não positivismo) e p. 145-159 (princípios, regras e ponderação). BARROSO, Luís Roberto, "Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional". Revista dos Tribunais: 919: 127- 196, 2012; (Interpretação constitucional tradicional e novos paradigmas) BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo, 2015, p. 302-326 e 333-334. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 1979, p. 7-15 e 463-473; BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo, 2015, p. 342-389. MELLO, Patrícia Perrone Campos, Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 371-378. (Judicialização, ativismo e função representativa das Cortes Constitucionais); BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo, 2015, p. 434-479 (Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política); MENDONÇA, Eduardo, A democracia de massas e a democracia de pessoas: umareflexão sobre a dificuldade contramajoritária. Mimeografado, 2014, p. 174-194. Função representativa e majoritária do STF, BARROSO, Luís Roberto, A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas 5:34, 2015.

pesquisa acadêmica sobre o assunto, ainda que fosse apenas um dos objetivos específicos da dissertação.

O quinto e último motivo se deve ao fato de que as duas decisões proferidas em Recurso extraordinário, de n. 895.759/PE, que serão analisadas na próxima seção, são de relatoria de Teori Zavascki e a outra de n. 590.415/SC, de relatoria de Luis Roberto Barroso, que são objetos desse estudo. O que demonstra a necessidade de avaliar, de modo geral, como este último autor pensa/exprime o neoconstitucionalismo.

Para proferirmos uma análise, ainda que geral, sobre esses autores é essencial que se verifique, ainda que de modo geral, também o referencial teórico seguido por eles, em relação ao neoconstitucionalismo, que basicamente, está representado por Robert Alexy, Ronald Dworkin, Miguell Carbonel e Carlos Santiago Nino.

Uma das compreensões que essa seção buscou alcançar foi saber se a jurisdição constitucional brasileira atual possui uma tendência neoconstitucional e, para tanto, precisou verificar antes o posicionamento da doutrina brasileira e estrangeira sobre o assunto.

A doutrina brasileira que fornecerá os argumentos principais desse estudo vem representada por Eros Roberto Grau, 2017, e por Lenio Streck, 2017; 2011; 2013. Esses autores representam o marco teórico dessaseção, em relação ao neoconstitucionalismo, na qual se privilegia o positivismo jurídico (não formalista) em razão da segurança que ele gera ao ordenamento.Contudo, como o marco teórico escolhido não define um posicionamento claro de qual positivismo adotar para questionar o neoconstitucionalismo brasileiro, adotaremos o posicionamento de Noberto Bobbio, em relação ao positivismo ético moderado, no qual prepondera o desejo pela ordem, pela igualdade formal e pelos valores próprios do Direito, que prega nada mais do que o fortalecimento do Estado liberal (BOBBIO, 2006, p.236).

Não é demais ressaltarmos que o neoconstitucionalismo é uma corrente de pensamento que em sua acepção pura, já demonstrada na seção anterior, só agrega ao pensamento positivista e não lhe contradiz como querem alguns estudiosos do tema, também já demonstrados naseção anterior. Desse modo, é por essa perspectiva de união entre o neoconstitucionalismo e o positivismo que pretendemos prosseguir nesse estudo, bem como desenvolver esta seção.

Adotamos tais posicionamentos por partilharmos do entendimento de que qualquer extremismo ideológico pode causar grandes destruições, seja ele decorrente do positivismo ou do neoconstitucionalismo. Vide o exemplo do Nazismo, na Alemanha.

A doutrina estrangeira forneceu os argumentos gerais que devem nos auxiliar a formar uma compreensão geral sobre o neoconstitucionalismo brasileiro. Essa doutrina foi composta basicamente pelos seguintes autores: Pietro Sanchís, 2001, Riccardo Guastini, 2009, Paolo Comanducci, 2002, Suzanna Pozzolo, 2005, e Mauro Barberis, 2005. Eles foram os responsáveis pelo surgimento e desenvolvimento desse conceito em outros países (na Espanha e na Itália).

É relevante ressaltar que o neoconstitucionalismo é um tema complexo, porque atravessa várias temáticas, tais como: a legitimidade democrática das decisões judiciais, o positivismo jurídico, a discricionariedade judicial, a constitucionalização do direito, a semelhança entre a política e o direito, a hermenêutica e a interpretação constitucional, a conexão entre direito e moral (jusnaturalismo) e o constitucionalismo contemporâneo, em que não adentramos, mas apenas as tangenciamos, naquilo em que se mostraram essenciais ao desenvolvimento dessa parte da pesquisa.

O neoconstitucionalismo em sua modalidade deturpada <sup>95</sup> vem se apresentando como uma corrente de pensamento que não possui metodologia e, nem mesmo, objeto de investigação. Essa é a hipótese específica que rege essa seção.

Deve ser ressaltado que parece ser essa a mesma hipótese de Ricardo Guastini, quando afirma:

A mí no me parece. Me da la impresión (...) que el o neoconstitucionalismo consiste en un amontoado (de confines indeterminados) de posturas axiológicas y de tesis normativas, entre las cuales no és fácil identificar alguna tesis propiamente teórica reconocible y susceptible de discussión (GUASTINI, 2009, p.231)<sup>96</sup>

-

<sup>95</sup> Sobre isso ver a seção anterior.

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> Eu não penso assim. Dá-me a impressão (...) de que o neoconstitucionalismo consiste em um desnorteamento (de confinamentos indeterminados) de posições axiológicas e teses normativas, entre as quais não é fácil identificar alguma tese que seja propriamente teórica e capaz de discussão. (Tradução nossa).

Geralmente os valores dessa variação do neoconstitucionalismo (deturpado) são construídos a partir da subjetividade daqueles que a defendem. E, geralmente, isso ocorre em razão de que se preocupam em resolver questões práticas, que envolvem a decisão jurídica. Acabam em razão disso construindo uma teoria da decisão jurídica, em detrimento de uma teoria do direito, objetiva e empírica.

Uma discussão que essa variação do neoconstitucionalismo ressalta é aquela suscitada por Joseph Raz<sup>97</sup>, que foi aluno de Herbert Hart, teórico descritivista (positivismo exclusivo), responsável pela teoria da neutralidade, que afirma, basicamente, segundo Horácio Neiva, 2016, que princípios morais não podem funcionar como critério de validade jurídica. Esta parece ser a consequência de determinados teóricos se preocuparem com a prática, enquanto deixa de lado a teoria.

Os princípios morais servem para iluminar o aplicador do direito e, não para filtrar o direito. Não se trata de uma recriação do direito, mas sim de uma reanálise dele. O objeto de investigação não mudou o que mudou foi a perspectiva do seu investigador, em relação ao positivismo legalista.

A ética e a justiça, também, vêm sendo utilizadas como fundamentos indevidos para se conferir legitimidade às decisões que não são nem mesmo jurídicas. A busca pelo intérprete de uma decisão ética e justa pode lhe afastar de uma decisão jurídica. É necessário que não se busque criar critérios de remoralização do direito, mas sim de refundação de seus argumentos morais.

Pozzolo sobre isso destaca que:

(...) o neoconstitucionalista afirma que com a positivação de valores constitucionais começou a fazer parte dos critérios de validade o critério moral, de modo que o juízo externo ou ético sobre a justiça do direito positivo (...) transforma-se em juízo interno na sua validade (POZZOLO, 2005, p. 238).

A justiça e a ética da decisão judicial não devem ser utilizadas como critérios internosà decisão, mas sobre os externos, pois caso contrário podem fazer surgir éticas e justiças, subjetivas e diversas. Em que cada decisão terá sua própria ética

<u>Uma\_cr%C3%ADtica\_metodol%C3%B3gica\_ao\_positivismo\_jur%C3%ADdico\_exclusivo\_de\_Josep\_h\_RazAcesso em 31.07.2018.</u>

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> Cf: Neiva Horácio. Uma crítica metodológica ao positivismo exclusivo de Joseph Raz. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2016; Disponível em: http://www.academia.edu/27418184/Introdu%C3%A7%C3%A3o\_-

ou a sua própria justiça. Enquanto que como critério externo ela busca privilegiar uma ética e uma justiça objetivas. Nos tempos da atualidade, em que se dá a aplicação neoconstitucional equivocada os valores morais e ideológicos dos juízes passam a credenciar a validade da norma.

Os desvirtuamentos das funcionalidades do juiz, geralmente, ocorrem por motivações ideológicas, que afirmam conferir uma maior efetividade aos direitos contidos na Constituição ou na lei.Nesses mesmos tempos os juízes buscam exercer papéis filosóficos, sociológicos e, acabam fugindo de suas atribuições naturais, de julgar e de serem imparciais no julgamento de suas causas.

O juiz está preparado para julgar e não para elaborar questões filosóficas ou metafísicas. É essa a perspectiva de parte da doutrina que vem se posicionando contra esse fenômeno (GUASTINNI, 2009; POZZOLO, 2005; BARBERIS, 2005; COMANDUCCI, 2002; STRECK, 2017 GRAU, 2017), conforme o que se demonstra mais adiante.

O período do Pós-Segunda Guerra Mundial trouxe a necessidade de um ordenamento jurídico mais social. E a previsão dos direitos sociais na Constituição garantiu e concedeu essa nova natureza ao direito posto (estatal). Contudo, essa nova caracterização do ordenamento constitucional passou a influenciar os seus intérpretes – aqueles que aderiram à posição neoconstitucionalista ideológica, no sentido de que a efetividade dos direitos contidos na Constituição depende de uma interpretação proativa. Todavia, essa proatividade interpretativa passou a derrogar o sentido do próprio direito (de garantia e de coerção), segundo a acepção de Eros Grau, 2007, colocando em risco essas próprias garantias constitucionais.

O Estado de Direito Constitucional erige a sua supremacia pela supremacia da Constituição. Logo, se ela se torna uma norma polissêmica, ou sem sentido, o próprio Estado de Direito passa a não ter mais razão de ser. Logo a atuação neoconstitucional desmedida passa a ser um perigo para esse Estado.

A doutrina ou teoria fundamental pregada pelos neoconstitucionalistas gravita em torno da tese de que direito e moral devem possuir uma conexão com o Estado Constitucional de Direito. Daí que surge um problema, pois cria um critério de aferição do Direito que não existe. Em que a moral de cada juiz passa a ser um filtro de interpretação do texto da lei ou da Constituição.O problema parece estar na forma como cada juiz faz essa conexão com o Estado Constitucional de Direito.

Os três problemas mais comuns que foram identificados pela doutrina nessa conexão são: 1°) cognitivo em relação a definição e a conexão entre Direito e Moral, que, no Estado Constitucional, a moral já estaria incorporada na Constituição, é defendida por Alexy e por Nino; 2°) normativo/justificativo em relação à aplicação por parte dos juízes e em relação à obediência por parte dos cidadãos. O direito positivo só deve ser obedecido se for idêntico à Constituição (com a incorporação do conceito de moral), representada por Nino; 3°) interpretativo, quanto ao sentido dos significados das disposições jurídicas. O direito constitucionalizado deve ser interpretado com a moral, o que é defendido por Dworkin (BARBERIS, 2005).

É possível perceber que a moral torna-se filtro e critério de interpretação dos juízes para produzir decisões jurídicas. Contudo, não há uma moral objetiva e absoluta. Essa é uma das ideias gerais que defendem os teóricos da Escola de Gênova. Desse modo, cada juiz teria a sua moral, como critério de justificação de sua decisão e não de justificação de uma teoria do direito<sup>98</sup>.

A acepção de Horácio Neiva contribui com a verificação de que alguns neoconstitucionalistas (detalharemos mais a frente, quem são eles) em vez de representarem uma teoria do direito representam na verdade uma teoria da decisão jurídica.

O pressuposto que este estudo elege em relação à distinção entre a teoria do direito e a teoria da decisão jurídica é o de que: a primeira evidencia acepções gerais, objetivas e reproduzíveis, possui objeto e metodologia de investigação e está destinada ao dever ser do direito. Enquanto, a outra, em sentido contrário, evidencia acepções particulares, causais, subjetivas e não reproduzíveis, não possui objeto e, nem mesmo metodologia de investigação. E está destinada ao ser do direito.

Sobre uma teoria da decisão jurídica inserir a moral no processo de interpretação do texto normativo, como mecanismo de justificação da decisão, é um aspecto que faz parte desse processo, pois quando o juiz extrai a norma da lei, essa extração tende a repassar alguns de seus valores morais. Isso pode ser afirmado em razão de que o juiz produz norma, mas não a lei, segundo o entendimento de Eros Grau, 2017. Todavia, tornar esse aspecto um procedimento de interpretação de

<sup>&</sup>lt;sup>98</sup> Essa percepção pertence a Horácio Neiva, 2016. Ele descreve os caracteres dessas teorias e nós aplicamos tais caracteres ao estudo do neoconstitucionalismo. Mais à frente serão destacados quais são esses caracteres.

todas as interpretações normativas ou constitucionais viola a igualdade processual, pela inserção de valores que não estão claros no devido processo legal.

Em outras palavras justificar a decisão jurídica através da utilização de critérios morais é aceitável, pois representa uma teoria da decisão jurídica. Porém, buscar justificar o direito, através da utilização de critérios morais, não é aceitável, visto que acaba por legitimar a moralização da teoria do direito. Isso porque esse modo de justificar a decisão dada pelo juiz justifica a metodologia que foi utilizada na produção dessa decisão, mas não parece justificar a utilização do Direito por ele na construção dessa decisão.

O valor moral escolhido pelo juiz evidencia apenas a sua ideologia, que serve como filtro para escolha da metodologia que ele irá utilizar para interpretar a Constituição. Essa perspectiva é autorizada pela interpretação do neoconstitucionalismo ideológico<sup>99</sup>.

Se o juiz possuir uma concepção positivista legalista de Constituição, ele aplicará as técnicas que estão ligadas à subsunção pura. Se, por outro lado, ele possuir uma concepção garantista da Constituição, ele irá aplicar técnicas ampliativas que lhe permitam dar ao texto e ao sentido da Constituição uma posição mais garantista. Essa percepção de Concepção se baseia em Pozzolo, 2005.Nesse contexto a norma passa a ser um meio para a concretização de um fim, pessoal e discricionário<sup>100</sup>.

A ausência de objeto e metodologia de investigação nos posicionamentos neoconstitucionais equivocados são problemas que também estão acompanhados da falsa afirmação de que eles representam uma teoria de direito, mas que de fato parecem ser uma construção mal elaborada de uma teoria da decisão jurídica.

Horácio Neiva esclarece que o posicionamento de Joseph Raz (positivista exclusivista) é claro, na teoria das fontes, de que ele representa uma teoria do direito. E, nesse destaque enuncia alguns critérios a cerca de uma teoria da decisão jurídica:

Parte importante da defesa de Raz da tese das fontes passa pela sua discussão metodológica dos próprios limites da teoria do direito sem confundir o que é uma tese de teoria do direito, e o que é uma tese

-

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup>O **neoconstitucionalismo ideológico** se fundamenta basicamente na ideia de garantir os direitos fundamentais, destaca, também, a importância dos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais.

<sup>100</sup> Utilizo aqui o termo discricionário no sentido de algo não público e, não justificável.

pertencente a uma teoria da decisão judicial moralmente robusta. Seu positivismo jurídico apenas sistematizaria nossa concepção do direito, sem nada nos dizer sobre os deveres e responsabilidades dos juízes ou sobre como deveríamos organizar nossa vida em uma comunidade política (NEIVA, 2016, p.15). (Grifo Nosso).

No momento presente a atuação dos juízes foge à regra da aplicação pura da lei, afirmada no período positivista legalista e busca centrar-se mais na ótica que afirma a lei através da interpretação fundada nos valores de justiça, de ética e de princípios do direito.

A partir do pós 2ª Guerra Mundial, as Constituições passaram a assumir um papel mais ativo, visto que se afastava da ótica meramente procedimental das normas constitucionais para privilegiar a ótica axiológica. A Constituição de 1988 é o documento principal de análise das doutrinas neoconstitucionais brasileiras.

O neoconstitucionalismo é um conceito precursor originário da Itália e da Espanha, que começou a ser difundido, no Brasil, em meados de 2003, a partir da publicação e difusão da coletânea organizada pelo jurista Miguel Carbonelli, denominada Neoconstitucionalismo(s), em 2007, que sobreveio: a publicação de sua obra denominada Teoria do Neoconstitucionalismo (SARMENTO, 2009, p.114-115).

As Constituições produzidas após a 2ªG.M. evidenciam um texto normativo mais ativo do que antes. O que fez com que a própria atividade jurisdicional das cortes ou dos tribunais constitucionais fosse modificada tornando-se mais ativa também.Com isso, é possível dizer que os textos constitucionais foram alterados e que a interpretação constitucional se alterou significativamente. Isso pode ser percebido não só pelo processo de democratização que se desenvolveu no Brasil e na Europa, no período Pós- Segunda Guerra Mundial, mas também é um efeito concreto que é perceptível no ordenamento jurídico, denominado de ativismo ou de protagonismo judicial.

Essa postura do juiz – mais ativa do que a anteriormente adotada – é denominada de ativismo judicial, que pode ser entendido como um modo de agir do intérprete judicial que busca "fazer a lei acontecer"- em outras palavras, de conferir efetividade<sup>101</sup> a ela através da utilização de métodos de interpretação constitucional,

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup>Está ligado ao **neoconstitucionalismo ideológico** que, entre outras, ressalta que a <u>atividade</u> do <u>judiciário</u> é necessária para a concretização e a garantia dos direitos fundamentais contidos na Constituição. (Dworkin, Alexy e Zagrebelsky) (COMANDUCCI, 2005).

não convencionais, preceituados por valores (morais, de ética e de justiça) e princípios, que quase sempre vêm acompanhados das técnicas de ponderação.

Os neoconstitucionalistas brasileiros (SARMENTO, BARCELLOS e BARROSO) seguem, basicamente, o referencial teórico de Robert Alexy e de Dworkin (Streck, 2011; 2013). Como já vimos anteriormente, esse referencial não vem sendo seguido à risca pelos neoconstitucionalistas da atualidade, pois a teoria de Alexy vem sendo aplicada de forma equivocada, conforme já esclareceu Lenio Streck na seção anterior.

O sentido primordial que eles (os três autores brasileiros que destacamos anteriormente) conferem à Constituição, basicamente, é o de que ela passou a agregar um novo sentido que repercutiu sobre todo o ordenamento jurídico, visto que passou a ser um filtro e uma fonte para todos os outros ramos do Direito. A esse processo se convencionou chamar de Constitucionalização do Direito.

A essa caracterização é possível acrescentar que para que a Constituição seja considerada uma fonte, ela deve ser geral e abstrata, assim como a lei. Entretanto, essa generalidade e abstração pela perspectiva neoconstitucionalista atual brasileira não parece ser possível, pois os critérios utilizados para interpretá-la a tornam particularista e causal. Entretanto, a perspectiva neoconstitucionalista pura, por sua vez, confirma a Constituição como fonte, pois os valores morais, os princípios constitucionais e as ideologias ali preceituadas não a tornam particularista ou causal, pois são valores universais (compartilhados por toda a sociedade brasileira).

Os valores subjetivistas adotados pela perspectiva neoconstitucionalista equivocada a descaracteriza enquanto fonte, pois quando a Constituição é aplicada por eles, repleta desses valores ela perde a sua possibilidade de ser abstrata e geral. De fato, é possível perceber que há uma maior interação entre outras áreas do Direito e a área constitucional. Essa interação não representa, todavia, novidade, visto que a partir de 1988, com a promulgação da CF/88<sup>102</sup> e a disposição expressa no seu texto de temáticas, que envolvia outras matérias tais como direito penal, civil, trabalhista, tributário, administrativo, dentre outras, passou a ser lógica a existência de um diálogo entre fontes diversas na Constituição. A característica desse processo é que a Constituição foi elevada à função de protagonista principal em detrimento

<sup>&</sup>lt;sup>102</sup> As Constituições anteriores tratavam mais da organização de competência, dos entes, questões estruturais do poder.

das demais áreas do Direito. A doutrina da efetividade da Constituição acaba muitas vezes, causando essa consequência. E a consequência desse protagonismo é que o intérprete constitucional utiliza métodos que valorizam a utilização da Constituição, em detrimento da utilização de métodos existentes nas demais áreas do direito.

A supervalorização da Constituição pela perspectiva neoconstitucionalista viciada, em nossa visão, desvaloriza as outras áreas do direito e não produz uma metodologia objetivamente aferível de controle da eficiência das decisões judiciais produzidas no ordenamento jurídico constitucional (não falamos aqui da Constituição normativa, mas sim da valorativa)<sup>103</sup>.Essa situação passou a gerar uma inutilidade aos mecanismos próprios das outras áreas do Direito e, em contrapartida, passou a gerar uma supervalorização dos mecanismos constitucionais<sup>104</sup>.

A supervalorização da Constituição é inevitável devido à preponderância que ela vem demonstrando ao longo dos anos sobre todo o ordenamento jurídico. Mas a desvalorização das outras fontes deve ser evitável. Atualmente, a Carta Magna representa o fundamento, principal, de validade de todo o ordenamento jurídico. No entanto, afastar mecanismos úteis de resolução de conflito não parece ser a forma mais efetiva de se conferir validade a esse mesmo ordenamento<sup>105</sup>.

Nesses tempos atuais o julgador deixou de lado o seu papel de boca da lei para ser o cérebro dela, passando a elaborar criações interpretativas que em muitas vezes- na maioria delas- não estão contidas na própria lei, segundo a perspectiva neoconstitucionalista desvirtuada (de que os princípios são utilizados como ferramentas de criatividade interpretativa). Essa criatividade interpretativa parece ser legitima, pois o direito autoriza essa hipótese na presença de lacuna. Entretanto, questiona-se a utilização dos princípios quando a lei contém a solução do caso concreto<sup>106</sup>.

O juiz, que possuía a função de interpretar a lei, ainda que adstrito a ela, passaa criá-la e interpretá-la ao seu modo. Dessa forma o império da lei traz

•

<sup>&</sup>lt;sup>103</sup>Não se deve deixar de destacar que o posicionamento constitucional de determinadas matérias geram o seu fortalecimento. O problema está em como o interprete aplica a Constituição para produzir um diálogo que gere o fortalecimento ou para produzir conflitos e segregações.
<sup>104</sup> Nossa Hipótese geral vem nessa lógica de ideias. De que as decisões neoconstitucionais

Nossa Hipótese geral vem nessa lógica de ideias. De que as decisões neoconstitucionais proferidas pelo STF, vulneram a autonomia dogmática do direito do trabalho, visto que são aplicados, valores subjetivos, princípios constitucionais, argumentos de senso comum ao invés dos princípios do Direito do Trabalho, nos casos que tratam de Direito do trabalho.

<sup>&</sup>lt;sup>105</sup>Exemplo: não se deve aplicar o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em matéria trabalhista, quando existe princípio laboral para tanto.

Esse é um dos efeitos daquilo que se chama panprincipiologia ou, dos mandamentos de otimização do Alexy (2008), de que o princípio vale mais que a norma.

evidências de que deve desmoronar sobre o livre-arbítrio constitucional dos seus intérpretes (a moral do intérprete passou a ser fundamento de validade do direito). Não se questiona aqui a atuação do juiz, diante da lacuna, mas sim a utilização da moral como um critério de validade do direito, pois quando não existe lei para o caso, o juiz está autorizado a "criá-la" e ainda, insere nessa lei um critério de aferição que dificulta ainda mais a compreensão desta "lei". Contudo, essa criatividade que passa a ser exercida pelo juiz requer limites. Tais limites são importantes para garantir o próprio Estado Constitucional de Direito, assim como para garantir a autoridade judicial das decisões que são proferidas nele.

Essa temática não é uma novidade, como bem destacam Barroso e Ana Paula em:

Boa parte da produção científica da atualidade tem sido dedicada, precisamente, à contenção da discricionariedade judicial, pela demarcação de parâmetros para a ponderação de valores e interesses e pelo dever de demonstração fundamentada da racionalidade do acerto de suas opções (BARROSO; BARCELLOS, 2010, p.277)

No entanto, falar sobre ela é necessário, pois a cada dia o pensamento neoconstitucional deturpado se espalha pelos tribunais e pela doutrina, sem a cientificidade necessária que o assunto demanda, como se fosse algo natural e decorrente da evolução dos tempos e, ainda, como se não existissem alternativas a sua aplicação desequilibrada. Revela-se na realidade como algo perigoso e, em certa medida, devastador.

O processo de criação da norma pelo juiz é um processo de aplicação da norma geral à norma individual. "O juiz não legisla nem suplementa a lei, mas, dentro do espaço sinalizado pela lei, autodetermina-se (...)" (GRAU, 2017, p.29). Aqui é possível perceber que a lei, mesmo quando não prevê a solução do caso concreto, contém em si critérios para o juiz criar o "direito".

A lei é a orientação do juiz nesse processo de auto-determinação. Se o intérprete foge da orientação que deveria vinculá-lo ele passa a criar a lei, tornando-se um legislador e usurpando uma competência que não lhe pertence. Sobre o perigo dessa ausência de limites na atuação judicial existe o exemplo da Corte americana de Warren, que ocorreu de 1953 a 1969, em que os juízes passaram a

<sup>&</sup>lt;sup>107</sup>Essa variação parece ser decorrente do: **neoconstitucionalismo metodológico** que fundamenta sua ideia em que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituem uma ponte entre direito e moral. (Dworkin e Alexy) (COMANDUCCI, 2005).

fazer a justiça, "efetivamente", nas questões de voto e educação, entre outras <sup>108</sup> .Para Eros o processo de interpretação não representa uma mera subsunção, pois evidencia uma autonomia criativa do juiz, que o texto normativo não consegue prever sem a atuação desse agente (GRAU, 2017).

Segundo Jorge Otávio<sup>109</sup> a lei, em um Estado de Direito, deve ser clara para que os agentes que são tutelados por ela possam conduzir suas vidas de um modo programável, evitando que sejam surpreendidos com a aplicação do Direito. (GALVÃO, 2014, p.272).

Friedrich sobre isso dispõe:

A publicação da *decisão*((...) da sentença judicial) é um elemento do ordenamento da estatalidade jurídica. A (...) *fundamentação* deve, por um lado, convencer os atingidos, por outro tornar a decisão controlável para um possível reexame por tribunais de instância superior, (...)A metódica deve poder decompor os processos da elaboração da decisão e da fundamentação expositiva em passos de raciocínio suficientemente pequenos para abrir o caminho ao *feed-back(...)* controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais (tribunais revisores, jurisdição constitucional etc.) e da ciência jurídica. (MULLER, 1999, p.44)

A criatividade do juiz não pode se sobrepor ao Estado de Direito, que antes de ser justo ou ético deve ser jurídico. A Justiça da decisão depende da legalidade dessa decisão, não pode haver justiça onde não haja o direito.

O destaque feito por Jorge Lavocat Galvãoautoriza a extensão dessa perspectiva legalista à Constituição, que passa a exigir de seus intérpretes quando prolatam as decisões judiciais, fundamentações mais objetivas e claras.

Não basta ser um juiz criativo, mas também, é necessário, que seja inteligível e coesivo, em conformidade com a ciência que está sendo analisada na decisão, seja ela penal, civil ou trabalhista.

Se o caso concreto remete o intérprete a mecanismos específicos da área que ele analisa, não existe razão para ele agarrar-se a mecanismos de interpretação constitucional, que, em muitos casos, se afastam - e muito- da objetividade da própria Constituição.

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> Para mais informações ver a Corte de Warren de Leda Boechat Rodrigues, 1991.

<sup>&</sup>lt;sup>109</sup> O marco teórico de Jorge é Joseph Raz, que questiona a validade jurídica de aferição do direito, a partir dos princípios morais.

Jorge Octávio enfatiza que a difusão das teses neoconstitucionais gera um efeito pernicioso, em virtude da perda de parâmetros decisórios, visto que os juízes passam a acreditar que qualquer interpretação judicial é válida. As razões jurídicas foram substituídas pelas razões valorativas, o quê vem gerando uma insegurança jurídica para os cidadãos que buscam compreender de forma racional as decisões judiciais. E, isso implica na vulneração da ideia de Estado de Direito (GALVÃO, 2014, p.292).

A ausência de utilização dos critérios racionais nas decisões judiciais neoconstitucionais é um dos pontos que parte da doutrina brasileira (STRECK, 2017, GRAUS, 2017) e estrangeira (GUASTINI, 2009, POZZOLO, 2005, BARBERIS, 2005; COMADUCCI, 2002) mais destaca.

A ideia de Estado de Direito encerra não só uma compreensão de legalidade do ordenamento jurídico, mas também de uma necessidade de ampliação democrática da participação popular na compreensão do que dizem as decisões judiciais. Não basta que a decisão pareça legal ela deve ser legal, pois a obrigatoriedade de seu cumprimento deriva da observância dessa premissa.

A postura ativista subjetivista, dos juízes, conforme se depreende, implica em uma maior dificuldade para a parte exercer de forma plena e transparente o contraditório e a ampla defesa, garantias constitucionais asseguradas por essa mesma Constituição, que segundo os neoconstitucionalista ideológicos seria ativista<sup>110</sup>. Nesse limiar a decisão passa a revelar-se como anti-democrática e anti-jurídica.

A Constituição possui um caráter pragmático (prático) e extensivo (envolve muitos assuntos), contudo não possui a capacidade de regular as situações novas que vão se multiplicando, isso também é uma realidade do mundo moderno. A ótica da pura aplicação da lei pelo intérprete não se mostra mais eficiente para solucionar esses casos que vêm surgindo ao longo dos tempos<sup>111</sup>. Porém, esses mesmos casos quando são solucionados de forma obscura também não convencem. A

É preciso que o intérprete tenha muita atenção para solucionar esses casos para verificar se a solução realmente não está na lei. Ou se ela está, mas não lhe agrada. Caso em que aplicará o método que ele elege como o melhor, para chegar ao fim por ele desejado.

<sup>&</sup>lt;sup>110</sup>O **neoconstitucionalismo ideológico** se fundamenta basicamente na ideia de garantir os direitos fundamentais, destaca, também, a importância dos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais. Procura, no entanto, ressaltar que a <u>atividade</u> do legislativo e do <u>judiciário</u> é necessária para a concretização e a garantia dos direitos fundamentais contidos na Constituição (Comanducci, 2005).

obscuridade é um problema de procedimento, em que não se entende como o intérprete chegou a uma dada solução.

Barroso revela, nesse sentido, que os métodos tradicionais e a subsunção, são métodos relevantes, mas nem sempre suficientes. Destaca, também, que estamos na era da nova interpretação constitucional. Ressalta que na antiga "caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente da norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização". E que a nova interpretação assenta-se no exato oposto de tal proposição (BARROSO, 2010, p.275)

É importante destacar que pela retórica do jurista é possível perceber uma Concepção moralista<sup>112</sup> da Constituição e uma preocupação no sentido de que o intérprete dessa mesma Constituição tem um papel que vai além da atribuição de julgar, conforme se destaca pelos seguintes termos: "mera", "desempenhar", "papel criativo". Para ele parece que o juiz é o sujeito ativo da interpretação, nunca passivo.

Segundo a acepção dele parece que a impossibilidade de se continuar a fazer a subsunção da lei ao caso concreto "empurra" o intérprete para lógicas de interpretação mais difíceis. Mas, que em nossa perspectiva, se revelam possivelmente, menos congruentes 113. A existência de casos difíceis não parece autorizar a interpretação de que não existem critérios que possam tornar as decisões desses casos um pouco mais objetivas. Procurar esses critérios é uma tarefa de interesse público, pois coloca em jogo muitas questões, tais como o sentido de democracia (a intelegibilidade/compreensão da decisão judicial pelo jurisdicionado), o Estado de Direito (que está fundado na lei e não na moral).

Esse posicionamento se mostra completamente contraditório com o pensamento de Habermas, em relação à racionalidade e à democracia da decisão. Autor esse que representa o neoconstitucionalismo puro.

4

Essa não é uma crítica, mas sim uma análise, pois o neoconstitucionalismo puro preza o moralismo na Constituição, mas é algo objetivo e, nunca, subjetivo.

<sup>&</sup>lt;sup>113</sup>O **neoconstitucionalismo ideológico** se fundamenta basicamente na ideia de garantir os direitos fundamentais, destaca, também, a importância dos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais. Procura, no entanto, ressaltar que a <u>atividade</u> do legislativo e do <u>judiciário</u> é necessária para a concretização e a garantia dos direitos fundamentais contidos na Constituição. Seguem esse posicionamento: Dworkin, Alexy e Zagrebelsky. (Comanducci, 2005). BARROSO, nesse ponto estaria expressando uma espécie de neoconstitucionalismo ideológico, que pode se transformar em arbitrariedade, decorrente da discricionariedade em que o próprio intérprete imagina um caso difícil para solucioná-lo ao seu modo (STRECK, 2017).

A subsunção da lei ao caso concreto era eficiente para os casos fáceis e que não exigem do intérprete nenhuma ou muito pouca criatividade interpretativa. Esse tem parecido ser o posicionamento de Barroso, conforme demonstramos anteriormente. O posicionamento de Barroso revela-se como pós-postivista, visto que ele se expressa num sentido de novos tempos, em que o positivismo não se mostra mais útil, aliado à subsunção. O quê contraria o neoconstitucionalismo puro de Barberis e Pozzolo, 2005, que destaca o neoconstitucionalismo como uma corrente de continuidade ou de complementação do positivismo.

Nos tempos atuais com a ressignificação das Constituições, aos juízes são exigidos maiores esforços para solucionar os casos difíceis<sup>114</sup> que são aqueles que não estão contidos na letra da Constituição ou da lei. E, à medida que a sociedade evolui, eles tendem a aumentar. Traçar parâmetros seguros para a produção das decisões judiciais que tratem desses casos é medida de urgente necessidade. Se esses casos aumentam, devem aumentar também os parâmetros decisórios de justificação dessas decisões, isso auxiliará tanto a teoria do direito quanto a teoria da decisão jurídica.

O neoconstitucionalismo é uma corrente de pensamento que tende a "libertar" o juiz da adstrição total à lei, mas se aplicada a partir de sua variação deturpada abre muito o seu leque interpretativo, o quê pode lhe aproximar de suas próprias subjetividades, afastando-o das objetividades da lei. As decisões judiciais devem conter parâmetros decisórios claros com objetividades racionais e possíveis.

Sobre uma objetividade plausível Friedrich, afirma:

O postulado da objetividade jurídica não pode ser formulado no sentido de um conceito ideal 'absoluto'; pode, no entanto, ser perfeitamente formulado como postulado de uma racionalidade verificável da aplicação do direito, suscetível de discussão, e como postulado da sua adequação material (...) (MÜLLER, 1999, p.55)

O intérprete da lei ou da Constituição precisa ter criatividade, no entanto tal criatividade não pode superar a própria lei ou a Constituição. Esse é o seu limite ou o de sua atividade interpretativa. A discricionariedade do aplicador do direito é limitada pela própria lei, conforme destaca Eros Grau, 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>114</sup> Sobre casos difíceis ver o livro de Dworkin, Levando os Direitos a Sério.

A interpretação criativa do juiz é bem-vinda porque dinamiza o mundo jurídico e traz efetividade às relações sociais que são reguladas pelo direito, mas pode ser mal-vinda por desregular essas mesmas relações e por destruir esse próprio direito. Essa interpretação é uma "faca de dois gumes". Se é necessária a sua utilização, que ela se dê com cautela.

Essa abertura de interpretações que o neoconstitucionalismo anuncia é perigosa porque abre caminho para decisões "justas" porém incompreendidas- e, quem sabe até mesmo ilegais, pois impede que os jurisdicionados possam compreenderqual o caminho metodológico adotado pelo juiz em seu processo de convencimento ao proferir as decisões judiciais descumprindo, portanto o preceituado no artigo 93, IX, da CF/88, com relação à publicidade da decisão.

Paralelamente a isso, é possível destacar outros dilemas que atravessam essa temática, tais como a Constitucionalização do Direito e a proximidade entre a política e o Direito.

A locução Constitucionalização do Direito foi utilizada recentemente, possui significação variada e busca caracterizar qualquer ordenamento jurídico que possui uma Constituição dotada de supremacia (BARROSO, 2015, p.390).Pozzolo destaca: "Não é a introdução da constituição que determina a constitucionalização, antes é a adoção de uma concepção substancialística e da leitura que dela procede o fator determinante [...]"(POZZOLLO, 2005, p.236).

Na realidade parece que o quê se tem hoje é uma supremacia do intérprete; a Constituição presta como instrumento para a realização de ideologias e perspectivas pessoais daqueles que a interpretam. A intenção desses indivíduos vem justificada pela necessidade de dar efetividade a essa mesma Constituição 115, contudo essa forma de enxergá-la acaba ampliando o sentido dela de tal forma que ela passa a ter diferentes sentidos para diferentes intérpretes e, assim, a insegurança jurídica aumenta cada vez mais. Estamos numa era que sinaliza a boa intenção do intérprete, mas essa boa intencionalidade deve vir sempre acompanhada de critérios metodológicos mais rigorosos, que tornem novamente a Constituição unívoca.

Barroso destaca que a nova interpretação constitucional assenta-se em cláusulas constitucionais com conteúdo aberto e que "não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar" (BARROSO,

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup> Variação do neoconstitucionalismo ideológico.

2010, p.275). É importante, nesse contexto, lembrar que essa justificativa não soluciona a questão, mas sim, demonstra que desde 2010, isso já era um problema recorrente na discussão entre a doutrina e que, de certa forma, quando vemos que o problema existe e não se procura uma solução para ele, na realidade, só estamos postergando algo que, necessariamente, deverá ser resolvido, pois à medida que o tempo passa, existe a possibilidade de ele se tornar cada vez mais complexo.

Já estamos em 2018, oito anos se passaram, desde esse posicionamento do jurista em destaque, e dificilmente se encontram partidários do neoconstitucionalismo equivocado que busquem meios de amenizar os seus efeitos negativos. E esse, parece ser um problema daqueles que também são contra esse posicionamento, pois por não concordarem com ele, buscam através desse posicionamento se alijar da responsabilidade de amenizar os efeitos negativos desse fenômeno. É necessário que a doutrina busque se unir para encontrar soluções metodológicas práticas e teóricas, pois apresentar argumentos estanques não soluciona os problemas que resultam desse posicionamento.

O processo denominado de Constitucionalização do Direito ocorre, inicialmente, com a CF/88, em que os artigos dela passam a fazer referência a outras disciplinas, demonstrando que elas possuíam paridade com as matérias de direito constitucional. E, que, para além disso, toda disciplina deve ter seu fundamento de validade na CF/88.

É necessário destacar que a supremacia da Constituição, na lógica de Barroso, parece evidenciar a supremacia do intérprete, pois a efetividade da Constituição depende da participação do intérprete. Essa nova perspectiva interpretativa acaba por utilizar e privilegiar as diferentes técnicas, quais sejam: a declaração de inconstitucionalidade dessas mesmas normas, contudo às posteriores à promulgação da Constituição, quando com elas incompatíveis, o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, acompanhado da convocação do legislador para atuar sanando a omissão. Além da interpretação constitucional que pode ser realizada no sentido de conferir à norma infraconstitucional uma releitura em consonância com os novos valores e preceitos afirmados pela Constituição ou, em outro sentido, relativo à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto em que o sentido óbvio é modificado por uma interpretação alternativa (BARROSO, 2015, p.401).

Nos tempos contemporâneos para interpretar a Constituiçãonão basta analisar a letra da lei, é necessário ir além, buscando atingir os valores, os fins públicos, os comportamentos contemplados, nos princípios e nas regras constitucionais (BARROSO, 2015, p.391). Ao analisarmos essa perspectiva é possível verificarmos uma necessidade de o jurista fazer justiça, sua postura é claramente ativista, chegando a se revelar como metafísica.

O princípio parece conferir resposta para todo tipo de questionamento pela acepção do autor em destaque. Não é demais ressaltar que a utilização dos princípios deve ocorrer somente quando não seja possível encontrar a solução na norma, pois do contrário estaríamos assentindo com a "panprincipiologia" do ordenamento brasileiro.

A atuação criativa do intérprete, a partir de uma agregação de valor moral, torna o sentido de Constituição muito aberto, o quê dificulta em muitas vezes a sua própria interpretação. É imperioso ressaltar que essa lógica causa à moralização do direito e a insegurança jurídica. Embora pareça estar acompanhada de uma boa intencionalidade- de dar efetividade ao texto normativo.

Esse novo modo de interpretação, gera consequências ao legislativo, vez que limita sua discricionariedade, em relação ao processo de criação das leis, além de lhe impor metas no tocante à realização de programas e direitos constitucionais. Atua do mesmo modo, com relação à Administração, e, também, lhe fornece fundamentos de validade para a prática de atos que envolvam a aplicação da Constituição e, no que tange ao Poder Judiciário, serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade, tanto incidental, quanto abstrato, além de condicionar a interpretação da norma jurídica de todas as normas do sistema. Enquanto aos particulares lhes impõe limitação de sua autonomia de vontade, relativas ao direito de propriedade ou de contratar (BARROSO, 2015, p.391).

A interpretação constitucional a que o autor faz referência pressiona o legislativo e, além disso, desregula a sintonia entre os poderes judiciário, legislativo e executivo, visto que interfere na política legislativa e administrativa pela criação de critérios não legais e com tendências subjetivas.O poder judiciário nessa perspectiva acaba se revelando como um verdadeiro poder moderador, uma vez que controla a tudo e a todos, menos a si mesmo.

É possível perceber que há uma nítida utilização das ideias contidas na teoria da justiça de John Rawls (1997), ocorre que a interpretação que o autor dá à funcionalidade das instituições é uma interpretação que busca tratar de uma justiça procedimental imperfeita, que se caracteriza por nem sempre conseguir alcançar a justiça através da lei (no caso em questão vai além da lei).

Nas palavras de Rawls essa justiça procedimental imperfeita significa que:

mesmo que a lei seja cuidadosamente obedecida e os processos conduzidos de forma justa e adequada, pode se chegar a um resultado errado. Um homem inocente pode ser considerado culpado, um homem culpado pode ser libertado. Nesse caso falamos de um erro judiciário: a injustiça não nasce da falha humana, mas de uma combinação fortuita de circunstâncias que frusta a finalidade das normas legais. (RAWLS, 2000, p.92)

Todavia, o que se vê no caso do neoconstitucionalismo deturpado é a excessiva atuação humana, ultrapassando a lógica contida na lei e causando ainjustiça. Se a própria lei é capaz de gerar a injustiça, quanto mais o intérprete.

É importante destacar, ainda, que parece que alguns neoconstitucionalistas (aqueles que adotam a perspectiva de Ronald Dworkin) buscam aplicar a teoria da justiça de Rawls para as Instituições, quando ela deveria ser aplicada aos indivíduos.E, como Rawls previu, a finalidade das normas legais acaba sendo frustrada pela conduta humana (em nosso caso do intérprete), ou seja, a busca pela justiça da lei acaba por gerar a injustiça que vem de fora da própria lei.

Em nossa perspectiva, a ideia de consenso sobreposto pertencente a Rawls se adequaria mais à interpretação constitucional da atualidade, visto que busca valorizar uma visão pluralista que permite a convivência distinta entre três ideologias plurais, mas que pelo fato de serem plurais não afastam o conceito do caráter público que a interpretação constitucional deve possuir.

O neoconstitucionalismo deturpado aparece interligado ao fenômeno que impede a distinção total entre o Direito e a política. Dieter Grimn ressalta que o princípio da certeza contribui para uma separação entre o Direito e a política, visto que as condutas são julgadas com base em uma norma (GRIMN, 2006, p.13). O neoconstitucionalismo, pela interpretação aberta que permite, dificulta a concretização do princípio da certeza e produz uma aproximação entre o que é jurídico e o que é político. Vemos na atualidade, decisões que ao invés de serem jurídicas, são antes políticas, que, por isso, não se prestam a controles jurídicos.

A jurisdição constitucional da atualidade decide questões jurídicas de forma política. E parece achar isso algo natural e decorrente da própria natureza da Constituição, conforme se demonstrará mais adiante.

O poder judiciário ou parte dele acha normal e razoável restringir o poder legislativo e o executivo em nome de uma segurança jurídica ou de uma finalidade pública difícil de ser compreendida. Interpretar a lei através de critérios que só o intérprete conhece não parece atender a uma finalidade pública.

Na atualidade, está cada dia mais difícil separar o papel político do jurídico (é essa a perspectiva que neoconstitucionalismo deturpado vem gerando). Embora, se saiba de antemão da convivência harmônica e independente dos poderes da União, mais especificamente falando entre o Poder Judiciário e o Poder legislativo. Diriam alguns, por isso, nem tão harmônica assim essa convivência. As Constituições atuais corroboram com essa aproximação que vêm ocorrendo entre o Direito e a Política, a própria carta magna brasileira cumpre essa função.

As duas estradas quase sempre se cruzam e se entrecortam. Existem duas vias que mantém um processo de intercomunicação entre elas, a via política – jurídica é a mais habitual, tendo em vista que a ordem jurídica resulta da decisão política. E a outra via é a mão inversa, em que o poder judiciário ao cumprir as leis e a Constituição limita o poder legislativo (MENDONÇA, 2015, p,141).

Dieter Grimn enuncia que a Constituição não elimina a política, apenas lhe coloca uma moldura. E que uma política totalmente jurisdicionada, perderia o seu caráter político (GRIMN, 2006, p.10). Na verdade não parece que ela (a Constituição aplicada pela ótica do neoconstitucionalismo deturpado) se restringe a esse papel de moldurar, mas sim de engessar, oque acontece nesse caso é uma interferência do jurídico no político, que está diretamente ligado à ideologia que o poder judiciário, ou uma parte dele, possui, se essa ideologia admite a Constituição como um documento que autoriza a atuação dele para que se busque a efetividade dessa mesma Constituição e de valores que estariam internalizados nela; a interferência nessa lógica estaria legitimada por essa ideologia. Há uma tentativa de contenção do político pelo jurídico nessa perspectiva.

Quando o poder judiciário respeita os limites da lei ele legitima o poder legislativo, quando ele ultrapassa esses limites ele desregula não só o poder legislativo, mas também todo o restante do ordenamento jurídico.

Dieter Grimn menciona que o Direito positivo é resultado de decisões políticas. "O que vale juridicamente é determinado politicamente". A política nesse ponto demonstra subordinação ao Direito. Logo pensar em um Direito politicamente independente não faz sentido algum (GRIMN, 2006, p.3).

Na atualidade, o político está cada vez mais subordinado ao jurídico, pois quem dá a sua última palavra sobre a lei ou a constitucionalidade dela é o poder judiciário. Este que deveria estar circunscrito aos limites da lei, cria mecanismos de extensão desses limites, através da interiorização de valores, da utilização de princípios e da argumentação de senso comum.

Cláudio Pereira destaca que em tempos remotos o Poder Judiciário se restringia a aplicar as normas editadas pelo Poder Legislativo e que, na atualidade, os juízes possuem uma maior liberdade para aplicar as leis, desvinculando-se da metodologia jurídica e aproximando-se mais da metodologia particularista.

As leis são aplicadas à luz da teoria contemporânea dos princípios. Porém essa fuga da forma produz inconvenientes ligados à ampliação da discricionariedade judicial e a insegurança jurídica (NETO SOUZA, 2008, p. 515-517). Quando a política e o direito se misturam surgem algumas consequências, mas especificamente quando os juízes decidem de modo político. Uma parte da doutrina (os que se posicionam contra ao neoconstitucionalismo) contrapõe a esses tipos de decisões, formulando críticas democráticas em relação à atuação desses juízes.

O principal argumento que fundamenta essas críticas está na ausência de legitimidade democrática dos juízes que decidem politicamente. Suzanna Pozzolo, 2005 e Pietro Sanchís, 2001, destacam essa questão.

Cláudio Pereira enuncia que essa ilegitimidade está centrada na ideia de que a democracia se caracteriza pelo autogoverno do povo e que a autonomia pública está fundada na ideia de que as normas legítimas são aquelas elaboradas por seus próprios destinatários (NETO SOUZA, 2008, p. 522). É possível perceber que o direito e a política tendem a se misturar quando os juízes começam a interferir em questões que não lhes são atinentes.

A proatividade<sup>116</sup> do juiz acaba desnaturando a essência política do legislativo e ela vem acompanhada de uma ideologia que parece ter uma metodologia, mas que não é senão subjetividade.O neoconstitucionalismo equivocado vem abrindo

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup>Lenio trata do ativismo judicial como o ovo da serpente (STRECK, 2013, p.127.)

caminho para a confusão entre direito e política e, parece ser essa a consequência de sua difusão no ordenamento brasileiro.

# 3.2Aspectos críticos específicos: O neoconstitucionalismo, no Brasil, a partir da perspectiva de autores estrangeiros e brasileiros

Essa parte da pesquisa propõe-se a análise do fenômeno, no Brasil, nos últimos dez anos. Para tanto, utilizou-se, em primeiro lugar, a produção doutrinária estrangeira de Ricardo Guastini, 2009, de Suzanna Pozzolo, 2005, de Mauro Barberis, 2005, de Luis Pietro Sanchís, 2001 e de Paolo Comanducci, 2002, com a finalidade de compreender a origem do fenômeno na Europa e, em segundo lugar, através da produção nacional de Luís Roberto Barroso, 2008; 2015, Daniel Sarmento, 2009 e Ana Paula Barcellos, 2005; 2010, verificamos a situação do Brasil quanto à difusão dessas ideias.

Adota-se a atividade interpretativa positivista ideológica moderada afirmada, de certa forma<sup>117</sup>, por essas doutrinas estrangeira e nacional, em contraponto ao neoconstitucionalismo. Atividade essa que busca no neoconstitucionalismo puro um fortalecimento da interpretação constitucional da atualidade. Busca-se compreender o conceito, as características e os efeitos do neoconstitucionalismo e a sua influência na jurisdição constitucional brasileira.

Embora parte da doutrina afirme que se trata de uma nova era, entre eles podem ser destacados Dworkin, Alexy, Miguell Carbonell, Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento e Ana Paula de Barcellos. Esse fenômeno vem ocorrendo a partir de interpretação constitucional ou como uma perspectiva ideológica, que não possui uma metodologia ou um objeto de investigação (GUASTINI, 2009, p.231). Isso pode ser constatado pelos efeitos que as decisões neoconstitucionais deturpadas produzem no ordenamento - a moralização do direito, a preferência pelo princípio, ao invés da regra, que leva a preferência pela ponderação em detrimento da subsunção, a aproximação entre direito e a política, o incentivo ao ativismo judicial, a desequilíbrio entre os poderes da União, a desvalorização dos métodos específicos

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup>Falamos isso porque eles (STRECK e GRAU, 2017) se titulam positivistas, mas não é possível saber qual a corrente do positivismo representam. Desse modo, para uma maior precisão, conceituamos a nossa perspectiva teórica como ideológica ou moderada, segundo a acepção de Norberto (BOBBIO, 2006, p.236)

de resolução de conflitos de determinadas disciplinas, em detrimento dos métodos constitucionais, o aumento da discricionariedade judicial e a supremacia do intérprete.

O neoconstitucionalismo deturpado à brasileira parece, como já vimos em momento anterior, tentar representar uma teoria da decisão jurídica e não uma teoria do direito. Essa corrente de pensamento vem se desenvolvendo no Brasil em decorrência do processo de democratização que o país vem participando, do processo de Constitucionalização do Direito, que segundo Suzanna é o processo de impregnação da Constituição por todo o ordenamento jurídico (POZZOLO, 2005, p.232, apud GUASTINI).

A adesão ao fenômeno, pelo conceito da escola italiana representa a demarcação de uma posição intermediária entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo (POZZOLO, 2005, p.232, apud GUASTINI). Todavia, no Brasil não ocorre essa demarcação de posicionamento, pois alguns o entendem como um movimento de continuidade, enquanto outros o entendem como um movimento de ruptura, conforme demonstramos anteriormente.

Como buscou-se destacar, em momento anterior, a doutrina brasileira faz referência ao neoconstitucionalismo, de diferentes formas, são elas: neoconstitucionalismo contemporâneo, pós-positivismo, juspositivismo-ético e de neoconstitucionalismo equivocado (STRECK, 2017).

A adesão de parte da doutrina à noção de neoconstitucionalismo, na verdade, parece representar uma forma pré-determinada de conceber a Constituição 118, forma essa que acaba por reconfigura-lá através da utilização dos princípios, das técnicas de ponderação e dos valores morais. Nas palavras de Suzanna Pozzolo isso representa que a "concepção acaba determinando uma certa percepção da realidade por parte dos operadores jurídicos" (POZZOLO, 2005, p.233). A forma de ver a Constituição que o operador jurídico carrega com ele faz com que a interpretação que ele faz dela esteja eivada de vícios peculiares a essa sua concepção.

A forma que o jurista elege para conceber a Constituição gera efeitos na forma como ele a interpreta e impede que exista um controle objetivo sobre essa sua interpretação, pois foi ele mesmo que a criou de forma subjetiva, ainda que se diga

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup>Pode representar também a preferência por um tipo de neoconstitucionalismo, ideológico, teórico ou metodológico.

que essa forma decorre de uma nova teoria do direito. Não parece razoável ser assim porque existiriam várias teorias do Direito, pois cada intérprete possui uma ideologia e uma interpretação como essa ideologia pode ser aplicada sobre a lei ou a Constituição. Na opinião de Ricardo Guastini esse fenômeno de interpretação constitucional, não representa uma nova filosofia do direito, por faltar a ela um componente metodológico, teórico e ideológico (GUASTINI, 2009, p.231)

Os intérpretes que utilizam o neoconstitucionalismo para justificar suas decisões jurídicas quase sempre utilizam valores morais nesse processo de justificação e permitir isso representa um perigo para o ordenamento constitucional<sup>119</sup>. Segundo o mesmo autor esse perigo se justifica de duas formas: primeiro porque os juízes não possuem um preparo específico para basear a sua decisão em razões morais e segundo porque essa razão moral não passa de uma razão vulgar (GUASTINI, 2009, p.232)

Os juízes quando se denominam partidários do ativismo judicial ou "justiceiros" da lei passam acreditar que a lei é um meio para se alcançar um determinado fim- a efetividade da Constituição é um exemplo <sup>120</sup>. Quando, na realidade, a justiça, já é algo intrínseco a própria lei. Partimos do pressuposto de que a lei é justa e que é o intérprete que a desvirtua quando a aplica, repleta de suas ideologias.

É essencial relembramos as principais características do neoconstitucionalismo segundo Guastini são ela: a afirmação da superioridade axiológica da lei sobre a Constituição, a partir da compreensão de que a Constituição não deve só limitar o poder político, mas tambémmodelar a sociedade, limitando, até mesmo, a atuação do legislador em relação à retirada de direitos já conquistados, conferindo uma orientação ao ordenamento positivo, a partir do suprimento das lacunas constitucionais, em razão de seus princípios (deixando margens menores à atuação do legislador), da ideia de que as Constituições democráticas incorporam princípios de justica objetivos que tornam o ordenamento mais justo e que por isso devem ser obedecidos, da ideia de superioridade dos princípios sobre as regras, que no embate entre princípio e regra deve haver uma

\_

<sup>&</sup>lt;sup>119</sup>Não concordamos com essa visão, pois o juiz utiliza valores morais pessoais para justificar sua decisão jurídica, contudo entendemos que ele não deve fazê-lo, no desenvolvimento de uma teoria do direito. Embora esse posicionamento pessoal moral na decisão jurídica, dificulte o exercício da cidadania popular e afaste o direito do conceito de democracia.

<sup>&</sup>lt;sup>120</sup>Essa é uma variação do neoconstitucionalismo ideológico.

prevalência do princípio sobre ela para que o caso concreto tenha uma solução justa, a superioridade axiológica das normas que conferem direitos sobre aquelas de organização estrutural do Estado, a ideia de que as normas materiais constitucionais regulam não só relações verticais entre o Estado e o cidadão, como também entre os cidadãos e que, por isso, devem ser aplicadas de modo direto na jurisprudência civil, penal e administrativa, a ideia de que existe uma conexão entre direito e justiça, a ideia de que só o direito justo deve ser obedecido, a desvalorização da ciência jurídica como discurso meramente cognitivo e não valorativo, a ideia de que a ciência jurídica deve ser uma ciência prática e normativa- orientando a jurisprudência e a própria legislação (GUASTINI, 2009, p.233)

É possível perceber, quase, todas essas características no texto de autores neoconstitucionalistas brasileiros, conforme se destacará a seguir.

Nesse contexto, é relevante destacar a opinião de Barroso sobre o período em destaque: O pós-positivismo rompe esses paradigmas e passa a preconizar novos ideais relativos à justiça, à igualdade material mínima, decorrentes da teoria crítica, à teoria dos direitos fundamentais, na reorganização de valores, entre princípios e regras, através da valorização e do desenvolvimento da hermenêutica jurídica (BARROSO, 2015, p.274).

A ideologia do autor, em destaque, pode ser percebida na utilização dos seguintes termos: 'rompe paradigmas', demonstrando que a Constituição de 1988, traz consigo uma nova era de valores e, em 'preconizar novos ideais'.

Já destacamos o posicionamento de Barroso em relação à proatividade do intérprete com relação à interpretação constitucional da atualidade. Destacamos, ainda, o seu posicionamento em relação à atuação de tolimento judicial no legislativo e no executivo, bem como com relação à ponderação de valores e, com relação à Supremacia da Constituição.

Nessa mesma perspectiva sobre o Neoconstitucionalismo Daniel Sarmento enfatiza que ele gera profundas transformações tanto na prática dos tribunais quanto na teoria jurídica. E que essas transformações se desenvolvem sob a égide da Constituição de 1988. Os principais fenômenos que decorrem dessas transformações são: o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a sua valorização na aplicação do Direito, a rejeição ao formalismo e a adoção de estilos mais abertos de raciocínio jurídico, o que explica a aplicação da técnica de

ponderação e a utilização de teorias argumentativas, que buscam legitimar as decisões judiciais e a reaproximação entre o Direito e a Moral, que busca inserir a filosofia no discurso jurídico (SARMENTO, 2009, p.113).

Percebemos a ideologia do autor, em análise, no seguinte termo: 'força normativa dos princípios', 'a adoção de estilos mais abertos de raciocínio jurídico'. Essa ideologia demonstra que os princípios possuem mais força do que as normas e que o raciocínio jurídico pode estar desvinculado da lei, em alguns momentos.

Sarmento destaca que existem alguns adeptos do discurso da existência de conexão entre o Direito e a Moral, representados pelos não-positivistas Ronald Dworkin, Robert Alexy e Carlos Santiago Nino. Já os que afirmam essa conexão, os positivistas: Luigi Ferrajoli, Luíz Pietro Sanchís, Ricardo Guastini e Suzana Pozzolo (SARMENTO, 2009, p.120).

A partir de um estudo realizado sobre as argumentações defendidas por Pietro Sanchís, 2001, Ricardo Guastini, 2009, e Suzana Pozzolo, 2005, chegou-se a uma conclusão diversa, a de que eles não defendem a existência de qualquer conexão entre Direito e Moral, pelo contrário, afirmam ideias que remetem a uma contrariedade existente entre esses dois elementos. Eles destacam a conexão entre o direito e a moral como uma consequência ou efeito do neoconstitucionalismo.

Daniel Sarmento, assim como Barroso, aparenta ter uma concepção de Constituição mais fluida (aberta). Às vezes eles parecem que se filiam à corrente jusnatural e juspositiva (quando apresentam a Constituição como o documento mais importante do ordenamento), contudo realçam mais os seus valores do que o seu conteúdo escrito. Demonstram, porém, uma vinculação mais forte ao jusnaturalismo, quando apresentam aspectos de conexão entre o direito e a moral.

Em termos formais esses autores se assemelham à doutrina juspositivista, defendendo a primazia da legalidade, enquanto em termos materiais (de conteúdo) se aproximam da ótica jusnaturalista, que denota uma natureza transcendental a partir da defesa da necessária conexão entre direito e moral.

Ana Paula da Barcellos destaca como características do neoconstitucionalismo:

São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto);

e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição (...)(i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção dadignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.(BARCELLOS, 2005, p.84)

Ana Paula, assim como Sarmento e Barroso parecem expressar um ponto de vista bastante semelhante, em relação à Concepção de Constituição destes autores. Se há diferença entre o posicionamento deles, ela parece ser mínima, todavia não é possível percebê-la nos trabalhos acadêmicos que foram estudados nessa pesquisa.

É relevante ressaltar que Luiz Roberto Barroso, Daniel Sarmento e Ana Paula de Barcellos, não parecem representar uma doutrina da teoria do direito, mas sim uma teoria da decisão judicial, a que faz referência Horácio Neiva, em sua tese de dissertação, que trata do positivismo jurídico exclusivo de Joseph Raz, a partir de uma construção crítica metodológica apresentadaà tese de Raz.

Destaca Horácio, preliminarmente, que esse positivista, contribui com um argumento de que valores morais não são objetivamente verificáveis nas decisões judiciais e, para tanto, fundamenta esse estudo na teoria das fontes.

Sobre a diferença entre teoria do direito e a teoria da decisão judicial Horácio afirma que:

O positivismo de Raz tenta contornar este ponto isolando a teoria do direito de qualquer consideração moral e apresentando-a como mera sistematização, sem maiores implicações práticas, dos critérios utilizados na sociedade para uso do conceito de direito. É por conta disso que Raz procura separar a teoria do direito de uma teoria da decisão judicial: pode ser importante a forma como os juízes decidem os casos, mas a teoria do direito não precisa e nem deve tentar responder à difícil pergunta de como devem os juízes decidir seus difíceis casos (NEIVA, 2016, p.22)

A contribuição do autor destacado demonstra que uma teoria do direito se preocupa com a explicação do Direito, como evidencia a teoria positivista de Raz e, não com aspectos da decisão judicial, tal como a resposta aos casos difíceis, como pretendem os neoconstitucionalistas.

Sobre essa teoria da decisão judicial, o mesmo autor afirma que: "para Raz, a teoria do direito é um empreendimento teórico distinto de uma teoria da decisão judicial" (NEIVA, 2016, p.21)

Uma parcela da doutrina brasileira, representada por Barroso, 2015, Barcellos, 2005 e Sarmento, 2009, parece compartilhar do entendimento adotado

pelos três tipos de neoconstitucionalismo ressaltados, anteriormente, na seção 2, em algumas vezes em seus discursos sobressai mais um tipo do que outro.

É necessário ressaltar o que pensa Luis Roberto Barroso:

O neoconstitucionalismo identifica uma série de transformações (...) nas últimas décadas, que tem (i) como marco filosófico o pós-positivismo (...) (ii) como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de direito, após a Segunda-Guerra-Mundial e, no caso brasileiro, a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988 e (iii) como marco teórico o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa a Constituição (inclusive, e sobretudo, aos princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional, envolvendo novas categorias como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação. (...) Trata-se, assim, não apenas de uma forma de descrever o direito atual, mas também de desejá-lo. (BARROSO, 2015, p.137) (Grifos Nossos)

É importante destacar o posicionamento de Ana Paula Barcellos nesse contexto:

As Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores - associados, em particular, à dignidade humana(...)." (BARCELLOS, 2010, p.85).(Grifo Nosso)

O posicionamento de Daniel Sarmento sobre a questão fica claro em:

Em outras palavras, as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas, permanece em vigor, mas as fronteiras entre os domínios torna-se muito mais porosa, na medida em que o ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça (...) (SARMENTO, 2009, p.121) (Grifo Nosso)

É interessante destacar que Daniel Sarmento, embora destaque essa incorporação de valores, parece manter uma posição mais neutra (sem aportes ideológicos pessoais) para descrever o fenômeno do neoconstitucionalismo. Revela, no entanto, uma maior afinidade com o neoconstitucionalismo ideológico, que se destaca por indicar uma postura mais ativista na concretização da Constituição, é o que se retira dos seus posicionamentos, anteriores, destacados na pesquisa.

Sobre essas características é primordial destacar que ao invés desse tipo de interpretação privilegiar a Constituição ela acaba privilegiando o intérprete, visto que é ele quem passa a ser o agente efetivadorou garantidor da Constituição.

A constituição assume a posição de uma letra morta ou de uma letra que para manter-se viva depende da atuação de outrem. Ao invés de valorizá-la essa atitude produz a sua depreciação, pois se ela precisa da atuação do intérprete, ela sem ele passa a ser considerada como uma peça incompleta. E ele com ela passa a ser um intérprete detentor de poderes mágicos, por serem especiais em relação aos demais intérpretes jurídicos que cumprem sua função de forma ordinária.

Os neoconstitucionalistas em destaque privilegiam também as decisões judiciais que dão prioridade aos valores e aos princípios constitucionais. Eles Abrem muito o campo de interpretação constitucional, no que tange à margem de criatividade dessa interpretação, embora, nem sempre, essa mesma criatividade se faça necessária no caso concreto.

A seguir, passa-se ao estudo das decisões constitucionais fundadas nos valores morais subjetivos, dos princípios na ótica neoconstitucionalista, das decisões constitucionais fundadas em argumentos de senso comum.

## 3.2.1 As decisões constitucionais fundadas em valores morais subjetivos

A Constituição passa a ser concebida pelo neoconstitucionalismo como critério de validade em relação à justiça e à moral. Dessa forma só é válida a interpretação da Constituição justa e moralizada.O neoconstitucionalimo teórico 121 brasileiro embora pretenda representar uma teoria do direito, representa uma teoria da decisão judicial e coloca a Constituição axiológica acima das demais normas.

A questão mais preocupante, contudo, diz respeito à moral que essa modalidade equivocada de neoconstitucionalismo tem adotado que é uma moral externa ao direito e não interna. Isso faz com que essa moral não seja uma moral universal, ligada ao dever ser do direito, conforme destacamos em Alfonso Garcia, a partir de Bentham. 122

<sup>&</sup>lt;sup>121</sup>O **neoconstitucionalismo teórico** centra a sua tese na estrutura e no papel que os sistemas jurídicos contemporâneos assumem no documento. Adota: o modelo descritivo e o axiológico de Constituição como norma. (COMANDUCCI, 2005).

122 Remeto o leitor ao capítulo 2,em que vai encontrar mais esclarecimentos.

A justiça é vista como uma concepção de bem e a moral que representa um sistema de valores externos que vem servindo para medir e criticar o direito positivo. Norma jurídica é diferente de norma moral (POZZOLO, 2005).

Dizemos que essa acepção do direito é equivocada, não só porque ela deturpa o neoconstitucionalismo puro em relação à utilização da moral pelo intérprete, como também porque potencializa a existência de várias morais, a partir de seus diversos intérpretes.

Nas palavras de Ricardo Guastini:

la idea de que existen valores morais ( o de justicia) objetivos es una ideia politicamente repugnante. El no-cognitivismo ético 'implica' (...) la autonomia moral dos indivíduos, el liberialismo político, la tolerância y (...) el cognitivismo ético a su vez 'implica' (...) alguma forma de tolerância, de fundamentalismo o de totalitarismo. (GUASTINI, 2009, p.235). 123

O intérprete do direito não deve definir o que é ou não é ético, o que é ou não moral, mas sim espelhar seu raciocínio na moral que o sistema jurídico sistematiza através de suas leis, que são fruto da evolução histórico-cultural de seu ordenamento. A norma ética ou moral que não pode sofrer controle leva ao fundamentalismo. A valoração aplicada aos princípios constitucionais na visão de Suzanna: "é uma decisão autoritária (...) não há nenhuma necessidade de se estabelecer uma equivalente entre 'norma jurídica' e 'norma obrigatoriamente moral' (...)" (POZZOLO, 2005, p.239). A norma moral sozinha não possui punibilidade, enquanto a norma jurídica sozinha possui punibilidade. E as duas somadas produzem uma espécie de punibilidade aceitável, porque justificada.

A constituição não é um elemento moralizador do direito e nem mesmo da sociedade, mas sim um fundamento de validade jurídica. Desse modo, não há como esse fundamento ser firme, quando está fundado em uma moral, que não se pode aferir. O intérprete dessa mesma Constituição também não é um agente que vai a partir dela moralizar o Direito. Conferir esse poder ao juiz representa abrir caminho para a desestruturação do Estado Constitucional de Direito, embora, aqueles que defendam esse ativismo o façam com intenções louváveis de dar efetividade a essa

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> A ideia de que valores morais (ou justiça) existem é uma ideia politicamente repugnante. O não-cognitivismo ético "implica" (...) a autonomia moral de dois indivíduos, liberalismo político, tolerância e (...) cognitivismo ético por sua vez "implica" (...) algum modo de tolerância, de fundamentalismo ou totalitarismo.

mesma Constituição, mas que por utilizarem o instrumento de forma equivocada acabam, de fato, solapando o próprio instrumento que buscam "empoderar".

A supremacia da Constituição não depende da forma como ela é utilizada, como parece fazer crer os neoconstitucionalistas, mas do cumprimento de sua função ordinária de assegurar direitos, garantias fundamentais, assim como de dar caminhos seguros ao intérprete que faz uso dela.

A moral subjetiva utilizada como requisito de validade da decisão jurídica torna a decisão do intérprete da Constituição uma decisão subjetiva e eivada de juízos de valor e que retiram o poder de coerção da própria norma, pois como pode um ordenamento obrigar, se ele mesmo não consegue ser mais forte do que a atuação dos seus próprios intérpretes, que constroem morais apartadas de seus ordenamentos e, ainda, os submetem a elas.

Embora o direito traga consigo uma moral necessária, essa moral é intrínseca a ele, ou seja, derivada dele, e não externalizada nele, a partir de uma atuação externa e invasiva do intérprete do direito. O direito não pode ser limitado ou moralizado pelo intérprete, mas é o intérprete que deve ser condicionado pelo direito. Esse está a serviço daquele e não, o contrário.

Suzana destaca algumas dificuldades em relação aos valores morais que buscam evidenciar o papel da corte constitucional em relação à interpretação dos demais órgãos jurisdicionais. A primeira seria a de que: "a interpretação moral da Constituição implica que ela não possa mais ser assumida como norma mais elevada do ordenamento jurídico (...)" (POZZOLO, 2005, p. 242)A percepção da autora revela que o reconhecimento da supremacia da Constituição depende do reconhecimento de sua supremacia jurídica. E, que não há de reconhecer a existência de uma moral superior a essa supremacia jurídica. A segunda seria a de que: "coloca-se em discussão o equilíbrio entre os poderes" (POZZOLO, 2005, p. 242). E isso se deve em razão de existir uma grande diferença entre a interpretação dada por um juiz constitucional (que confere uma interpretação moral à Constituição) e um juiz ordinário (que confere uma interpretação neutra, sem critérios morais). Destaca, também, a autora a inversão de papéis entre o legislador e o intérprete constitucional em que o direito passa a ditar os limites de atuação do primeiro, quando deveria caber ao judiciário o controle da legalidade dos atos que exorbitassem da competência do legislativo. Desse modo percebemos que os valores morais aplicados à Constituição são perigosos ao Estado Democrático de Direito, por criar critérios não jurídicos e por interferir na harmonia e independência dos poderes desse Estado. Isso evidencia a existência de um abuso da faculdade de interpretar a Constituição, em vistas de que os demais poderes não podem impor critérios morais à interpretação da Constituição 124. Receia a autora que exista: um "governo de juízes" (POZZOLO, 2005, p. 242).

A liberdade do legislativo é importante para um governo democrático de direito. O juiz com suas percepções individuais e subjetivas acerca dos valores moraisnão pode se sobrepor aos valores democráticos que o legislativo representa. As decisões judiciais e o Judiciário estão limitados pela lei, assim como o legislativo e os atos normativos que dele derivam. Se o judiciário hoje busca transpor tais limites, o que impede que o legislativo também não busque transpor esses mesmos limites, em algum outro momento? E, com isso, o Estado de Direito restaria em perigo.

Segundo Friedrich a ciência do direito é um instrumento de preservação do Estado de Direito, quando destaca:

No Estado Democrático de Direito, a ciência jurídica não pode abrir mão da discutibilidade ótima dos seus resultados e dos seus modos de fundamentação. Mesmo na sua condição de *ciência normativa* ela tem por encargo a intenção de uma vigência universal (que só racionalmente érealizável) (...) (MÜLLER, 1999, p.56).

A democracia e o Estado de direito na visão deste autor dependeria da utilização de argumentos racionais nas decisões judiciais.

Destoamos um pouco da opinião do autor no sentido de que essas decisões são complexas e que muitas dessas decisões elencam questões difíceis.

Entendemos que isso seria desejável (a utilização de argumentos racionais nas decisões judiciais), mas não parece ser possível porque os juízes fazem caminhos interpretativos que lhes são próprios. Aqui, parece retornar a questão do dever ser e do ser que envolve o Direito e o Juiz.

O ideal seria que as decisões judiciais fossem sempre racionais ou que não comprometessem a certeza do direito, mas isso parece ser algo difícil de ser realizado, pelo menos em relação aos casos que não contêm a reposta na norma.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>124</sup>Partimos aqui do pressuposto de que todos são intérpretes da Constituição, segundo Peter Harbele.

## 3.2.2Os princípios na ótica neoconstitucionalista

A aplicação dos princípios na ótica neoconstitucionalista vem ocorrendo, em parte, pela identificação de lacuna normativa que é a inexistência de norma para solucionar um determinado caso concreto, o qual a doutrina convencionou denominar de discricionariedade judicial. Dois autores que falam sobre isso, no Brasil, e que representam o marco teórico da pesquisa são Lenio Luis Strecke Eros Roberto Gau(2017). Essa aplicação vem ocorrendo ainda de outra forma, qual seja: através de interpretação normativa. É uma situação em que existe norma, mas que a interpretação dela ocorre através de um princípio.

Nesse contexto existe ainda outra hipótese, segundo a doutrina, em que a utilização dos princípios ocorre a partir de uma agregação de valores morais, tais como de ética e de justiça. Alguns autores estrangeiros que falam sobre isso são o Ricardo Guastini (2009) e o Paolo Comanducci, (2002).Paolo relaciona essa aplicação com a busca dos intérpretes neoconstitucionalistas pela certeza do direito, a partir da aplicação do neoconstitucionalismo ideológico<sup>125</sup>.

O autor nesse contexto afirma que:

Pero lo que no creo es que, en la situaión actual, crear o configurar princípios, o ponderarlos caso por caso, sean actividades que persigam directamente (como parece creer Dworkin) el valor de la certeza del derecho (COMANDUCCI, 2002, p.108)<sup>126</sup>

Contudo, há casos, em que existe mais de um princípio para solucioná-los esses casos. E a solução que o intérprete neoconstitucionalista adota está ligada àtécnica da ponderação que é a atribuição de pesos aos princípios<sup>127</sup>.

E, assim,é formada uma espécie de metodologia quanto à hierarquia desses princípios. Apesar de se afirmar que não existe hierarquia entre eles porque não proclamam valores absolutos. Um dos teóricos que afirma isso é Alexy, 2008.

Mas o que eu não acredito é que, na situação atual, criar ou configurar princípios, ou ponderá-los caso a caso, são atividades que buscam diretamente (como Dworkin parece acreditar) o valor da certeza do direito. (Tradução nossa).

<sup>&</sup>lt;sup>125</sup> Naseção 2 há mais esclarecimentos sobre essa classificação.

Remeto o leitor à seção 2, subseção 2.2, Em que Eros Grau e Lenio destacam como o neoconstitucionalismo equivocado vem utilizando os princípios e os valores morais.

Alexy sustenta que essa escolha é denominada de equilíbrio e se revela como medida alternativa à subsunção: "enquanto a subsunção extrai de uma regra geral e abstrata à regra particular e concreta que decide o caso, o equilíbrio escolhe o princípio aplicável (...) (BARBERIS, apud ALEXY, 2005).

Mauro Barberis ressalta que: tanto os neoconstitucionalistas, em especial Alexy, têm frequentemente sustentado que o equilíbrio seja uma técnica interpretativa e argumentativa alternativa à subsunção (...). Mas, como atualmente admite o próprio Alexy, equilíbrio e subsunção não são absolutamente incompatíveis e alternativos: ao contrário,tratam-se de raciocínios incompatíveis e complementares (BARBERIS, 2008).

Esse posicionamento de Alexy descrito por Barberis pode ser verificado na análise do posicionamento de Barroso, conforme se descreve a seguir:

não importa desprezo ou abandono do método clássico- o *subsuntivo*, fundado na aplicação de *regras* (...). Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas (...). Relevante, mas nem sempre suficiente. (BARROSO, 2010, p.74)

Não é demais ressaltar que os princípios no neoconstitucionalismo puro servem para que o juiz fundamente sua decisão em princípios já aceitos pela sociedade e, assim, legitime sua decisão jurídica, com critérios morais, segundo a acepção comunicativa de Habermas. E, não como eles vêm sendo utilizados para aumentar a discricionariedade do juiz e, consequentemente, a arbitrariedade.

Daniel Sarmento destaca o mesmo posicionamento de Barroso, a seguir:

Como boa parcela das normas mais relevantes destas Constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semântica- são em grande parte princípios, e não regras- a sua aplicação pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção (SARMENTO, 2009, p.119).

Em muitas ocasiões o intérprete tende a enxergar zonas de penumbras normativas para que ele mesmo as possa corrigir, como Lenio Streck, 2017, destaca no capítulo anterior. A temática que envolve a distinção entre regras e princípios é aquela ligada a subsunção da regra ao caso concreto, enfatizada pela ótica positivista e a ponderação de valores que é enfatizada pela ótica dos princípios.

Eros Roberto Grau <sup>128</sup> destaca uma posição diferenciada em relação à doutrina neoconstitucionalista a de que os princípios de direito são regras que fazem parte do direito positivo. E que se dividem em implícitos e explícitos (GRAU, 2017, p.101). Os explícitos são aqueles expressamente afirmados, como tais pelo texto da Constituição ou da lei. Enquanto os implícitos são os que resultam da interpretação de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional. Alexy afirma que os princípios são mandamentos de otimização <sup>129</sup> que na medida do possível devem ser cumpridos (ALEXY, 2008, p.90.), dando a entender que eles possuem uma posição hierárquica superior às das regras.

Ronald Dworkin discorre sobre a questão que envolve a revisão judicial e a democracia. E que o âmago dela envolve o dilema "de que o Supremo Tribunal substitua julgamentos legislativos substantivos por novos julgamentos de sua autoria" (DWORKIN, 2005, p.100). O mesmo autor destaca a necessidade de que o tribunal deve tomar decisões políticas importantes. Afirma que:

Minha visão é que o tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política- decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral- e, que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais (DWORKIN, 2005, p.103).

Nesse posicionamento de Dworkin é possível perceber uma intenção de que os juízes utilizem o princípio, justificando suas decisões judiciais a partir dele e ainda é possível perceber uma tendência quanto à utilização dos princípios de Rawls em relação aos indivíduos e às instituições. A doutrina da efetividade judicial parece ter seu ponto principal nessa doutrina.

Os princípios possuem uma abertura interpretativa em que mesmo aplicandoos a um determinado caso concreto não seria possível se chegar a uma consequência ou a uma solução, enquanto a regra dificilmente teria essa abertura, já sendo possível se chegar a uma solução ou consequência. As regras são normas

<sup>129</sup> Remeto o leitor ao capítulo, no subcapítulo que trata sobre os princípios, que explica melhor essa questão.

-

O autor ressalta que mudou de posicionamento e que, desde a década de 90, mantinha a compreensão segundo a obra de Dworkin, Jean Boulanger e Clemente de Diego. No livro discurso e aplicação do direito, o autor afirma que princípio é norma jurídica (gênero, que alberga norma, regra e princípio). Cf. Ensaio e Discurso.

prescritivas que incidem diretamente em um comportamento. Enquanto os princípios incidiriam de forma indireta ou reflexiva. Mas, o que grande parte da doutrina (POZZOLO, 2005 GUASTINI,2009 COMANDUCCI,2002 BARBERIS,2002) vem questionando é a arbitrariedade dessa atribuição de peso. Além disso, vem se questionando, também, que aos princípios são atribuídos valores morais (BARBERIS, 2005).

Suzana destaca que princípios trazem dificuldades interpretativas, por frequentemente serem formulados através de uma linguagem genérica, destacando a sua discordância quanto à teoria da especificidade constitucional em relação à utilização pelo intérprete constitucional de técnicas de interpretação e aplicação distintas dos demais intérpretes jurídicos, pois na opinião dela não são só eles que utilizam as técnicas de ponderação, que são aplicadas sobre os princípios. (POZZOLO, 2005, p. 245). A questão que parece mais preocupar a autora são os valores morais que auxiliam o intérprete a fazer a ponderação.

O principal argumento utilizado pelos neoconstitucionalistas, segundo a autora, é o de que os princípios requerem a necessária ponderação, enquanto a ótica positivista funda-se na subsunção legal. A ponderação não tem, todavia, se revelado como um critério estável de solução, porque interfere na independência do poder legislativo em relação ao poder judiciário. Pois o judiciário ao escolher entre dois princípios, exprime um comando ao judiciário com base em um desses princípios.

A falta de uma justificação objetiva nesse processo de atribuição de peso aos princípios, que conflitam entre si, tornam a decisão jurídica que usa essa metodologia uma decisão particularista e subjetiva. Segundo a perspectiva de Suzanna esse processo é aceitável para justificar a decisão jurídica, mas não deve servir como uma metodologia científica, pois não conduzem a processos controláveis e objetivos.

### Pietro ressalva que:

Sin duda, la ideia dos princípios y el método de la ponderación, que aparecen indisociablemente unidos, representam un riesgo para

lademocracia del legislador y, con ello, para la regla de mayorías que es fundamento de la democracia(...) (SANCHÍS, PIETRO, 2001,p.16)<sup>130</sup>

Os princípios vêm sendo utilizados pelo neoconstitucionalismo deturpado brasileiro, de modo descontrolado e agem contra a democracia (lei da maioria), fundamentado pelo próprio argumento democrático, conforme demonstramos a seguir.

Eros destaca que os princípios são regras e que a afirmação de que violar um princípio é mais grave do que violar uma norma é uma tolice, visto que aos princípios são atribuídos valores morais que não são razoáveis ou definíveis. Essa percepção enfatiza que não há como punir uma conduta, que não se descreve como ilegal, pois o princípio moralizado não é legalizado. A regra contém uma punição em concreto, já o princípio caminha na abstração. Ressalta o mesmo autor que a ponderação aplicada aos princípios pode gerar uma situação de insegurança jurídica e destaca um exemplo que ocorreu no período em que estava como julgador da Corte brasileira, em relação ao Habeas Corpus HC 82.424-RS<sup>131</sup>, que tratava do caso do livro antissemita, em que os ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes fizeram uso da regra da proporcionalidade para analisar a colisão da liberdade de expressão e da dignidade do povo judeu, alcançando decisões contraditórias:

Marco Aurélio- restrição à liberdade de expressão provocada pela condenação à publicação do livro antissemita não é uma medida adequada, necessária e razoável; logo não constitui uma restrição possível, permitida pela Constituição; ii)Gilmar Mendes- a restrição à liberdade de expressão causada pela necessidade de se coibir a intolerância racial e de se preservar a dignidade humana é restrição adequada, necessária e proporcional. (GRAU, 2017, p.25) (GRIFO NOSSO)

Daí se pode perceber que o mesmo princípio da proporcionalidade foi utilizado por dois julgadores em um mesmo caso e, mesmo assim, se chegou a resultados diversos, emque um julgador entendeu que a restrição à liberdade no caso era adequada, enquanto o outro entendeu que essa restrição não era adequada. Logo é possível perceber que ao ponderar esse princípio com o princípio

<sup>131</sup> Diponível em:<<u>https://jota.info/wp-content/uploads/2015/06/Ellwanger-HC-82424.pdf</u>> Acesso em 12.07.2018.

-

<sup>&</sup>lt;sup>130</sup>Sem dúvida, a ideia dos princípios e o método de ponderação, que parecem indissociavelmente unidos, representam um risco para a democracia do legislador e, com isso, para o regime de maiorias que é o fundamento da democracia.

da dignidade da pessoa humana, para o primeiro resultado o peso atribuído ao da dignidade foi menor, em comparação àquele atribuído à restrição da liberdade que foi, por isso, considerado adequado, enquanto para o segundo resultado foi atribuído um peso menor ao princípio da restrição da liberdade em comparação com o princípio da dignidade, sendo, por isso, considerado como uma medida inadequada.

Cita-se outro exemplo em relação à utilização dos princípios, pela perspectiva neoconstitucionalista do STF, em que o RE 895.759/PE, objeto de pesquisa dessa investigação, em seus fundamentos decisórios afirmou: "Não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha extrapolado os limites da razoabilidade (...)" (STF, 2016, p.4) (GRIFO NOSSO). Nesse caso o julgador deu preferência a um princípio constitucional, ao invés de utilizar um princípio de direito do trabalho, para solucionar questão de direito do trabalho. Esse é um efeito da "panprincipiologia", gerada pelo neoconstitucionalismo, às avessas, do Brasil.

#### 3.2.3 As decisões constitucionais fundadas em argumentos de senso comum

Suzana Pozzolo lembra que "a perspectiva neoconstitucionalista fia-se naquela do 'bom juiz dotado de bom senso' (...)" (POZZOLO, 2005, p. 242), o que implica em um paradoxo, pois o direito possui o fundamento coercitivo pelo amparo legal em que está fundado e não no bom senso do julgador, que é sempre questionável. Se esse fundamento de validade legal é trocado por um amparo moral, passa-se a ser menos coercitivo ou não coercitivo. Para garantir a Constituição não é lógico que se adote condutas que descumpram a lei e que cumpram a vontade do julgador. Jésse enuncia o significado da expressão senso comum: "O 'senso comum'é a forma como as pessoas comuns, ou seja, nós todos, conferimos sentido às nossas vidas e ações cotidianas (...)" (SOUZA, 2009, p.41)

O neoconstitucionalismo, às avessas, vem se difundindo no Brasil e se revelando como uma modalidade de interpretação constitucional em que o julgador passa a julgar o caso concreto, a partir de uma fundamentação pautada no senso comum. E, aqui,não se pode arguir qualquer tipo de licença judicial para fazê-la, pois não parece ser algo que seja justificado de forma alguma.

A fundamentação de senso comum tende a justificar a decisão jurídica, atribuindo a ela uma espécie de valor. Contudo, esse valor não pode ser aferido objetivamente, pois representa experiências pessoais daquele que o utiliza.

Jesse destaca como ele é construído:

o senso comum é construído tanto por conhecimentos pragmáticos, que nos ajudam na vida cotidiana, quanto **por ideologias e falsas ideias que mantêm a imensa maioria dos indivíduos** — e no limite todos nós em alguma medida — presos a esquemas de comportamento e de interpretação do mundo e da vida superficiais de modo a legitimar o mundo como ele existe (SOUZA, 2009, p.49). (Grifo Nosso)

O neoconstitucionalismo puro tem por finalidade diminuir a arbitrariedade judicial, através da utilização de argumentos racionais e democráticos nas decisões jurídicas. Os valores morais são também instrumentos fundamentais que tendem a conferir uma maior legitimidade às decisões jurídicas. Todavia, esses valores decorrem de uma construção que já se encontra internalizada no direito e, não, no seu intérprete. As ideologias, os valores morais subjetivos, que compõem os argumentos de senso comum em nada contribuem com a diminuição da arbitrariedade judicial, pelo contrário a aumenta cada vez mais.

O mesmo autor destaca um dos efeitos que o senso comum produz na sociedade:

Por um lado o senso comum nos transmite conhecimentos pragmáticos fundamentais como nos esclarecer sobre como descontar um cheque, pegar um ônibus ou andar no trânsito das grandes cidades. Por outro, reproduz os esquemas do poder dominante, que só podem se perpetuar enquanto tal se as causas da dominação e da desigualdade injustas nunca puderem ser reveladas. (SOUZA, 2009, p.48) (Grifo Nosso)

Como já vimos, anteriormente, a decisão jurídica é pública e, por isso,ela deve ser justificada. E a partir do neoconstitucionalismo passou-se a exigir uma justificação mais criteriosa. Quando o juiz utiliza argumentação de senso comum em seus julgamentos, ele justifica a decisão de uma forma falsa, porque não está pautada em um argumento que pode ser controlável pelos jurisdicionados.

Destaca Jésse o que não é ciência:

A definição de ciência verdadeira está, portanto, ligada ao interesse crítico. Uma ciência que reproduz, com uma linguagem erudita ou jargão técnico ou estatístico (ambos destinados a causar no leitor a aparência de cientificidade), os clichês do senso comum não é ciência. Ao contrário, ela funciona como um suporte ideológico às relações injustas e desiguais do senso comum que são reafirmadas agora com a "autoridade" da ciência. (SOUZA, 2009, p.52).

Pela perspectiva trazida por Jessé, é possível dizer que quando o Poder Judiciário utiliza o senso comum ele se comporta como alguém que é leigo, pois decide as questões da vida a partir de suas experiências pessoais. Desse modo, ele não se distingue dos demais entes que compõem a sociedade e não justificaria ainda o seu poder de coerção. Aceitar que uma decisão jurídica apresente em sua razão de decidir ou em sua fundamentação argumentos de senso comum não é algo razoável nem muito menos proporcional. A utilização desse recurso, por sua vez, serve somente para justificar o poder dominante das Cortes judiciais e constitucionais, mas não justifica dessa forma decisão alguma. Pior é conferir ao argumento não científico uma autoridade científica falsa. Nesse contexto, é licito deduzir que nem mesmo a coisa julgada acobertaria esse tipo de argumentação pela impossibilidade jurídica de se julgar algo que nem jurídico é.

Um exemplo de argumento de senso comum, utilizado em um dos recursos extraordinários objetos dessa pesquisa de n. 590.415/ SC, que pode ser destacado no item 5, da Ementa da decisão que diz:

5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso (STF, 2015, p.1). (GRIFO NOSSO).

Nesse enunciado é possível perceber que a concepção individual do julgador sobre as experiências de vida que ele possui constou como justificativa para a decisão jurídica. Isso é afirmado em razão de que não há comprovação científica de que os planos de dispensa incentivada são melhores do que o dispensa praticada pelo empregador. 132

Outro exemplo que pode ser destacado nesse mesmo recurso, mas com base em um argumento de autoridade dado por Maurício Godinho Delgado<sup>133</sup> foi:

A concepção paternalista que recusa à categoria dos trabalhadores a possibilidade de tomar as suas próprias decisões, de aprender com seus

responsabilidade própria" (*Curso de Direito do Trabalho*. Op. cit., p. 117).

<sup>&</sup>lt;sup>132</sup> Há menção no julgado de um estudo de COSTA, Zilma. Aparecida da Silva Ribeiro. Programas de desligamento voluntário e seus impactos no mercado de trabalho. São Paulo. LTR. 2004, p.119.
<sup>133</sup> "não há Democracia sem que o segmento mais numeroso da população geste uma sólida e experimentada noção de autotutela e concomitantemente, uma experimentada e sólida noção de

próprios erros, contribui para a permanente atrofia de suas capacidades cívicas e, por consequência, para a exclusão de parcela considerável da população do debate público (...)(STF, 2015, p.27). (GRIFO NOSSO).

Essa perspectiva adotada na decisão jurídica vem repleta de ideologia de que o direito do trabalho é paternalista, quando na realidade ele é protecionista, em relação ao empregado por conta de sua posição desfavorável em relação ao seu empregador. Essa afirmação traz até uma sintonia desrespeitosa com o trabalhador, na medida em que o trata como uma criança irresponsável que precisa do judiciário para se desenvolver.

É importante destacar ainda que essa justificativa de que o empregado deve tomar suas próprias decisões para que ele possa conquistar sua capacidade cívica remete ao pensamento de que o trabalhador é livre e que ele por meio do contrato ou do acordo coletivo de trabalho passaria a ser senhor de si, argumentação que não condiz com a realidade do trabalhador brasileiro e que piora a sua situação.

Alémdisso, esse tipo de argumentação remete à ideologia liberal, não intervencionista que se desenvolveu no final do século XVIII, em que se afirmava em favor da plena liberdade do trabalhador e que se desenvolveu na Inglaterra e, principalmente na França, gerando efeitos devastadores sobre a classe trabalhadora, conforme destacamos na primeira seção.

É importante ressaltar outro ponto, o de que existem normas em direito do trabalho que possuem um caráter cogente, público que não é renunciável, ainda que o indivíduo esteja assistido por seu sindicato, que é o caso do recurso extraordinário, de n. 590.415/SC que trata de assuntos relativos à autonomia de vontade e a primazia da negociação coletiva.

Mais um exemplo desse tipo de argumentação, de senso comum, pautada na opinião do desembargador Antônio Alvares da Silva<sup>134</sup>, que se destaca a seguir, nesse mesmo recurso:

A proteção que o Processo do Trabalho defere ao trabalhador não pode chegar ao ponto de assemelhar-se à tutela ou curatela, em que a vontade do representado se faz pelo representante. Se assim se agir, nunca haverá maturidade do trabalhador nem respeito e seriedade às suas declarações, pois ficará submetido a um processo de alienação permanente que não lhe permitirá jamais transformar-se num cidadão consciente e plenamente capaz (...)(STF, 2015, p.27). (Grifo Nosso).

<sup>&</sup>lt;sup>134</sup> DJMG, 12/05/2001, TRT-3-RO-2394/01, rel. des. Antônio Alvares da Silva.

Nesse destaque, em especial, fica claro que as particularidades do direito do trabalho ou do processo do trabalho em relação ao processo civil foram desconsideradas e que se pretende que o trabalhador seja responsável por atos que o próprio ordenamento jurídico afirma a sua incapacidade.

Nesse contexto, nessa mesma decisão, se destaca mais um argumento da mesma natureza, anteriormente exposta:

47- (...) Assim, mesmo que o regramento acerca da liberdade sindical demande aperfeiçoamento em tese, <u>não me parece</u> que esse fato comprometa a validade do acordo coletivo que aprovou o PDI no presente caso (...)48- <u>As normas paternalistas</u>, que podem ter seu valor no âmbito do direito individual, são as mesmas que atrofiam a capacidade participativa do trabalhador no âmbito coletivo e que amesquinham a sua contribuição para a solução dos problemas que o afligem (...). É através do respeito aos acordos negociados coletivamente <u>que os trabalhadores poderão compreender e aperfeiçoar a sua capacidade de mobilização e de conquista, inclusive de forma a defender a plena liberdade sindical. Para isso é preciso, antes de tudo, respeitar a sua voz. (STF, 2015, p.36-37) (Grifo Nosso).</u>

Nessa parte o jurista parece não perceber que mesmo havendo participação do sindicato existem normas que são irrenunciáveis e cogentes em direito do trabalho e que exercer o direito de voto não é o mesmo que exercer o direito de ser empregado. As normas paternalistas a que ele se refere possuem uma razão de ser, que está ligada a peculiaridades e princípios do direito laboral.

É preciso destacar ainda que esse discurso parece estar enraizado em uma ideologia liberal democrática e que a perspectiva civilista do pacta sunt servanda parece estar sendo aplicada à perspectiva laboral coletiva, da cláusula rebus sic estantibus. Desconsidera, também, o jurista que os acordos coletivos ou que as convenções coletivas são armistícios temporários e não acordos definitivos realizados entre patrão e empregado e os seus sindicatos.

#### 3.2.40 papel da Jurisdição Constitucional do Brasil

O Supremo Tribunal Federal é o "guardião da Constituição", isso implica dizer que a sua funcionalidade precípua é a de protegê-la e aplicá-la. Contudo, compreender o significado da palavra proteção, nos tempos atuais, é tarefa que requer sistematização e pesquisa, pois se pensarmos em proteção, num primeiro

plano, é possível pensar em proteção da letra da Constituição. Já em um segundo plano, é possível fazermos associações não só com a proteção da letra desse magno documento, como também do sentido que dele emana. Alcançar, porém, esse sentido, torna-se uma tarefa mais árdua, pois aplicar a Constituição não é o mesmo que atribuir sentido a ela, ou passa a ser a partir da abordagem de ideias neoconstitucionais equivocadas.

Compreender o significado da expressão "guarda da constituição", contida no art. 102, caput, da CF/88 <sup>135</sup>, depende da compreensão do contexto político, econômico e social, em que está inserida a instituição que possui essa função, bem como a de seus ministros, tarefa que não será realizada nessa pesquisa.

O Supremo Tribunal Federal é a instituição responsável pela última palavra a respeito da constitucionalidade das leis e da própria Constituição (quando interpreta conforme a Constituição, atribuindo um sentido que não está expresso nela própria). Enfatizar que o STF pode alterar a lei significa dizer que ele pode sobrepor-se àqueles que a criaram em decorrência da legitimidade democrática de que são detentores pelo voto.Por outro ponto de vista, ao falar na possibilidade que o STF possuide alterar o sentido da Constituição significa dizer que ele pode alterá-la e incluir expressões e conceitos que ali não estão contidos e, sobrepor-se, talvez, até às clausulas pétreas, contidas n. art.60, §4° 136°. Um exemplo disso pode ser expresso na restrição que essa Instituição pode fazer, ao proferir decisões, em matéria de direitos fundamentais. Nesse caso, a interpretação acerca do poder que esse órgão possui ultrapassaria, até mesmo, as limitações do poder constituinte originário e do poder constituinte reformador.

O sistema brasileiro de jurisdição constitucional é um sistema misto, que contempla uma espécie de critério de controle concreto e a outra espécie de controle difuso. A confiança, no STF, dos brasileiros, é maior do que a confiança deles no

<sup>136</sup>§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. Disponível

\_

<sup>&</sup>lt;sup>135</sup>Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...). Disponível em:<<a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm</a>>. Acesso em 16.02.2018.

em:<a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm</a>>. Acesso em 16.02.2018.

poder legislativo 137 e no próprio poder judiciário. Esse destaque demonstra que os cidadãos reconhecem o STF mais do que o próprio poder legislativo. Esse reconhecimento parece evidenciar uma perspectiva política e não jurídica, o que enuncia uma inversão de papéis porque a lei é criada pelo poder legislativo e depois deverá ser aplicada pelo judiciário ou alterada pelo STF, a partir do controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

É importante destacar o posicionamento de Sarmento sobre a utilização na atualidade pelo STF das ideias neoconstitucionalistas:

Estas novas ideias já reverberam fortemente na jurisprudência nacional, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, que nos últimos tempos, tem cada vez mais invocado princípios abertos nos seus julgamentos, recorrido á ponderação de interesses e ao princípio da proporcionalidade com frequência e até se valido de referências filosóficas nas fundamentações das decisões. Aliás, é digna de nota a influência da doutrina constitucional na atuação do STF. O fenômeno é relativamente recente (...) (SARMENTO, 2009, p.129).

Sarmento ressalta, ainda, a postura ativista do STF e do poder judiciário destacando razões para tanto:

Naturalmente a nova postura ativista do STF estimula as forças sociais a procurá-lo com mais frequência e contribui para uma significativa alteração na agenda da Corte. O STF tem se defrontado com novos temas fortemente impregnados de conteúdo moral (...) passou a intervir de forma muito mais ativa no processo político, adotando decisões que se refletem de forma direta e profunda sobre a atuação dos demais poderes. Porém há um componente curioso na recepção desse novo paradigma jurídico pelo Judiciário brasileiro. Embora ainda não existam estudos empíricos a este respeito, tenho a forte intuição de que a penetração destas novas ideias associadas ao neoconstitucionalismo é forte na cúpula e na base da hierarquia judicial (...) (SARMENTO, 2009, p.132) (Grifo Nosso)

A ideologia neoconstitucionalista vem gerando efeitos nos três poderes da União, embora decorra diretamente do judiciário.Nessa perspectiva discutir os efeitos desse tipo de pensamento dominante é tarefa de ontem, pois, por trás dessa perspectiva, existem muitas outras em jogo, conforme buscamos mostrar nessaseção.

-

<sup>137</sup> Em 2012, após uma pesquisa realizada no ibope foi verificado que a confiança da população no STF (medida de 0 a 100) equivale ao total de 54 pontos. Enquanto o Congresso Nacional pontuou apenas 35 pontos. Já o Poder Judiciário recebeu 27 pontos. Retirado do site: <a href="http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Confianca-do-brasileiro-no-STF-e-maior-do-que-na-Justica.aspx">http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Confianca-do-brasileiro-no-STF-e-maior-do-que-na-Justica.aspx</a>. Acesso em 10.02.2018.

Sarmento entre os representantes que parecem defender a atuação neoconstitucionalista em determinados momentos, destaca, contudo três objeções a esse fenômeno:

a) a de que seu pendor judicialista é antidemocrático; b) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento das regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil (...) e, c) a de que ele pode gerar um panconstitucionalização do Direito (...) Outras críticas importantes existem (...)(SARMENTO, 2009, p.132)

O posicionamento ideológico em relação ao neoconstitucionalismo do autor, nesse trecho, se mostra mais contido, vez que parece que ele faz um levantamento das críticas existentes, destacando em sua opinião as que são mais relevantes. Posicionamento esse que ressalta uma maior cientificidade ao descrever o fenômeno, quando comparado aos outros dois autores brasileiros <sup>138</sup> que foram destacados nessa seção (BARROSO, 2015; BARCELLOS, 2005), pois não deixa transparecer totalmente uma ideologia ou um critério moral próprio.

Deve ser ressaltado, contudo, que há momentos em que esse posicionamento parece vir repleto de ideologias e valores morais, como já se ressaltou anteriormente.

Suzana Pozzolo enuncia a <u>tese da especificidade da interpretação</u> <u>constitucional</u>, que busca compreender a diferença entre a interpretação das leis e atos normativos e a interpretação da Constituição.

A tese da especificidade como o próprio nome sugere ressalta que a atividade interpretativa constitucional se diferencia da atividade interpretativa ordinária em razão do caráter especial desta em relação àquela. Suzana defende que a interpretação neoconstitucionalista exprime certas peculiaridades que são percebidas a partir do modo como se concebe a Constituição, ela destaca nessa tese outros adeptos dela, entre eles, Prietro Sanchís e Ricardo Guastini.

Algumas características que, segundo esses autores, permitem falar em especificidade são: 1) os sujeitos peculiares da interpretação; 2) o uso de características técnicas interpretativas e aplicativas adotadas pelo texto constitucional; 3) os efeitos peculiares causados pelas sentenças do juiz

<sup>&</sup>lt;sup>138</sup> Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos.

constitucional; 4) a rigidez ou a flexibilidade constitucional; 5) o objeto da constituição (POZZOLO, 2005, p. 240.)

A estrutura de controle de constitucionalidade brasileiro é mista. Isso significa que se faz um controle difuso ou aberto da constitucionalidade das leis e atos normativos e, também, um controle concentrado ou fechado da constitucionalidade. Suzana destaca que a tese de especificidade só deve ser aplicada àqueles ordenamentos que possuem uma estrutura concentrada, isso ocorre em razão do juiz constitucional possuir um papel distintivo na interpretação da constitucionalidade dos atos normativos em relação aos demais juízes. Contudo, pretendemos demonstrar que essa tese pode ser aplicada ao Brasil, mais especificamente falando com relação ao controle de constitucionalidade difuso, que representa uma parte do objeto de estudo dessa pesquisa.

Luiz Guilherme Marinoni apresenta uma perspectiva diversa em relação à importância do controle difuso de constitucionalidade com a qual compartilhamos: a de que a solução do caso concreto pela jurisdição constitucional traz consequências não só para as partes, mas também para todo o ordenamento jurídico, pois segundo ele: "as razões determinantes da solução do caso ou da interpretação conferida a lei (...) assumem relevo quando se tem em conta uma decisão, que além de dizer de respeito aos litigantes, projeta-se sobre todos e passa a servir de critério para a solução de casos futuros." (MARINONI, 2016, p. 876).

Marinoni expressa nessa questão a importância que as decisões em controle difuso têm para o ordenamento jurídico, pois trazem consigo uma *ratio decidendi*, que se postergará em decisões futurase que é imprescindível para a melhor compreensão dos precedentes futuros que serão proferidos pela corte constitucional.

A ratio decidendi nada mais é do que o argumento determinante para a decisão do órgão colegiado. O argumento é compartilhado pela maioria dos julgadores que compõe a decisão colegiada. Esse argumento representa o motivo determinante para a tomada da decisão colegiada, serve para compreender não só como foi julgado o caso em questão, mas também outros que ainda serão julgados por essa mesma Corte. Logo, sua relevância é fundamental para o presente e para o futuro. Essa ratio quase sempre pode ser localizada nos fundamentos da decisão judicial, local em que se forma a coisa julgada formal.

Marinoni com essa perspectiva mostra que não só a coisa julgada material, presente na parte dispositiva dessa decisão é importante, como também a coisa julgada formal. E, além disso, demonstra, também, que as decisões proferidas em controle difuso são muito relevantes para a compreensão da formação dos precedentes jurisdicionais constitucionais.

Nessa dinâmica é importante destacarmos dois recursos extraordinários julgados pelo Supremo Tribunal Federal, que sãoobjetos de nossa investigação. São eles: o RE. 895.759/PE, que foi julgado, em 2016, pelo Ministro Teori Zavascki e o RE. 590415/ SC, que foi julgado, em 2015, pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

O primeiro recurso extraordinário discute, à luz dos artigos 5°, XXXVI; e 7°, XXVI, da Constituição Federal a validade, ou não, de renúncia genérica a direitos contida em termo de adesão ao Programa de Desligamento Incentivado – PDI, com chancela sindical e previsto em norma de acordo coletivo (STF, 2017). Em que se firmou a seguinte tese, de n. 152 em repercussão geral.

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado (STF, 2015, p.28).

O segundo recurso extraordinário trata de decisão, que visa modificar decisão que condenou a reclamada ao pagamento de 4 horas *in itinere*, quando a norma coletiva previa a supressão de horas *in itineres*, que não poderia ocorrer, segundo o TST, em razão de o ato ser nulo por se tratar de norma de ordem pública, ainda que houvesse a previsão coletiva de outras vantagens para o trabalhador, nesse mesmo acordo coletivo.

O ministro Teori, em suas razões de decidir, afirmou o seguinte posicionamento, em relação à decisão do TST, que condenou a reclamada ao pagamento das horas *in itinere*:

O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a *ratio* adotada no julgamento do RE. 590/415 no qual esta corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia de vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho (STF, 2016, p.4).

Destacou, ainda, que o requisito da repercussão geral foi atendido, visto que se tratava de recurso que buscava impugnar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante da corte, conforme previsão legal do art. 543, § 3, do CPC. E, desse modo deu provimento ao recurso extraordinário para afastar a condenação do recorrente ao pagamento das horas *in itinere*.

Diante desses fatos, a conclusão que se pode retirar é que as decisões proferidas em controle difuso (com repercussão geral) formam precedentes e geram efeitos para além das partes, pois compõem uma *ratio decidendi*.

Esse fato é relevante, pois essa *ratio* passa a acompanhar o posicionamento da corte constitucional. E quando essa *ratio* não é verdadeira ela produz efeitos nefastos, pois reproduzirá a metodologia utilizada de forma "errada" a outras decisões, ainda que versem sobre matérias diferentes.

Afirmamos que essa *ratio* não é verdadeira em razão de que essa decisão não está coadunada com os aspectos do surgimento do direito laboral, na França e na Inglaterra, com a sua teleologia, com as suas particularidades, com os seus princípios e, consequentemente, com a sua autonomia dogmática, que já destacamos, em momento pregresso nesse estudo.

Feitas essas considerações, é importante dar continuidade à compreensão da teoria da especifidade da interpretação constitucional em relação às demais interpretações normativas trazidas por Suzana Pozzolo.

A primeira das características afirmadas por Suzana guarda relação com os sujeitos que realizam a interpretação constitucional. Destaca, porém que a especificidade desses sujeitos, em relação aos demais sujeitos que também fazem interpretações, só pode ser evidenciada nos ordenamentos que possuem controle de constitucionalidade concentrado, visto que aqueles que possuem o controle difuso não apresentam especificidade, pois todos os juízes de diferentes instâncias se pronunciam quanto à constitucionalidade das leis e atos normativos.

Todavia, no Brasil, essa regra não se aplica, em razão de que até mesmo no controle de constitucionalidade difuso os juízes do tribunal constitucional efetuam uma análise sobre a dita constitucionalidade das leis de forma diversa dos juízes anteriores à análise deste tribunal. Conforme procuramos demonstrar, em momento

anterior, com relação ao instituto da repercussão geral<sup>139</sup>, bem como da formação dos precedentes judiciais, a partir da análise da *ratio decidendi*.

Dessa forma é possível concluir que os sujeitos que realizam a interpretação constitucional na corte ou no STF são sujeitos diversos dos demais tribunais. A repercussão geral representa basicamente um processo de filtragem dos processos que buscam o deslinde de questões de direito, mas que geram efeitos em escala coletiva.

A segunda característica destacada por Suzana refere-se aos efeitos das decisões proferidas em controle concentrado, que são os efeitos *erga omnes*, enquanto no difuso não existiria porque são *inter partes*.Como já se destacou, em momento anterior, mesmo em controle difuso, no Brasil a *ratio decidendi* proferida é determinante para os demais processos, visto que ela influencia a formação dos precedentes jurisdicionais no STF, assim como o instituto da repercussão geral porque também gera efeitos que ultrapassam as partes do processo, conforme posicionamento de Marinoni, exposto em momento anterior.

A terceira característica da tese de especificidade destaca a utilização de técnicas interpretativas, ligadas à necessidade de atribuição de sentido ou significação do texto constitucional. A especificidade nesse ponto em relação aos demais juízos está na utilização pelo juiz que adota a teoria neoconstitucional das técnicas interpretativas que privilegiam argumentos de princípios e argumentos de justiça. Suzana Pozzolo destaca que essas técnicas são utilizadas mais no controle de constitucionalidade concentrado. No Brasil essa diferença entre as modalidades de controle não existe, pois os argumentos de justiça são utilizados tanto em uma modalidade, quanto em outra.

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. Disponível em: <a href="http://planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2015-2018/2015/lei/I13105.htm">http://planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2015-2018/2015/lei/I13105.htm</a>. Acesso em: 09.07.2018.

A quarta característica está ligada à rigidez constitucional, que guarda ligação com a dificuldade que o legislativo tem em alterar a Constituição.

Aquinta característica revela que a Constituição é o objeto que evidencia a tese da especificidade, ela é especial em relação aos demais atos normativos. Sendo assim, todos aqueles que podem proferir uma última palavra em relação a ela passam a ser especiais em relação aos que proferiram palavras em momento anterior a esse.

"Hoje você é quem manda Falou, tá falado Não tem discussão, não [...] Você que inventou esse estado E inventou de inventar Toda a escuridão Você que inventou o pecado Esqueceu-se de inventar O perdão."

Chico Buarque, "Apesar de você"

Na seção 3, procurou-se destacar como vem se desenvolvendo o neoconstitucionalismo brasileiro de modo equivocado, porque, ao invés de reaproximar o direito da moral, busca moralizá-lo, a partir de uma moral subjetiva.

Ressaltou-se também que essa corrente de pensamento em seu sentido original busca complementar o positivismo jurídico, ao invés de superá-lo. Como afirmam alguns autores, destacados na seção anterior.

Buscou-se demonstrar que os princípios e valores morais integram-se ao neoconstitucionalismo com a finalidade de gerar uma maior legitimidade nas decisões jurídicas, bem como de criar limites à arbitrariedade judicial. A forma como ele vem sendo adotado no Brasil produz o efeito inverso, pois aumenta a arbitrariedade, além de fazer com que as decisões percam a sua legitimidade, pois se fundamentam em valores morais subjetivos enão objetivos como deve ser. Isso sem falar no demasiado uso dos princípios e da técnica de ponderação.

Friedrich sobre a objetividade da lei menciona:

O postulado da objetividade jurídica não pode ser formulado no sentido de um conceito ideal 'absoluto'; pode, no entanto, ser perfeitamente formulado como postulado de uma racionalidade verificável da aplicação do direito, suscetível de discussão, e como postulado da sua adequação material (...) (MÜLLER, 1999, p.55)

Os novos tempos hermenêuticos, do neoconstitucionalismo equivocado, ainda contemplam os argumentos de senso comum nas decisões judiciais.

Estes novos caminhos interpretativos acabam produzindo não só a despadronização daquilo que se entende como neoconstitucionalismo verdadeiro,

como também acabam por produzir uma espécie anômala, que é considerada como às avessas<sup>140</sup> da europeia.

Nesta seção, procura-se reunir os elementos encontrados nas anteriores, de modo a testar a hipótese geral<sup>141</sup> e responder à situação problema<sup>142</sup> desta tese. Esse caminho possibilitará que se cumpra o objetivo geral<sup>143</sup> deste estudo.

Para cumprir essa finalidade são analisadas, nesta seção, duas decisões proferidas em grau de recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal.

A primeira decisão que se analisará é o R.E. de n. 590415/ SC, em que foi firmada uma tese de repercussão geral, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. Em, seguida se analisará o RE. 895759/ PE, de relatoria do Ministro Teori Zavascki. A escolha dessas decisões em meio a tantas outras se deve a repercussão jurídica que elas geraram no ordenamento jurídico trabalhista de contrariar súmula do TST. Além disso, o interesse por estas decisões se devem aos fundamentos que elas adotaram.

A primeira decisão a RE. 590415/ SC, com repercussão geral, ficou conhecida no mundo jurídico como o "caso Besc", no qual se tratou das seguintes temáticas: do Plano de Dispensa Incentivada (PDI) também conhecido como plano de dispensa voluntária (PDV), da autonomia coletiva sindical, da autonomia individual obreira e da eficácia da quitação ampla, geral e irrestrita dada pelo trabalhador ao seu empregador. 144

1/

<sup>&</sup>lt;sup>140</sup> Lenio Streck.

<sup>&</sup>lt;sup>141</sup>A hipótese geral é a de que a decisão proferida em RE 890.759/ PE, por ser uma decisão neoconstitucional equivocada, que se caracteriza pela utilização de argumentos de senso comum, utilização de valores morais subjetivos e de princípios, vulnerou a autonomia científica dogmática do direito laboral, pelo desrespeito aos princípios laborais. E, que todas as demais decisões que desrespeitam qualquer princípio laboral, vulneram, por consequência, a autonomia dessa ciência.
<sup>142</sup>A situação – problema busca investigar se houve vulneração dos princípios laborais e,

consequentemente de sua autonomia dogmática, que foram desrespeitados na decisão proferida em RE 890.759/ PE, bem como se essa vulneração, caso tenha ocorrido, se deu em razão da ideologia neoconstitucional que teria sido adotada por este tribunal.

<sup>&</sup>lt;sup>143</sup> O objetivo geral procurará demonstrar que o desrespeito aos princípios laborais, na decisão proferida em RE 890.759/ PE, vulnera a autonomia científica, do direito do trabalho e, que toda e qualquer decisão que proceda desse modo, vulnera também a autonomia desse Direito.

<sup>144</sup> Para melhor compreensão do Tema Negociação Coletiva: Verificar: MESQUITA, Carolina Pereira Lins. Teoria Geral do Direito do Trabalho: Pela progressividade Sóciojurídica do Trabalhador, p.179-231.

### Segundo a autora Carolina Lins:

A Convenção e o Acordo Coletivo consistem em particular fonte autônoma do Direito do Trabalho, posto que criados com a participação direta dos destinatários da norma e por serem positivados pelos particulares (...). [Eles] Refletem, de um lado, o autodisciplinamento das condições de trabalho pelas próprias categorias interessadas (o que democratiza o poder normativo) (....). Também exercem importante função impulsionadora de conquista sócio-trabalhista (...), já que diversos direitos trabalhistas nascem das convenções e dos acordos coletivos e, posteriormente, são estendidos pela lei a um universo de maior de trabalhadores.(MESQUITA, 2012, p.110).

É interessante destacar aqui alguns aspectos ligados às convenções coletivas de trabalho, tais como aqueles ligados a sua validade material e formal.

Segundo Carolina Lins Pereira Mesquita, o Estado, ao reconhecer uma norma coletiva como fonte de direito, estipula limites ao poder normativo dessa norma, que vão desde o seu conteúdo até a sua forma. Assim o sentido de validade da norma está ligadoà observância dos ditos limites (MESQUITA, 2012, p. 203)

Quanto à eficácia da norma é importante ressaltar que esta interage com o terreno de aplicação das normas (MESQUITA, 2012, p. 232)

Nessa decisão, também se firmou a seguinte tese, em repercussão geral:

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado (STF, 2015, p.2).

Esse julgado possui grande relevância, pois os julgamentos adotados nela foram de encontro à súmula do TST, que tratava dessa matéria. Já a segunda decisão, proferida no Recurso Extraordinário de n. 895.759/ PE, tratou da temática que envolve as horas *in itinere* e, também, contrariou súmula, do TST, e o entendimento já consolidado pelos tribunais trabalhistas. Nesse julgamento afirmouse a possibilidade de supressão das horas *in intinere* por meio de norma coletiva, que concedia em seu lugar outras vantagens ao trabalhador.

Nesse mesmo julgado foi possível perceber, também, o embate entre a autonomia individual e a coletiva, no qual prevaleceu a autonomia coletiva em detrimento da individual, assim como ocorreu no primeiro julgado.

É necessário destacar que o objeto principal de nossa análise é o RE. 895759/ PE. Porém, pela ligação que ele possui com o RE. 590415/ SC<sup>145</sup>, será preciso investigar não só os fundamentos dados na primeira decisão, como também na segunda. Nessa parte do estudo será seguida a cronologia temporal em que foram produzidas as decisões, de modo que primeiro investiga-se o caso besc, decidido em 2015, para em seguida investigar-se o caso da supressão das horas *in itineres*, decidido em 2016. A perspectiva que se privilegiará nessa seção é aquela partilhadapor Eros Grau, 2017, Lenio Streck, 2017, Friedrich Müller, 2008, de que o ponto de partida para a fundamentação argumentativa decisória é a norma jurídica e não o senso comum, a ideologia ou quaisquer postulados não demonstrados pela ciência.

Aliada a essa perspectiva estará o neoconstitucionalismo puro<sup>146</sup> ou original, representado por Habermas, em sua construção argumentativa e racional edestacada por Suzanna Pozzolo e os demais teóricos da escola italiana destacados, anteriormente, na seção 2. Após essa abordagem geral, prossegue-se ao estudo dos fundamentos das referidas decisões.

#### 4.1A decisão do Recurso Extraordinário: 590.415/ SC

Inicialmente é necessário destacar-se a ementa do Rec. Extraordinário 590415/ SC:

*Ementa:* DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANODE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS.

- 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo quecontou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagensaos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parceladecorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ounão pelo plano.
- 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art.477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácialiberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termode rescisão exclusivamente.
- 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesmasituação de assimetria de poder presente nas relações individuais detrabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não seencontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.
- 4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitostrabalhistas,

\_

<sup>&</sup>lt;sup>145</sup> Nesta decisão foi firmada repercussão geral e, além disso, foi formada uma ratio decidendi, seguida pela decisão em RE. 895.759/PE.

Neoconstitucionalismo, da escola de Gênova, sem deturpações de sentido.

acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada naConvenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da OrganizaçãoInternacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convençõescoletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida.

- 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas doque aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão doempregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de taisplanos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular oseu uso.
- 7. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado." (STF, 2015, p.1-2)

O acórdão, no item 1, da Ementa, trata de uma hipótese de resilição do contrato de trabalho em âmbito coletivo, qual seja da dispensa incentivada. Neste contexto é relevante destacar que esse tipo de dispensa contraria o princípio da continuidade da relação de emprego, que é um princípio que serve tanto ao plano individual quanto ao coletivo, como se procurou destacar na seção 1. Esse princípio possui como finalidade a proteção da relação de emprego e a dispensa incentivada possui a finalidade de por fim a relação de emprego.

A dispensa incentivada, nos tempos atuais, geralmente, é utilizada com o intuito de reduzir os custos das demissões de empregados pelas empresas. Esta modalidade de resilição contratual <sup>147</sup> representa ao empregador uma medida vantajosa, visto que tende a diminuir os custos demissionais dos seus empregados, pois geralmente as decisões ocorrem de forma individual e, através dessa modalidade, torna-se possível fazê-la de forma coletiva <sup>148</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>147</sup> "Os programas de demissão incentivada podem ser entendidos como uma política adotada por empresas privadas ou públicas no sentido de viabilizar uma diminuição no seu quadro de pessoal. Esse tipo de programa consiste basicamente em incentivo financeiro proporcional ao tempo de servico."

serviço."

148 "O estudo de Leme (2000) aborda a primeira experiência de demissão voluntária no serviço público, feita pelo Banco do Brasil no ano de 1995. Segundo o autor, o Banco pretendia com o PDV reduzir seu quadro de funcionários com cerca de 50 mil possíveis demissões. Dentro dos fatores motivacionais para escolha dos funcionários pela empresa, o que se observa é que os alvos escolhidos não exerciam funções de alto nível, Página 272, ou seja, pessoas de cargo operacionais foram priorizadas pela empresa. Ainda com base no estudo de Leme (2000), para aqueles funcionários que aderiram ao PDV, por um lado pode ter sido um incentivo a mudança de emprego e investimento em uma nova carreira ou uma atividade empreendedora, mas por outro, pode significar a perda do vínculo financeiro, através da perda de salários e benefícios, bem como perda da

É relevante ressaltar que a lógica do PDV é a de assegurar o delisgamento de funcionário, por meio de uma compensação pecuniária mais vantajosa ao trabalhador do que lhe seria dado, por meio da rescisão comum. Nesse sentido destaca Patrícia Regina: "[...] este tipo de programa implica para a organização oferecer 'pacotes' de desligamento, incluindo indenizações ou outras compensações para aqueles que se propõem a serem desligados." (LEME, 2000, p.37).

A dispensa de trabalhador através de PDV contraria o princípio da continuidade da relação de emprego, porque a finalidade do direito laboral ao incentivar a aplicação deste princípio é a de garantir ao empregado estabilidade em seu emprego, logo se a dispensa individual não é algo desejável, quanto mais a coletiva, pouco importa para o direito laboral, se há vantagens pecuniárias ou não, porque a retribuição pecuniária percebida pelo trabalhador deve acabar em algum momento, ainda que mais vantajosa ao empregado, se comparada com sua situação atual, quanto ao valor mensal de salário e, demais direitos laborais.

Ainda, no item 1, da ementa, o acórdão trata da questão que envolve o principio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e a questão relacionada à sobreposição da autonomia coletiva do sindicato em relação à autonomia individual do trabalhador.

Comofoi visto na seção 1, o principio da irrenunciabilidade está ligado à impossibilidade de privar-se, voluntariamente, de um direito. Este princípio funciona tanto em âmbito coletivo quanto em âmbito individual<sup>149</sup>.

Nessa mesma seção 1, foi visto que a negociação coletiva não é uma alternativa possível à barganha de direitos trabalhistas, como vem sendo difundido após a reforma trabalhista.

A privação voluntária dos direitos trabalhistas pode ser percebida na dinâmica do PDV quando se aplica à eficácia liberatória geral e irrestrita em desfavor do empregado. A autorização dada pelo presente julgado contraria a aplicação de princípios trabalhistas, além de destoar do entendimento consolidado pela

149 Ressaltamos, naquele momento, que para Alfredo Ruprecht o referido princípio não funciona em âmbito coletivo.

estabilidade." 2015, p.271. In: LEME, P. R. S. P. Análise do significado do programa de demissões voluntárias do Banco do Brasil. Dissertação de Doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2000. "O Banco do Brasil [...] adotou o programa de demissão voluntária como forma de diminuir os seus gastos [...]"(LEME, 2000, p.36)

jurisprudência dominante, nos tribunais trabalhistas, representada pela Súmula 330, do TST<sup>150</sup>, bem como pelo art. 477, § 2°, da CLT<sup>151</sup>.

Essa súmula e esse entendimento jurisprudencial, quando afirmam a impossibilidade de que seja dada pelo empregado uma liberação geral e irrestrita quanto ao pagamento das parcelas rescisórias buscam afastar a ocorrência do salário complessivo, que é o pagamento global das verbas rescisórias sem que haja a discriminação das verbas específicas que são devidas ao empregado no momento de rescisão de seu contrato de trabalho.

O empregado ao conceder ao seu empregador a liberação geral quanto à percepção de seus direitos, durante a rescisão de seu contrato de trabalho, poderá estar abrindo mão de direitos indisponíveis e irrenunciáveis.

Com relação à possibilidadede oempregado optar ou não pelo plano. Esta é uma possibilidade fictícia, visto que o empregador exerce sobre o seu empregado poderes diretivos, oque significa dizer que se eles não assentirem àsrecomendações de seus empregadores podem vir a sofrer represálias por parte destes. Essa situação revela a incidência do princípio da primazia da realidade.

Ligia sobre essa hipótese destaca:

O estudo de Soares e Sestren (2007), de forma semelhante a Silva (2002), apontou que os programas de demissão estavam utilizando artifícios como pressão e terror para que os funcionários fizessem a adesão a tais programas, o que causava uma série de impactos psicológicos. (SILVIA; VIEIRA; BAIDEK, 2015, p.272)

Logo, a opção que o empregado possui, ou não, de participar ao plano de dispensa incentivada não se revela como uma opção como pretende fazer crer o

<sup>&</sup>lt;sup>150</sup>Súmula n. 330 do TST.

QUITAÇÃO. VALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

<sup>&</sup>quot;A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.

I - A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de guitação e, consequentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo.[...]."(TST, 2003) Disponível em:http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\_com\_indice/Sumulas\_Ind\_301\_350.html#SUM-330. Acesso em 22.10.2018.

<sup>&</sup>lt;sup>151</sup>Art. 477. Na extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá [...] realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo§ 2º - O instrumento de rescisão ou recibo de guitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas. (CLT, 1943).

julgado, mas se trata de uma obrigação imposta pelo empregador ao seu empregado.

O entendimento adotado com relação ao plano de dispensa incentivada pelo julgado contraria a aplicação do principio da proteção, que visa a resguardar o empregado em relação ao seu empregador, em razão de sua hipossuficiência econômica, jurídica e política, conformedestacou-se na seção 1.

O outro ponto que pode ser destacado, ainda, no item 1, é aquele em relação a ampla participação dos empregados no acordo coletivo 152. Esta afirmação feita pelo julgado busca dar um tom de que a negociação coletiva, em questão, se deu de modo democrático, porque teve uma ampla participação dos empregados, quando na realidade só quem detém autonomia negocial é o sindicato da categoria profissional.

O sindicato ao representar uma dada categoria, negocia por ela, sem que exista a necessidade de consultá-la, em virtude de gozar dos poderes de representação. E, ainda, que essa consulta ocorra e que todos os trabalhadores concordem com uma supressão total ou parcial de direitos, ainda assim não seria esta medida ou este pleito democrático não seria aceitável pelo direito do trabalho, visto que a cidadania democrática não prevalece sobre o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, bem como sobre o princípio da imperatividade das normas trabalhistas e, também, sobre o princípio da proteção do trabalhador.

O item 2, assim como o item 1, autoriza a eficácia geral liberatória que é prejudicial ao empregado e, que além disso desrespeita o princípio da imperatividade das normas trabalhistas, que está relacionada à tutela que o ordenamento jurídico oferece ao empregado.

Esta tutela laboral preconiza uma ordem social mínima impedindo desse modo que ocorra a superexploração do trabalhador pelo capital.

A ordem social mínima encampada pelo Direito do Trabalho tem uma razão de ser, como procurou-se demonstrar na seção 1, impedir que as leis de mercado regule o trabalhador, visto que são leis que regulam mercadorias. E, por

<sup>&</sup>lt;sup>152</sup>Art. 611 [...] "§ 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho (CLT, 1943)."

conseguinte, impedem que ocorra a superexploração das forças de capital sobre a parte mais frágil da relação laboral, o trabalhador.

O item 3, destaca a ausência de assimetria negocial do sindicato da categoria profissional em relação ao sindicato da categoria econômica. E, que por não ser, o empregado o agente que realiza a negociação coletiva, não haveria que se falar na dita assimetria negocial. Esse item 3, enuncia um desrespeito ou uma vulneração ao princípio da proteção, que deve ser aplicado tanto no âmbito individual, quanto no coletivo, conforme nos mostra Plá Rodriguez, como vimos na seção 1.

O princípio em questão deve ser aplicado em âmbito coletivo, no plano de aplicação da norma, o que não ocorreu no julgamento do recurso em debate, pois o julgador confundiu a incidência da autonomia plena negocial que se dá em sede de elaboração da norma, momento em que as partes são simétricas, porque possuem naturezas jurídicas coletivas, com o momento de sua aplicação. Dessa forma, em razão da não aplicação do princípio da proteção ao âmbito coletivo, no plano de aplicação da norma coletiva o julgador causou uma vulnerabilidade ao princípio em destaque.

Além disso, procurou-se destacar, nesta mesma seção 1, que a autonomia sindical não é plena em razão da também incidência do princípio da irrenunciabilidade, que é uno e que, por isso, serve tanto ao âmbito coletivo, quanto ao negocial. A teleologia laboral é a mesma tanto em um âmbito quanto em outro. O que não é admissível no plano individual, não é também no plano coletivo.

É necessário ressaltar outra questão com relação à particularidade do direito laboral frente ao direito civil. Conforme o que foi visto na seção 1, que o direito do trabalho surgiu em razão da incapacidade de regulação do direito civil em relação às questões laborais, mais notadamente pela dificuldade de o direito civil em explicar os efeitos das negociações coletivas, como nos apontou Hector Hugo Barbagelata e Maria do Rosário Ramalho. Contudo, essa não parece ser a interpretação do relator desse recurso, que parece privilegiar a acepção ou teleologia civilista em vez de privilegiar a teleologia laboral.

Há um nítido desconhecimento expresso neste julgado em relação a esta particularidade, essencial ao direito laboral, que reflete não só no empregado, como também no direito laboral, quanto ao fortalecimento de sua autonomia. A discussão sobre a autonomia do direito laboral decorre de um movimento iniciado no século

XIX e, começo do XX, que possui bases firmadas. Mas, que na atualidade ainda encontra percalços a serem ultrapassados; tais como a reforma laboral. Logo a autonomia do direito do trabalho está em constante processo de reafirmação e fortalecimento<sup>153</sup>.

O item 4, trata do reconhecimento constitucional e internacional das negociações coletivas, além de buscar enfatizar a autonomia coletiva e a autocomposição de conflitos trabalhistas. Todavia, ressalta-se essa valorização por uma perspectiva que tende a menosprezá-la, pela perspectiva de barganha negocial.

O julgado fundamenta a sua decisão em favor da autonomia negocial coletiva, quando destaca que o empregado ao participar dessas negociações aumenta sua capacidade de decidir os rumos de sua própria vida. Porém, comovimos na seção 1, o trabalhador é um indivíduo, caracterizado por sua incapacidade negocial. E, mesmo que seja tutelado pelo seu sindicato deve ser sempre protegido dos interesses do capital. Não se trata aqui da exacerbação do protecionismo desmedido, já que se trata da correta aplicação do princípio protetivo, no âmbito de aplicação da norma coletiva.

Nesses argumentos é possível pressentir a retórica da liberdade do trabalhador retornar na atualidade através da perspectiva de uma pretensa autonomia deste mesmo trabalhador. O retorno dessa retórica demonstra que a autonomia dogmática do direito trabalho nos dias de hoje, ainda, possui uma base instável, pelo menos no que tange ao pensamento expresso nas decisões de alguns dos ministros do STF (mais adiante, destacaremos nessa decisão quem são eles).

Vemos a retórica de autonomia do contrato também ressuscitar, nesse item. Basicamente, os princípios vulnerados por este tipo de entendimento são: o princípio da proteção, o princípio da irrenuncialidade dos direitos trabalhistas e o da imperatividade das normas trabalhistas 154. Há ainda uma aplicação equivocada do princípio da autonomia negocial coletiva, visto que ele é aplicado a partir de uma lógica desprotetiva. Esse tipo de aplicação esvazia ou retira o sentido da própria convenção coletiva, que é o de ampliar direitos e não de reduzi-los.

154Remeto o leitor à seção 1 dessa pesquisa, que trata sobre os princípios do direito do trabalho, vulenerados nos RE.s., objetos de nossa análise, nessa seção.

<sup>&</sup>lt;sup>153</sup>Ver informações sobre extinção do Ministério do Trabalho e emprego, em: <a href="http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-12/onyx-confirma-extincao-do-ministerio-do-trabalho">http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-12/onyx-confirma-extincao-do-ministerio-do-trabalho</a>. Acesso em 04.12.2018.

O princípio da proteção, como destacou-se em momento anterior é uno, o que leva a dizer que deve ser aplicado no âmbito individual e no coletivo. Quanto ao princípio da autonomia negocial coletiva ele é um princípio de âmbito coletivo que deve ser aplicado na elaboração da norma coletiva e não no momento de aplicação da norma e para atingir a finalidade de desproteger o trabalhador, como faz o julgado.

É importante, ainda, relembrar que o entendimento indevido quanto à aplicação dos princípios de direito do trabalho prejudica a autonomia dogmática do direito do trabalho, porque torna esse reconhecimento um reconhecimento ineficaz. A autonomia dogmática do direito do trabalho, nada mais é do que reconhecimento da existência de princípios próprios a esse direito e, que excluem outros princípios.

No item, 5, é possível perceber, o que parece ser o maior dos males causados ao direito laboral, a utilização de argumentos de senso comum que não afeta sua autonomia dogmática. Este argumento desconstrói o sentido de neoconstitucionalismo original, que busca enfatizar a utilização de argumentos racionais e democráticos nas decisões jurídicas. O argumento de senso comum é prejudicial ao direito, porque traz fundamentos às decisões que não podem ser aferidos, verificados e testados, o que causa a desconstrução da ciência do direito, que prescinde da objetividade e da comprovação.

O principal efeito deste tipo de argumento apto é conferir valor a algo que não tem, com bem descreve Eros Grau, na seção 3.

O julgador ao utilizar um argumento deve comprovar a sua validade, pois a afirmação feita por ele, em um julgado, torna-se um fato jurídico. Um exemplo dessa utilização desse argumento de senso comum pode ser percebido em: " os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas [...]". Contudo ele não destaca uma investigação que tenha sido realizada para comprovar essa afirmação<sup>155</sup>.

Ao investigarmos esse argumento, a partir da pesquisa de mestrado de Patrícia, é possível perceber que: o Banco do Brasil possui essa prática de dispensar, de forma coletiva, seus funcionários desde 1995 eque faz isso para reduzir custos. O processo se inicia da seguinte forma: é feito um mapeamento dos funcionários mais antigos e, em seguida,são propostas vultuosas quantias

<sup>&</sup>lt;sup>155</sup>Quando ele repete esse argumento no acórdão ele apenas cita um livro sobre esse assunto.

indenizatórias, bem como treinamento para a vida privada a serem conferidos aos funcionários que aderirem ao PDV. O que causa o interesse dos funcionários pela adesão ao programa de dispensa, pois eles percebem que serão demitidos, mas em troca serão indenizados (LEME, 2012, p.36-38).

Percebe-se que o PDV é uma estratégia de flexibilização laboral, ao se analisar suas principais causas: necessidade de produzir mais lucro, para eliminar o excedente de pessoal em áreas específicas da organização, em virtude da automação ou modernização de processos, pela simplificação ou desburocratização, que levam a excessivos ganhos pelo Banco, pela necessidade de diminuição de encargos com folha de trabalho (LEME, 2012, apud MOURA, 1998).

Segundo Patrícia, a definição de padrões para as demissões contempla o tempo de serviço e a progressão de carreira, "tendo como parâmetros o mínimo de doze anos e o máximo de 27 anos de serviço" (LEME, 2012, p.43, apud, TCU, 1995).Patrícia reuniu em sua pesquisa entrevistas de funcionários que foram demitidos, através dos quais é possível perceber um sentimento de desilusão desses indivíduos, porque foram desfeitos sonhos e perspectivas de estabilidade, de segurança financeira. Um dos funcionários descreve esse ato de dispensa em massa do PDV, da seguinte forma: "Eu preferi ficar até o final, até me varrerem" (LEME, 2012, p.71).

Um dos funcionários após aderir o PDV, destaca que:

Tenho mais liberdade, horários mais flexíveis. Mas penso muito também porque no Banco a gente tinha assistência médica [...]. Não me passava insegurança. Hoje me passaria. Hoje eu não largaria. (LEME, 2012, p.72)

Neste desabafo do empregado é possível perceber o porquê de o direito do trabalho ter um viés protecionista e limitador da autonomia de vontade do trabalhador. É possível perceber também qual a razão de ser do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, da imperatividade das normas laborais, bem como do princípio da continuidade da relação de emprego. Em suma, qual a razão de ser importante para o direito laboral o reconhecimento e fortalecimento de sua autonomia dogmática.

Em síntese, é possível afirmar que o comportamento destacado pelo Banco do Brasil, que é uma sociedade de economia mista, revela uma apropriação pelo Estado da força de trabalho do trabalhador e o seu mercadejamento ou a sua

negociação em busca de lucros, que remonta ao período pré-industrial francês, já destacado na seção 1. E, além disso, evidencia que o trabalho volta a ser tratado como mercadoria, nos anos de 1995 e, ainda, continua a ser tratado dessa forma, nos anos de 2015, conforme se depreende da conclusão de Patrícia quanto ao PDV:

[...] indivíduos que compõem a força de trabalho do Estado não podem ser considerados como mercadorias 'elegíveis' a programas que buscam enxugar empresas do Governo no intuito de, com essa atitude, solucionar a crise instaurada. O Estado, com movimentos como esse, não buscou solucionar seus problemas estruturais e sim adotou medidas conjunturais paliativas para cortes em seus gastos e percebe-se que a consideração pelos indivíduos enquanto seres humanos não existiu. (LEME, 2012, p.108)

É interessante observar que embora os anos tenham se passado e que a conduta do Estado em relação ao direito do trabalho tenha evoluído, ainda retornam alguns argumentos liberais, que eram utilizados no século XVIII e, XIX, quanto à liberdade do trabalho, no que tange a fundamentação de determinadas decisões jurídicas.

As leis de mercado voltam a reger as relações laborais, tratando os indivíduos trabalhadores como mercadorias e exaurindo-os, não mais fisicamente, mas social e moralmente. E, que o Estado e que parte de determinadas instituições jurídicas, como o Supremo Tribunal Federal, através de julgados do tipo do Recurso em questão compactuam com a perspectiva da valorização do negociado em detrimento do legislado e que as convenções e acordos coletivos passam a ser instrumento de barganha de direitos trabalhistas, em que passa a se admitir demissões em massa, desde que essas demissões venham acompanhadas de vantagens pecuniárias. Ou seja, retornaà perspectiva de resolver os problemas decorrentes de crise, a partir da redução de direitos.

Esses argumentos trazidos pela ótica da comprovação científica desconstrói a argumentação do julgador de queo PDV reduz as repercussões sociais da dispensa dos trabalhadores.

Cientes, disso, prossigamos com outras considerações sobre essa temática, agora utilizando a argumentação de senso comum: Sabe-se que qualquer dispensa individual traz repercussão social negativa eque as dispensas coletivas aumentam muito esse tipo de repercussão, tanto é assim que elas devem ser precedidas de

uma negociação prévia com o MPT e as entidades representativas das categorias profissionais.

Outro ponto que deve também ser ressaltado é o de que: para o trabalhador é preferível que ele seja demitido ao invés de demitir-se, pois ele perde direitos no segundo caso quando comparados com o primeiro. Isso desqualifica outra afirmação feita pelo relator desse processo que: "Os planos de dispensa incentivada [...] assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador [...]". Nessa afirmação é possível perceber uma confusão do julgador entre as parcelas de natureza salarial e as de natureza indenizatória.

Ainda, neste item 5, o relator enuncia que: "É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso." Aqui o julgador afirma que o plano de dispensa incentiva preserva a sua função sobre o trabalhador. Quando na realidade, contraria os princípios da proteção, da continuidade da relação de emprego, da irrenuciabilidade dos direitos trabalhistas e o da imperatividade das normas trabalhistas.

Em seguida, a esse item, vem o item 7, em que é firmada uma tese em Repercussão geral<sup>156</sup>: "A transação extrajudicial que importa rescisão docontrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado aplano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado". Falaremos mais àfrente sobre os efeitos processuais e materiais da fixação dessa tese em relação ao direito do trabalho.

Neste momento é plausível afirmar que essa tese contraria ou vulnera o princípio da primazia da realidade, pois valoriza a forma documental ao invés dos fatos. E, além disso, não assegura apenas a transação de direitos disponíveis, o que em última análise vulnera também o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Esta tese vai de encontro ao princípio da continuidade da relação de emprego, acarretando a tal princípio uma vulneração.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>156</sup> Remeto o leitor à seção 3, parte final, em que explicamos o significado desse instituto.

Após analisarmos a ementa, do julgado, passa-se a análise do relatório do julgado, no qual é possível perceber em qual contexto foi tomada essa decisão do Caso Besc.

O acórdão trata sobre a insurgência do Banco do Brasil, sucessor do Banco do Estado de Santa Catarina S/A (BESC) contra o acórdão do Tribunal Superior Trabalho (TST) que desconsiderou a quitação ampla, de toda e qualquer parcela oriunda do contrato de trabalho, outorgada pela recorrida em favor do recorrente, no qual destaca que tal quitação se limita às parcelas e valores especificados no recibo.

A alegação principal do recorrente foi de que a rescisão do contrato de trabalho decorreu em razão da adesão da recorrida ao Plano de Demissão Incentivada de 2001 (PDI/2001) e que as cláusulas do mencionado termo foram aprovadas mediante acordo coletivo, de forma que a decisão do TST foi proferida em afronta ao art. 5°, inciso XXXVI, da CF/88, que trata do ato jurídico perfeito, bem como em afronta ao art. 7°, inciso XXVI, da CF/88, que dispõe sobre reconhecimento dos acordos coletivos.

Na origem da discussão processual foi reconhecido pela reclamante a sua adesão ao dito termo, no qual foram transacionados valores eventualmente pendentes oriundos de seu contrato de trabalho em troca da percepção pela mesma de indenização imediata. Ela outorgou quitação ampla e irrestrita de toda e qualquer importância que poderia vir a fazer jus. Argumenta a mesma que em conformidade com o preceituado pelo art. 477, § 2°157, da CLT, na súmula 330, do TST158 e na OJ 270, da Seção de Dissídios Individuais (SDI) 159, do TST.

<sup>&</sup>lt;sup>157</sup>"Art. 477. [...] § 2°, da CLT: § 2º - O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas [...]". Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/Del5452.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/Del5452.htm</a>. Acesso em: 12.11.2018.

Acesso em: 12.11.2018.

158" Súmulan. 330 do TST. QUITAÇÃO. VALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e
21.11.2003A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.I - A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, consequentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo. [...]". Disponível em:<a href="http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas com indice/Sumulas Ind 301 350.html#S">http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas com indice/Sumulas Ind 301 350.html#S">LUM-330</a>. Acesso em 12.11.2018.

T59 "OJ- 270. PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PARCELAS ORIUNDAS DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS (inserida em 27.09.2002) A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo." Disponível

Na contestação arguiu o Banco BESC, que em dezembro de 2001 ele editou regulamento para a criação do PDI/2001, no qual constava previsão expressa de que a adesão ao plano estaria condicionada à renúncia pelo empregado à estabilidade no emprego (prevista no regulamento de pessoal do Banco) e à outorga de quitação ampla e irrestrita de toda e qualquer verba oriunda do contrato de trabalho, bem como a das eventualmente pendentes. Esclarece o Banco, que a não adesão do empregado ao PDI, assegurava a manutenção da garantia de estabilidade no emprego, o que segundo o banco demonstraria que a adesão ao PDI, representa um ato de vontade do empregado.

No tocante ao acordo coletivo realizado entre banco e o sindicato dos empregados, afirma o recorrente que continha previsão semelhante ao que continha no PDI, quanto à plena e irrestrita quitação dos valores oriundos do contrato de trabalho. O banco destaca também que foi aprovado o dito acordo pelas assembleias gerais de todos os sindicatos de bancários de Santa Catarina e pelos sindicatos de categorias diferenciadas, tais como dos sindicatos dos economistas, dos engenheiros, dos advogados e dos contabilistas. A previsão em relação à quitação ampla e irrestrita constou também na minuta de formulário que foi disponibilizada aos empregados, que manifestaram a sua adesão ao PDI.

O banco ressalta que os empregados participaram ativamente das negociações, exercendo pressão sobre os seus sindicatos para aprovarem o plano. Pressão esta que decorreu de diversas manifestações realizadas pelos empregados as portas do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. O que segundo o recorrente demonstraria a plena consciência dos empregados em relação aos termos do acordo coletivo ou sobre suas consequências.

Alega ainda o banco que o termo de rescisão do contrato de trabalho celebrado pela reclamante possuía também cláusula de quitação plena o qual foi assinado pela recorrida, sem qualquer ressalva. E, que neste ato ela teria recebido a quantia de R\$ 133.636,24, que equivale a 78 vezes o valor de sua maior remuneração mensal equivalente a R\$ 1.707, 42.

Destaca o Banco que o termo em questão foi homologado pela Delegacia Regional de SC, com os seguintes dizeres: "O presente recibo de quitação foi assistido de conformidade com o § 1° do art. 477, da CLT".

O julgador do Recurso Extraordinário afirma que a decisão de primeiro grau julgou improcedente o pedido da reclamante, reconhecendo a validade da quitação plena passado pela autora, com base nos seguintes fundamentos: primeiro porque os instrumentos assinados por ela desde o momento da sua manifestação de interesse em aderir ao PDI até a celebração da rescisão contratual previam expressamente que a rescisão ensejaria a quitação plena de toda e qualquer verba trabalhista, em segundo lugar porque o PDI baseou-se em acordo coletivo concebido após ampla discussão entre o sindicato e os trabalhadores, e, que esses últimos fizeram pressão para que o sindicato profissional aderisse ao dito acordo.

Em segundo grau o Tribunal Regional do Trabalho (TRT), da 12ª Região negou provimento ao recurso da reclamante, por razões semelhantes àquelas invocadas na sentença. Todavia, o Tribunal (TST) deu provimento ao recurso de revista da reclamante, com base na argumentação: de que a quitação somente libera o empregador das parcelas estritamente lançadas no termo da rescisão, a teor do art. 477, § 2° da CLT; de que todos os termos de rescisão do contrato de trabalho com o BESC mencionavam as mesmas parcelas como quitadas, nos mesmos percentuais indenizatórios, o que demonstraria que não foram especificadas as verbas devidas a cada trabalhador, o que qualificaria o documento como uma mera formalização; de que transação pressupõe concessões recíprocas a respeito da res dúbia, o que inexistia no caso, que a transação interpreta-se restritivamente; que os direitos trabalhistas são indisponíveis e, portanto irrenunciáveis; de que deve se tratar a transação extrajudicial no plano do direito do trabalho com naturais reservas.

Destaca o julgador que após a oposição dos embargos declaratórios para fins de prequestionamento o banco propôs Recurso Extraordinário, no qual alegou violação ao ato jurídico perfeito (art. 5°, inciso XXXVI, CF/88) e ao reconhecimento pela Constituição às convenções e acordos coletivos (art. 7°, XXVI, CF). O recurso extraordinário foi admitido e teve sua repercussão geral reconhecida.

A Procuradoria Geral da República proferiu parecer pelo não provimento do recurso extraordinário, com base nos mesmos fundamentos do acórdão recorrido.

O relator do Recurso formula a seguinte questão: a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão da adesão voluntária do empregado a plano de demissão incentivada, pode ensejar quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição

tenha constado do acordo coletivo que aprovou o plano? Ou, segundo outros termos: o acórdão do TST que recusa validade à transação com tal amplitude enseja violação ao ato jurídico perfeito ou ao direito dos trabalhadores ao reconhecimento dos acordos coletivos.

Na parte do relatório do recurso são apresentadas as seguintes fundamentações no que tange a jurisprudência. Alega o relator que a matéria de que trata o objeto do recurso tem provocado considerável controvérsia na Justiça do Trabalho. E que, no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, é possível encontrar decisões, em sentidos antagônicos, sobre a validade da quitação ampla do contrato de trabalho, em consequência da adesão a plano de demissão voluntária, o que ocorre no recurso em comento. Segundo ele se trata de definição do alcance da autonomia da vontade.

No tópico denominado de limitação da autonomia da vontade do empregado em razão da assimetria de poder entre os sujeitos da relação individual, o julgador ressalta que nesta relação a desigualdade econômica e de poder existente entre o empregado e o empregador faz com que exista uma tutela voltada ao trabalhador e que as regras de origem heterônoma, produzidas pelo Estado desempenham um papel fundamental de defesa da parte hipossuficiente. E, que também por isso se dá a aplicação do direito a partir do princípio da proteção.

Sobre essa afirmação, é importante relembrarmos que o princípio da proteção, não está condicionado apenas ao campo individual do trabalho, mas também ao campo coletivo e, que deve ocorrer a incidência deste princípio no momento de aplicação da norma coletiva, conforme a acepção de Plá Rodriguez, já demonstrada na seção 2.

Ressalta, ainda, o julgador que essa lógica protetiva está presente na CF/88, no art. 477, §2°, da CLT e na Súmula 330, do TST, no que tange ao fato de que a quitação ter eficácia liberatória, exclusivamente, quanto às parcelas consignadas no recibo, ainda que tenham sido concedidas em termos mais amplos.

Enuncia o julgador que "a quitação no âmbito das relações individuais produz efeitos limitados. Entretanto, tal assimetria entre empregador e empregados não se coloca – ao menos não com a mesma força – nas relações coletivas" (STF, 2015, p.7).

Como já foi dito anteriormente e, demonstrado na seção 1, o princípio da proteção deve ser utilizado no momento de aplicação da norma, pois do contrário a autonomia dogmática do direito laboral restará vulnerada, visto que se existe um princípio de direito do trabalho que contempla uma dada situação laboral, este princípio exclui todos os outros, a partir do critério da proteção. Se na situação ocorre a incidência do princípio da autonomia coletiva sindical e o princípio da proteção deve prevalecer a interpretação mais favorável a categoria dos trabalhadores.

No tópico III, denominado de modelos justrabalhistas: o padrão corporativo autoritário que predominou anteriormente à Constituição de 1988 o julgador enumera algumas obras de direito do trabalho que balizam o mencionado tópico.

Deve ser ressaltado que estas obras são basicamente fontes secundárias de pesquisas acadêmicas, tais como: DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10ª edição. São LTR; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical. 7ª ed. São Paulo LTR, 2012; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Ordenamento jurídico trabalhista. São Paulo LTR, 2013; MARTINS. Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 27ª ed. São Paulo Atlas, 2011. Além disso, é importante mencionar também que são obras antigas, para a data em que o julgado foi produzido, em 2015.

As obras que representam fontes primárias são sempre mais aconselháveis no universo da pesquisa, visto que não representam a interpretação de um autor sobre a interpretação de outro autor. Ainda que o julgado não se revele como uma pesquisa científica é mais desejável que se utilize na sua fundamentação esse tipo de fonte, que se aproximam mais da realidade da matéria que ali está sendo debatida, visto que descrevem os fatos como eles ocorreram, sem qualquer intervenção subjetiva de seu descritor.

Com relação à atualização da obra, é recomendável porque a dinâmica da relação laboral se atualiza a cada dia e, obras antigas tendem a não expressar essa atualização constante do direito laboral.

Retornando aos fundamentos do tópico III, item 3, o julgador afirma que: "Há um modelo de normatização heterônoma, que segue um **padrão corporativo autoritário**, querejeita a autocomposição e a produção de normas privadas [...]"

(STF, 2015, p.8). Aqui ele faz referência ao período brasileiro, de 1930 a 1945, de Getúlio Vargas.

No tópico IV, denominado: Constituição de 1988: Transição para o modelo democrático, no item 15, o julgador afirma que: "A Constituição reconheceu [...] tornou explícita a possibilidade de utilização desses instrumentos, inclusive para a redução de direitos trabalhistas [...]" (STF, 2015, p. 10). Nesse ponto ele está se referindo aos acordos e convenções coletivas de trabalho.

Sobre essa consideração é importante destacar que o julgador faz menção ao artigo 7°, da CF/88, que afirma o princípio da norma mais favorável ao empregado, em: "além de outros que visem à melhoria de sua condição social" (CF, 1988), mais no que tange ao inciso VI, quando autoriza a redutibilidade salarial, através dos acordos e convenções coletivas de trabalho. E, como se pode perceber não há possibilidade de melhorar a condição social do trabalho a partir da redução salarial, que implica diretamente na redução da verba alimentar do trabalhador. Contudo, o que parece pretender enunciar a CF/88 nesse inciso é uma proteção ao emprego. Logo esse inciso deve ser interpretado de forma restritiva, porque tende a causar mais prejuízo do que benefício ao trabalhador, o que contraria a própria aplicação ou teleologia do princípio da proteção.

O julgado menciona ainda nessa lógica outros incisos relativos, a negociação da ampliação da jornada de 8 horas diárias ou de 6 horas diárias, em turnos ininterruptos de revezamento, contido no art. 7°, tais como, o XIII e o XIV.

Em seguida o julgador destaca a liberdade sindical, contida no artigo 8°, da CF/88, a adesão do Brasil às Convenções de n°98/1949 e 154/1981. E, as cita em seus art. 4°, 2° e 5°, respectivamente, no sentido de que as instituições devem promover o seu uso.

Ressalta o julgado no item 18, que a rigorosa limitação da autonomia da vontade é a tônica do direito individual do trabalho e da legislação infraconstitucional produzida no período anterior à Constituição de 1988.

É interessante observar que a retórica do julgado, nesta parte, está fundamentada no reconhecimento das Convenções e dos Acordos Coletivos de Trabalho, bem como da liberdade de autonomia sindical. Contudo, apesar do discurso de exaltação e fortalecimento das CCTs/ ACTs, existe uma interpretação desse tipo de acordo, a partir do viés civilista, evidenciado no *Pacta Sunt* 

Servandade que os contratos devem ser cumpridos, sejam eles individuais ou coletivos. O quê gera uma violação á autonomia dogmática laboral, visto que a relação laboral deve sofrer a incidência de princípios laborais, que por serem laborais excluem os de natureza civil. A aplicação do princípio civil não ocorre de modo expresso, mas sim nas entrelinhas do julgado. É possível percebê-la na forma como a temática é debatida.

É relevante destacar que a liberdade é enunciada, principalmente a sindical, mas o que ocorre no decorrer do julgamento do recurso em destaque é o tolimento da liberdade do empregado, de rediscutir matérias ou cláusulas, que já foram decididas pelo sindicato da categoria. Nesse ponto, o princípio da irrenunciabilidade e o da indisponibilidade de direitos são desconsiderados em relação ao princípio da autonomia sindical, parece que a ponderação de interesses teria ocorrido nesse caso, mas sem que isso ocorresse de forma expressa.

Ainda, que o princípio da autonomia sindical prevalecesse na situação. A dita autonomia não poderia ser utilizada para diminuir os direitos de uma categoria, em troca de uma indenização pecuniária relevante. Isso porque a CCT/ACT, não são instrumentos de restrição de direitos, mas sim de ampliação destes.

Na hipótese se o sindicato concordou com a cláusula da eficácia liberatória geral e irrestrita ele abriu a possibilidade de que a validade dessa cláusula fosse posta em cheque. Não é porque houve participação sindical que o instrumento tornase um documento intocável e não rediscutível.

O julgador parece tratar as normas coletivas, como normas alcançadas pelo manto da coisa julgada, quando é possível rediscutir o momento de elaboração das normas, no Tribunal Regional do Trabalho, no julgamento dos dissídios coletivos, assim como também é possível rediscutir o momento de aplicação das normas, no Tribunal Regional do Trabalho, no Tribunal Superior do Trabalho e no Supremo Tribunal Federal.Os demais argumentos utilizados pelo julgador não serão analisados, porque se repetem na dinâmica de construção da decisão.

Por todo o exposto é possível afirmar que a decisão proferida no RE.590/415/ SC, apresenta aspectos intrínsecos de que seria uma decisão neoconstitucional equivocada. Isso pode ser percebido pela utilização de argumentos morais subjetivos e pela utilização de argumentos de senso comum. Todavia, por não mostrar-se possível, no presente caso, demonstrar aspectos expressos quanto á

caracterização de uma decisão neoconstitucional equivocada, qual seja: caracterizada como uma decisão que utiliza argumentos de senso comum, valores morais subjetivos e princípios. Porém é possível comprovar a vulneração da autonomia dogmática laboral pela aplicação equivocada do princípio da autonomia sindical, pela não aplicação do princípio da proteção do trabalhador no momento de aplicação da norma coletiva, pela não aplicação do princípio da irrenunciabilidade, bem como da indisponibilidade dos direitos laborais, pela não aplicação do princípio da continuidade da relação de emprego e pela não aplicação do princípio da primazia da realidade.

É imperioso afirmar que os princípios da primazia da realidade e da intangibilidade salarial, não deveriam ter sido aplicados no presente caso, como foi pressuposto no presente estudo, conforme já ressaltado. Assim é plausível afirmar, na presente investigação que a hipótese geral (de que a decisão proferida em RE 890.759/ PE, por ser uma decisão neoconstitucional equivocada, que se caracteriza pela utilização de argumentos de senso comum, utilização de valores morais subjetivos e de princípios, vulnerou a autonomia científica dogmática do direito laboral, pelo desrespeito aos princípios laborais. E, que todas as demais decisões que desrespeitam qualquer princípio laboral, vulneram, por consequência, a autonomia dessa ciência) não se confirmou.

Percebeu-se que a vulneração da autonomia dogmática ocorreu não em razão, da decisão 590.415/SC, ser uma decisão neoconstitucional equivocada, ainda que ela apresente algum indício de que pode ser caracterizada dessa forma, mas sim em razão da aplicação equivocada ou da não aplicação de determinados princípios elementares de direito do trabalho.

A hipótese geral não pode ser respondida pela análise da decisão em RE 590.415/SC, porque a própria hipótese não se referia a essa decisão, mas sim a outra decisão, RE 895.759/PE. Todavia, a decisão serviu de parâmetro útil, quanto à decisão objeto da hipótese.

A situação-problema (que busca investigar se houve vulneração dos princípios laborais e, consequentemente de sua autonomia dogmática, que foram desrespeitados na decisão proferida em RE 890.759/ PE, bem como se essa vulneração, caso tenha ocorrido, se deu em razão da ideologia neoconstitucional que teria sido adotada por este tribunal) não foi solucionada, mas foi capaz de

fornecer indícios significativos para que a decisão objeto do estudo pudesse ser respondida ou refutada.

No que tange ao objetivo geral da pesquisa (demonstrar que o desrespeito aos princípios laborais, na decisão proferida em RE 895.759/ PE, vulnera a autonomia científica, do direito do trabalho e, que toda e qualquer decisão que proceda desse modo, vulnera também a autonomia desse Direito), ele foi atendido parcialmente, pois demonstrou que em outra decisão, a dada em RE.590.415/ SC, ocorreu a vulneração da autonomia dogmática, pela vulneração dos princípios laborais e, ainda demonstrou que essa vulneração não decorreu em razão da aplicação do neoconstitucionalismo equivocado, embora exista indícios da existência dele na decisão.

Dessa forma, prossegue-se ao estudo da decisão objeto do presente estudo, a seguir:

#### 4.2- A decisão do Recurso Extraordinário: 895.759/ PE

O Recurso extraordinário de n. 895.759/ PE, foi interposto contra a decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que condenou a reclamada ao pagamento de 4 horas *in itinere*, bem como dos seus reflexos, a seguir destaca-se a ementa daquela decisão:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. HORAS IN ITINERE. SUPRESSÃO.NORMA COLETIVA. INVALIDADE.1. O princípio do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, consagrado no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, apenas guarda pertinência com aquelas hipóteses em que o conteúdo das normas pactuadas não se revela contrário a preceitos legais de caráter cogente. 2. O pagamento das horas *in itinere* está assegurado pelo artigo 58, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, norma que se reveste do caráter de ordem pública. Sua supressão, mediante norma coletiva, ainda que mediante a concessão de outras vantagens aos empregados, afronta diretamente a referida disposição de lei, além de atentar contra os preceitosconstitucionais assecuratórios de condições mínimas de proteção ao trabalho. Resulta evidente, daí, que tal avença não encontra respaldo no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República. Precedentes da SBDI-I. 3. Recurso de embargos conhecido e não provido.

Nesse recurso o STF, destacou-se que o plenário do Supremo Tribunal Federal apreciou discussão semelhante a presente, sob o rito do art.543-B, do CPC/1973, no julgamento do RE 590.415/ SC, de relatoria do Ministro Roberto

Barroso, publicado no Diário de Justiça Eletrônico, de 29/05/2018, sob a tese de repercussão geral de n.152, interposto contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho que negara a validade de quitação ampla do contrato de trabalho, constante de plano de dispensa incentivada, por considerá-la contrária ao art.477, § 2°da CLT.

O Recurso Extraordinário, de n. 895.759/PE, ressalta a tese firmada, no recurso de n. 590.415/SC, que diz:

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado.

O ministro Teori Zavascki afirma no julgamento do recurso em destaque que o acórdão, supramencionado, de relatoria do ministro Barroso, quando reconheceu a legitimidade das convenções e dos acordos coletivos "como instrumentos legítimos de autocomposição de conflitos trabalhistas; tornou explícita a possibilidade de utilização desses instrumentos inclusive para redução de direitos trabalhistas [...] não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia de vontade, exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho."

É interessante destacar que a discussão enunciada pelo ministro Teori, quando menciona o voto de relatoria de Barroso, não se trata da temática específica da autonomia individual de trabalho ser limitada, mas sim de que tanto a autonomia individual quanto a coletiva estão intimamente interligadas. Dessa forma, é relevante destacar que a proteção de um direito trabalhista reflete não apenas sob uma categoria específica de trabalhador, mas para todas as categorias de empregados.

O RE. 895.759/PE trata da seguinte situação: a recorrente firmou acordo coletivo de trabalho com o sindicato da categoria a qual pertence a parte recorrida no sentido de que fosse suprimido o pagamento das horas *in itineres* e, em contrapartida, fossem concedidas outras vantagens aos empregados, tais como: o fornecimento de cesta básica durante a entressafra; seguro de vida e acidentes além do obrigatório e sem custo para o empregado; pagamento de abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários mínimos; pagamento do

salário família além do limite legal; fornecimento de repositor energético; adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na Convenção Coletiva.

O Tribunal Superior do Trabalho posicionou-se pela invalidade do acordo coletivo, uma vez que o direito às horas *in itinere* seria indisponível em razão do disposto no art. 58.§ 2°, da CLT. 160

O relator do recurso em destaque entendeu que o acórdão recorrido não se encontrava em conformidade com a *ratio* adotada no julgamento do RE.590.415/SC, no qual o Supremo Tribunal Federal conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho. Ainda que o acordo coletivo tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeulhes outras vantagens com vistas a compensar essa supressão.

Ressalta-se, neste sentido, que a validade da votação ocorrida em Assembleia Geral, que deliberou sobre a celebração do acordo coletivo, não foi rechaçada na dita demanda razão pela qual, segundo o relator, se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical.É relevante destacar que o posicionamento adotado pelo STF, neste julgamento contraria o princípio da proteção do trabalhador, com relação à ideia da inderrogabilidade *in pejus* da convenção coletiva de trabalho, conforme destaca a autora portuguesa Maria do Rosário Palma Ramalho, que produz a limitação da autonomia coletiva sindical.

As negociações coletivas possuem como finalidade a ampliação de direitos, ou seja, o elastecimento dos direitos contidos na CF/88 e na lei infraconstitucional. Desse modo estes instrumentos coletivos não servem para supressão de direitos, mas apenas para a ampliação deles. As convenções coletivas ou acordos coletivos de trabalho devem garantir um patamar mínimo de direitos ao trabalhador, como o que se procurou demonstrar na seção 1.0 julgado parece analisar o direito laboral, a

computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.". O posicionamento do STF, teria nesse sentido influenciado negativamente o direito do trabalho.

retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução." Disponível em:<<a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/LEIS/LEIS\_2001/L10243.htm#art1">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/LEIS/LEIS\_2001/L10243.htm#art1</a>. Acesso em: 10.12.2018. Este julgamento ocorreu em 2015, dois anos depois as horas in itineres foram definitivamente suprimidas da CLT, com a seguinte redação: "§ 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será

partir de uma perspectiva individual e, não social, como recomenda Mario de la Cueva. 161

A ótica civilista se mostra nitidamente clara neste julgado, assim como no seu antecedente, de que existe uma igualdade entre as partes da negociação coletiva. Os sindicatos possuem paridade negocial, mas ainda assim o sindicato da categoria econômica deve observar limites nessa autonomia, é uma autonomia que não se revela como absoluta.

O Direito do trabalho, segundo Héctor Hugo Barbagelata enuncia uma "mudança" da forma de conceber a igualdade das pessoas" (BARBAGELATA, 1996, p.20). O Julgado procura enunciar o reconhecimento das Convenções Coletivas e dos Acordos Coletivos de Trabalho. Todavia, parece não perceber que as negociações coletivas, não são contratos que nos quais deve ser aplicado o princípio da Pacta Assunt Servanda, mas sim a lógica da cláusula rebus sic estantibus. Em razão disso a segurança decorrente das negociações coletivas será sempre uma segurança jurídica relativa, porque é instável e temporária conforme já tentou-se demonstrar no capítulo 1, deste estudo. Isso é dito por conta das peculiaridades da relação laboral, que envolve conflito, dinamicidade, porque é uma relação que acompanha a dinâmica da vida moderna e, que se altera constantemente.

As negociações coletivas são conhecidas pela sua precariedade, segundo afirma Héctor Hugo Barbagelata.

O vínculo laboral não é um vínculo que preza os ganhos patrimoniais, mas sim a pessoalidade, que representa a impossibilidade de se substituir o prestador de serviços. O direito do trabalho se preocupa com um viés predominantemente coletivo que significa dizer que: que o sindicato quando representa uma classe de trabalhadores, na realidade não representa só essa classe, mas sim toda a sociedade. Um exemplo disso, segundo Karl Paul Polany, ocorreu na Inglaterra em 1860, que foi definido pelo austríaco da seguinte forma:

a grande variedade de formas nas quais surgiu o movimento 'coletivista' não foi devida a qualquer preferência pelo socialismo ou pelo nacionalismo por parte dos interesses envolvidos, mas deveu-se exclusivamente ao alcance mais amplo dos interesses sociais vitais afetados pela expansão do mecanismo de mercado (POLANYI, 2012, p. 162).

<sup>&</sup>lt;sup>161</sup> Remeto o leitor à seção1, na parte em que destacamos, as particularidades do direito laboral.

Isso mostra que o movimento coletivista formado na Inglaterra, formou-se em razão da preocupação social com a questão do trabalho. Demonstrando que a lógica que dirige o direito do trabalho vai além, não só da lógica individual, mas também além da lógica das categorias profissionais. Esse julgado autoriza a redução dos direitos trabalhistas, ainda que o faça a partir da implantação de outros. E, desse modo vulnera a autonomia dogmática do direito laboral, por não aplicar interpretação condizente com o princípio da imperatividade das normas trabalhistas.

O princípio da imperatividade mínima das normas laborais, segundo Mária do Rosário é aquele "que assegura que as vantagens legais reconhecidas aos trabalhadores não sejam objecto de redução por via convencional, mas apenas de acréscimo" (RAMALHO, 2000, p.423). Com relação à unicidade do princípio da proteção Mária do Rosário lembra que: "sendo um princípio de incidência geral e não só do domínio individual do direito do trabalho (...)" (RAMALHO, 2000, p.424).

A atuação do STF no julgamento deste recurso desconsidera as seguintes características laborais: a unilateralidade - que é um direito dos trabalhadores e foi criado em benefício deles -, a imperatividade tendencial das normas laborais — que se caracteriza pela ausência de liberdade negocial ou pelo fraco peso que ela possui, em razão das normas imperativas, porque a convenção coletiva só possui prevalência sobre as cláusulas imperativas legais ou do contrato se for, mais favorável ao trabalhador -, a progressividade ou progressismo do direito laboral — a qual destaca que a proteção do trabalhador deve ser ampliada a outros trabalhadores e que um reduto mínimo de garantias deve ser extensível a todos os trabalhadores-, o garantismo — que não permite o retrocesso das garantias já conquistadas, mas sim o seu progresso e ampliação -, a tendência expansionista-em que outros ordenamentos copiam o ordenamento laboral, no sentido da proteção dada ao trabalhador — eo direito constitucional, por exemplo, que já foi influenciado, também pela contribuição do pensamento social ao nível constitucional) (RAMALHO, 2000, p.429-441).

A lógica apresentada pela autora portuguesa, quanto a unicidade do princípio da proteção, é a lógica que o Supremo Tribunal deveria adotar em seus julgamentos, porque é a única lógica que não causa a deterioração dos direitos trabalhistas. Isso é dito pela prevalência que se deu a autonomia negocial coletiva

em detrimento do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas ou da irrenunciabilidade ou, ainda, da imperatividade das normas laborais.

Os princípios do direito do trabalho, mais benéficos ao trabalhador, ao serem substituídos por outros menos benéficos, contrariam a funcionalidade do próprio direito do trabalho, segundo Ruprecht, quando destaca as duas funções dos princípios: supletiva e interpretativa. "Os princípios do direito do trabalho são normas que inspiram a disciplina, tendo como objeto fazer que sejam concretamente aplicados os fins do direito do trabalho." (RUPRECHT, 1995, p. 5).

As horas *in itineres* faziam parte das normas de saúde do trabalhador, pois dispõem das horas extraordinárias, logo normas de indisponibilidade absoluta, que não podem ser transacionadas em hipótese alguma. O princípio da irrenunciabilidade dos direitos laborais, conforme já foi demonstrado anteriormente significa: por serem de ordem pública, as normas de direito do trabalho são inderrogáveis (...). Consequentemente os direitos previstos por elas, são irrenunciáveis em sede individual (...) (ROMITA, 2017, p.96).

Plá Rodriguez sobre esse princípio "No direito comum, (...) rege o princípio da renunciabilidade, no direito do trabalho vige o princípio oposto, que é o da irrenunciabilidade" (PLÁ-RODRIGUEZ, 2002, p.143). Com relação às normas que possuem caráter de ordem pública pode-se afirmar que elas guardam relação com as condições relativas ao salário mínimo, às condições de saúde e à segurança no trabalho. São normas que tutelam uma ordem, mínima, social do trabalho.

Quanto ao tema das renúncias efetuadas por convenção coletiva, segue-se a orientação já fundamentada, anteriormente, de que as normas que são irrenunciáveis na seara individual, também o são na seara coletiva. Segundo Plá Rodriguez essa interpretação está ligada à natureza das normas laborais, tutelar. 162

A violação das normas de tal natureza suscita a declaração da nulidade da norma. Sendo assim, decorre mais uma particularidade do direito laboral, em relação ao direito comum, a de que a nulidade, que será declarada, não será do documento todo, mas, apenas, da cláusula que disponibilizou direitos, que não poderiam ser disponibilizados. (PLÁ-RODRIGUEZ, 2002, p.191).

\_

Nipperdey assume posição contrária, de que a convenção coletiva pode alterar ou suprimir direitos adquiridos (Plá Rodriguez, p.189, apud NIPPERDEY, 1963, p.305). PLÁ RODRIGUEZ In: Compendio de Derecho del Trabajo", trad. espanhola, Madri, 1963, pág. 305.

O relator destaca que a própria Constituição assegura a redução de direitos através das Convenções e dos acordos coletivos de trabalho, tais como do salário e da jornada.

A possibilidade de redução de direitos é uma exceção no direito laboral, visto que a regra é a aplicação do princípio da proteção, da norma mais favorável, da condição mais benéfica, do *in dúbio pró operário*, ou seja a regra de aplicação do artigo 7°, da CF/88 é aquela que está insculpida no caput deste artigo que afirma: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social"

As exceções estão nos incisos VI e XIII, do art.7°:

irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo [...]" – "duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.(BRASIL, 1988)

Ao falar do acordo coletivo que suprimiu as horas *in itineres* em contrapartida de aumentar outras vantagens obreiras o relator destaca que.

Não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha extrapolado os limites <u>da razoabilidade</u>, uma vez que embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio da manifestação de vontade válida da entidade sindical. (STF, 2016, p.4)

Neste ponto há um indicio de argumentação neoconstitucional, a partir da utilização do princípio constitucional da razoabilidade.

Por todo o exposto é possível afirmar que a decisão proferida no RE.895/759/PE, apresenta aspectos intrínsecos de que seria uma decisão neoconstitucional equivocada. Isso pode ser percebido pela utilização do princípio constitucional da razoabilidade e pela utilização de argumentos de senso comum, de que é melhor para o trabalhador ter mais vantagens, em vez de direitos constitucionalmente assegurados. Porém é possível comprovar a vulneração da autonomia dogmática laboral pela aplicação equivocada do princípio da autonomia sindical, pela não aplicação do princípio da proteção do trabalhador no momento de aplicação da norma coletiva, pela não aplicação do princípio da irrenunciabilidade, pela não aplicação do princípio da indisponibilidade dos direitos laborais, pela não aplicação

do princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas, pela não aplicação do princípio da imperatividade das normas trabalhistas.

Pela observação da decisão proferida no recurso em destaque, é possível afirmar que o julgado não observou algumas particularidades laborais, tais como de que ao julgar casos laborais o julgador deve se ater à perspectiva laboral e não utilizar a perspectiva civilista, pois como o que foi destacado na seção 1, ela é uma perspectiva insuficiente que não atende às demandas laborais.

Verificou-se, também, que a negociação coletiva é utilizada de forma oposta da sua finalidade de ampliar direitos para suprimi-los. Além disso, foi possível verificar, ainda, que foi desconsiderado pelo julgado que a negociação coletiva serve para produzir uma estabilidade temporária entre trabalhadores e empregadores.

A interpretação dada à negociação coletiva em questão não assegurou um patamar mínimo de direitos laborais. Observou-se também que foi conferida uma interpretação de ganho patrimonial à negociação coletiva, no qual se desconsiderou que o vínculo laboral confere primazia a pessoalidade, impossibilidade de o trabalhador se fazer substituir por outro trabalhador.

Percebeu-se que o julgado decide uma questão coletiva, a partir de uma perspectiva individual e não por uma perspectiva coletiva e social, como deve ser a interpretação voltada ao direito do trabalho.

Verificou-se, ainda, que algumas características essenciais do direito do trabalho não foram observadas na decisão do julgado, tais como: a unilateralidade, a imperatividade tendencial das normas laborais, o progressismo do direito laboral e o garantismo. O julgado aplicou a ótica da renunciabilidade de direitos, pertencente ao direito comum, em vez de adotar a da irrenunciabilidade deles.

É imperioso afirmar que os princípios da primazia da realidade e da intangibilidade salarial não deveriam ter sido aplicados no presente caso, como foi pressuposto no presente estudo, conforme o que foi ressaltado. Assim é plausível, afirmar que na presente investigação a hipótese geral (de que a decisão proferida em RE 890.759/ PE, por ser uma decisão neoconstitucional equivocada, que se caracteriza pela utilização de argumentos de senso comum, utilização de valores morais subjetivos e de princípios, vulnerou a autonomia científica dogmática do direito laboral, pelo desrespeito aos princípios laborais. E, que todas as demais

decisões que desrespeitam qualquer princípio laboral, vulneram, por consequência, a autonomia dessa ciência) não se confirmou.

Percebeu-se que não foi a utilização de argumentos constitucionais equivocados que provocou a vulneração da autonomia dogmática do direito do trabalho, mas a adoção da ótica civilista a ótica laboral, o que resultou no afastamento de princípios elementares do direito laboral, tais como o princípio da proteção do trabalhador, o da irrenunciabilidade, o da imperatividade das normas laborais, o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, em contrapartida da adoção do princípio da autonomia sindical.

Os argumentos neoconstitucionais equivocados existiram no discurso do julgado, mas não foi em razão da utilização deles que se deu a dita vulneração da autonomia dogmática laboral. A vulneração da dita autonomia ocorreu não só pela não aplicação ou em razão da aplicação equivocada que o julgado fez dos princípios laborais, mas também por não compreender algumas particularidades que o direito laboral, possui.

A situação-problema (busca investigar se houve vulneração dos princípios laborais e, consequentemente de sua autonomia dogmática, que foram desrespeitados na decisão proferida em RE 890.759/ PE, bem como se essa vulneração, caso tenha ocorrido, se deu em razão da ideologia neoconstitucional que teria sido adotada por este tribunal) obteve resposta satisfatória, visto que foi respondida.

Senão, vejamos a primeira parte da situação problema obteve a seguinte resposta de que houve no julgado RE 890.759/PE, vulneração da autonomia dogmática do direito laboral, por conta da aplicação equivocada desses princípios e, por conta da não aplicação de determinados princípios.

Com relação à segunda parte da situação problema foi obtida a segunda resposta: a vulneração da autonomia dogmática do direito laboral, não se deu em virtude da aplicação do entendimento neoconstitucional equivocado, embora se tenha vislumbrado a existência desse entendimento.

No que tange ao objetivo geral da pesquisa (demonstrar que o desrespeito aos princípios laborais, na decisão proferida em RE 895.759/ PE, vulnera a autonomia científica, do direito do trabalho e, que toda e qualquer decisão que proceda desse modo, vulnera também a autonomia desse Direito) é possível afirmar

que ele foi cumprido, visto que se demonstrou como a vulneração da autonomia dogmática ocorreu na decisão, primordialmente pela não aplicação ou aplicação equivocada dos princípios laborais.

Como existe uma relação de causa e efeito entre a não aplicação ou a aplicação equivocada de princípios de direito do trabalho e a vulneração da autonomia dogmática desse direito, é possível afirmar que todo julgado que pratica a primeira premissa, produza a segunda premissa.

## CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho é um instrumento de resistência do qual se vale a classe operária contra o capitalismo, que vem se desenvolvendo ao longo dos anos e vencendo alguns obstáculos que são erigidos em seu desfavor, tais como o a Revolução Industrial, o sistema de mercados, o liberalismo, o aforismo da liberdade de contrato do trabalhador.

A disciplina laboral surgiu em razão da intervenção do Estado e da própria sociedade. Embora o fenômeno laboral já existisse desde muito antes da sua regulamentação ele estabilizou suas bases fundamentais. partir do reconhecimento de sua autonomia científica, que não se deu de um dia para o outro, mas por um demorado período de transição. Esse período compreende o primeiro estágio de leis esparsas, que pode ser considerado, como o estágio de infância do direito laboral, o segundo estágio quanto ao reconhecimento da autonomia sistemática, que pode ser considerado como o estágio de adolescência e o terceiro estágio quanto ao reconhecimento de sua autonomia dogmática, que pode ser considerado o estágio de juventude, que reflete o período presente.

A fase de maturidade do direito laboral parece que será alcançada após o enfrentamento dos obstáculos da atualidade. No campo brasileiro podemos dizer que a forma como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo as questões do trabalho trará muita experiência a essa disciplina, pois geralmente se diz que a evolução vem acompanhada de dor e sofrimento e, com o direito laboral não poderia ser diferente.

Alguns dizem que o Direito do Trabalho será extinto, que a Justiça do Trabalho perderá seu *status* ou sua competência para decidir das questões laborais,

bem como que os trabalhadores precisam de autonomia para exercer a sua cidadania de forma plena e responsável.

A academia como um ambiente de debate crítico-teórico-metodológico, nos traz a possibilidade de demonstrar através da ciência o que é o direito do trabalho, como ele se desenvolveu, quais as suas particularidades, como se deu o reconhecimento de sua autonomia e como instrumentos que são utilizados em seu desfavor podem beneficiar a sua utilização em prol da sociedade e de toda a classe de trabalhadores. As circunstâncias sociais em que se deram esse amadurecimento foram penosas que passaram desde contestações teóricas de manifestos até a adesão popular das massas unida às classes operárias.

O direito do trabalhador ainda hoje não alcançou a sua finalidade primordial que é a de proteger o trabalhador frente ao progresso do capital. A doutrina brasileirae as decisões do Supremo Tribunal Federal, analisadas nesse estudo, revelarama existênciade uma aplicação equivocada do neoconstitucionalismo, visto que ao invés de privilegiar decisões que consagrem princípios morais objetivos e valores consagrados pelo ordenamento, consagra na realidade a panprincipiologia, pela utilização indiscriminada dos princípios, bem como a ponderação de valores, os valores morais subjetivos e os argumentos de senso comum.

Foi possível verificar, também, principalmente por parte de Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos e Daniel Sarmento que o neoconstitucionalismo é encarado por eles como uma corrente de pensamento que se contrapõe ao positivismo, quando a sua melhor qualidade seria a complementação do positivismo.

As decisões analisadas nos recursos extraordinários, de n. 895.759/ PE e 590.415/ SC, demonstraram que existe nelas indícios da aplicação do neoconstitucionalismo equivocado, pois é possível verificar nelas a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, de forma descompromissada com a teleologia laboral, foi possível verificar também a presença de valores morais subjetivos e dos argumentos de senso comum. Todavia, essa não demonstrou ser a causa que levou à vulneração da autonomia dogmática do direito do trabalho, mas sim a preferência dos julgadores, ministros, Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki.

Na decisão do ministro Barroso, a primeira decisão analisada, foi possível perceber a predominância da perspectiva civilista e essa perspectiva acaba por se

refletir na segunda decisão, do ministro Teori, em razão da repercussão geral e da ratio decidendi.

A repercussão geral tem por finalidade uniformizar a jurisprudência, afirmando um entendimento uníssono pelos tribunais. Contudo, se esse entendimento for equivocado ele gera efeitos irreparáveis ao ordenamento jurídico porque replica uma determinada perspectiva ou modo de decidir e se essa perspectiva incentivar uma aplicação desvirtuada, seja de uma ideologia ou de uma corrente de pensamento, ela não só replicará vícios quanto à corrente de pensamento, mas também replicará desvirtuamentos em relação à disciplina.É um instituto que visa à garantia da segurança jurídica, mas que utilizado sem cautela podem gerar a insegurança jurídica, além de vulnerar a disciplina ao qual se aplica.

No caso do direito do trabalho, foi possível perceber vulnerações tanto em relação ao direito material, quanto ao direito processual do trabalho.

No direito material do trabalho, foi possível perceber que as particularidades, a evolução e a autonomia dessa disciplina, foram desconsideradas. Já no direito processual do trabalho, foi possível perceber que os princípios de direito do trabalho foram afetados, pela ausência de aplicação devida e pela aplicação equivocada.

Esse estudo buscou demonstrar não só a relação estabelecida entre o Supremo Tribunal Federal e o Direito do Trabalho, mas também demonstrar a relação existente entre esse ea disciplina e o neoconstitucionalismo.O neoconstitucionalismo em sua essência original ou aplicada sem vícios tende a conferir um maior grau de legitimidade ao Direito e, principalmente, com relação ao objeto desta pesquisa Direito do Trabalho.

A arbitrariedade judicial têm sido um dos obstáculos que impedem o desenvolvimento do Direito e desde sempre esteve no centro das discussões entre os doutrinadores, como por exemplo: Karl Smith e Hans Kelsen. Na atualidade essa discussão ainda prossegue na filosofia do direito que envolve os aspectos ligados ao ser e ao dever ser do Direito. Habermas parece ser uns dos autores que mais contribuiu para o desenvolvimento dessa corrente de pensamento, vez que para limitar a arbitrariedade judicial destacou a necessidade de utilização dos mecanismos de argumentação racional e democrática.

O estudo verificou que a legitimidade da decisão judicial depende do caminho argumentativo que ela constrói, bem como dos parâmetros racionais e democráticos

que ela utiliza. Os parâmetros racionais viabilizam a transparência, a comunicabilidade e a publicidade da decisão. E os democráticos validam a decisão a partir da utilização de valores e de princípios objetivos erigidos pela sociedade como basilares.

Verificou-se também que o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma corrente de aprimoramento do positivismo, que busca, a partir dos princípios e da técnica da ponderação de valores e da ética, fornecer uma resposta metodológica alternativa ou complementar a utilização da regra e da técnica de subsunção. A utilização do neoconstitucionalismo a partir de sua acepção, democrática, racional e argumentativa tende a contribuir com a supremacia da Constituição, vez que a evidencia a partir de uma técnica de interpretação que possui a capacidade de produzir diálogos.

Foi possível observar que a era da Supremacia do intérprete é decorrente do desvirtuamento da aplicação do neoconstitucionalismo, em que o intérprete por buscar alcançar a efetividade da Constituição a qualquer custo acaba por criar valores, que não são jurídicos, porque são morais, subjetivos, por que não são objetivos e isso ao invés de legitimar as decisões judiciais as deslegitimam, além de criar problemas conceituais às áreas as que são aplicados os ditos valores.

Além disso, foi possível verificar também que os princípios, ao invés de contribuírem com a interpretação constitucional dos intérpretes, vêm prejudicando e fazendo com que aumente cada vez mais a arbitrariedade judicial, visto que são atribuídos pesos pessoais aos princípios fazendo com que cada julgador os aplique de uma forma e que com isso se chegue a resultados distintos, a partir da utilização de um mesmo princípio.

As reflexões feitas nesse estudo possibilitaram evidenciar quetanto o neoconstitucionalismo da filosofia do direito, quanto à autonomia dogmática do direito do trabalho são ferramentas aptasa legitimar as decisões judiciais, produzidas, no âmbito do direito laboral não só pelo Supremo Tribunal Federal como também por todos os demais tribunais de direito. O neoconstitucionalismo aplicado ao Direito laboral propicia a essa disciplinao seu refinamento linguístico e participativo através da utilização da argumentação democrática, racional e objetiva.

O estudo da evolução histórica, das particularidades e do processo de reconhecimento da autonomia científica, do direito laboral possibilita a decisão

jurídica que trata da relação laboral, uma decisão mais justa e afinada com a teleologia laboral, que é a proteção do trabalhador.

Este estudo verificou também que os argumentos de senso comum ao serem utilizados na construção da decisão jurídica desconstroem a legitimidade da decisão jurídica e do próprio direito, no caso específico em estudo deslegitima a jurisdição constitucional a falar sobre o próprio direito do trabalho.

Assim, essa investigação buscou oferecer aos tribunais, que tratam da temática que envolve o direito do trabalho, argumentos que possam auxiliá-los na produção de suas decisões judiciais.

# **REFERÊNCIAS**

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Von. *Direito do Trabalho*. José Fábio Rodrigues Maciel (coord). São Paulo. Saraiva. 2008. 156 p. Coleção Roteiros Jurídicos.

ALEXY, Robert: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad, Virgílio Afonso de Souza. 5ª ed. São Paulo. Malheiros. 2008. p 20-80.

BARBAGELATA HUGO, Héctor. *O particularismo do Direito do Trabalho*. Rev. Irany Ferrari. Trad. Edilson Alkimim Cunha. São Paulo. LTR. 1996. p.14-43.

BARBAGELATA HUGO, Héctor. In: A. MONTEIRO FERNANDEZ. Organização da Justiça do Trabalho. In Anais do Congresso Internacional sobre Justiça do Trabalho. TST. Brasília, 1981, p.26.

BARBAGELATA HUGO, Héctor. In: LOTMAR, Philipp."*I Contratti di Tariffa*".1900; DUGUIT. León. Las transformaciones do Derecho Público e Privado. Buenos Aires. 1975, p.3.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. Trad. Por Juliana Salvetti, rev. por Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio. Disponível em: <a href="http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311.">http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311.</a> Acesso em: 31.07.2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas. Disponível em:

< http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em 31.07.2018.

BARROSO, Luís Roberto, A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas 5:34, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: DA SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional. 1ª ed. São Paulo. Malheiros. 2010. 392 p.

BARROSO, Luís Roberto, A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas 5:34, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Antecedentes teóricos e filosóficos do novo direito constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2015, p. 261-284

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalização do Direito. In: BARROSO. Luís Roberto *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 2015. p.391-433.

BARROSO, Luís Roberto Jurisdição constitucional: A tênue fronteira entre o direito e a política p. 434-479. In:BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:*Os conceitos Fundamentais e a Construção do novo modelo, 6ª ed. 2017.

Disponível em:<<a href="http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806">http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806</a>> Acesso em 10.02.2018.

BARROS, Alice. Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho.* 6 ed. São Paulo. LTR. 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. Revista de Direito da Puc Rio. V.44. 2014. Disponível em:<<u>http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/385/346></u>. Acesso em 17.02.2018.

BOBBIO, Norberto. O positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito compiladas por Nello Morra; Trad. Por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo. Ícone, 2006.

BULOS, Uadi Lamego. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 2015. 1703 p.

BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade de n°5766, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível

em<<u>http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe</u> =ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 18.05.2018.

BRASIL. STF. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:<<a href="http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF323.pdf">http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF323.pdf</a>>. Acesso em 18.07.2017.

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário de n. 590.415/ SC. Dispõe sobre Direito do Trabalho. Acordo Coletivo. Plano de Demissão Incentivada. Validade e efeitos. Disponível em: <a href="https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/4/art20150430-10.pdf">https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/4/art20150430-10.pdf</a>>. Acesso em 08.11.2018.

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário de nº 895.759/ PE. Dispõe sobre Horas in intinere. Supressão. Norma Coletiva. Invalidade. Disponível em:<<a href="https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160916-12.pdf">https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160916-12.pdf</a>>. Acesso em: 08.11.2018.

BRASIL. STF. Ministério Público do Trabalho (MPT). FLEURY, Ronaldo. Nota técnica de n. 8. Disponível

em:<http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal\_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/3d2c4927-4350-4c6a-af5a-

36896ec2b14e/!ut/p/z1/rVHBboJAFPwVPXDc7AOWBY5oGoIE1JhW2EuzLqDbyoKyaevfd216FW3Sd3svM5M3M5jhAjPFP-Sea9kpfjR7yeirHQNJZktl43TlQ7S2s6cktp05-Hj7A8jXJllnG0gDujAAGkRJGq4gWdqYjfNfMMNMKN3rAy7bXlsw8COfVPVEtv25VgO3wJwnqtNSSD5Y4FaOIKHjI-

J6gligHPHG48ilQUhr4exsUl9FeyErXD6E3t5zeTUBNyYCw2djPlPi\_QJGNErzg38rSO J7ePNHU4t70Ztu5dvpxCJTQKd0\_aVx8X8NGHXnnM2zvXma6wOSqulw8RC1b5\_bw L2g9ybPEdtdPqPp9BskwEl6/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/>. Acesso em 17.05.2018. BRASIL. STF. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em:< <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm</a>>. Acesso em 10.05.2018.

BRASIL. STF. Decreto 1.313, de 17 de janeiro de 1891. Estabelece providencias para regularisar o trabalho dos menores empregados nas fabricas da Capital Federal. Disponível em: <a href="http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1313-17-janeiro-1891-498588-publicacaooriginal-1-pe.html">http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1313-17-janeiro-1891-498588-publicacaooriginal-1-pe.html</a>>. Acesso em 07.05.2018;

BRASIL. STF. Decreto 1.637, de 5 de janeiro de 1907. Crea syndicatos profissionaes e sociedades cooperativas. Disponível em:<a href="http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1637-5-janeiro-1907-582195-publicacaooriginal-104950-pl.html">http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1637-5-janeiro-1907-582195-publicacaooriginal-104950-pl.html</a>. Acesso em 07.05.2018

BRASIL. STF. Decreto 3.724, de 15 de janeiro de 1919. Regula as obrigações resultantes dos accidentes no trabalho. Disponível em:<<a href="http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html">http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html</a> Acesso em.07.05.2018

BRASIL. STF. Lei ordinária de 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em:<a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/">http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/</a> ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm>. Acesso em 14.05.2018.

BRASIL. STF. Lei Ordinária 13.467/2017, de 14 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <a href="http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-publicacaooriginal-153369-pl.html">http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-publicacaooriginal-153369-pl.html</a> Acesso em 01.04.2018.

CADIDÉ, Iracema Marzetto. A subordinação estrutural no contexto da terceirização. *Revista LTr*, vol. 74, n .5, maio de 2010, p. 566/576. p. 573.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo. Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales. Disponível em:<<a href="http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos\_pub/to\_pdf/101">http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos\_pub/to\_pdf/101</a>>. Acesso em 26.06.2018.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*. Uma crônica do salário. Trad. Iraci, D. Poleti. 12 ed. RJ. Vozes. 2017. 611 p.

CASTEL, RobertIn:BONAPARTE. Luís, Napoleão. *L'extinction du paupérisme*, in Ouevres.Páris. Éditions napoléoniennses, ed. 1848, T. II, p. 256 (edição original de 1844).

COMANDUCCI, Paolo. Formas de Neoconstitucionalismo: Un análisis metateórico. Isonomía. n. 16, abril, 2002. Trad. Por Miguel Carbonell. Disponível

em:<http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/formas-de-neoconstitucionalismo--un-anlisis-metaterico-0/>. Acesso em 31.07.2018.

DE LA CUEVA, Mário. *Derecho Mexicano del Trabajo*. México. Porrua. 1949. t. II. p.VIII-IX.

DE LA CUEVA, Mário. 8 ed. México. Porrua. 1964. t.l, p.371-511.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13 ed. São Paulo. LTR. 2014. p. 302-305.

DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 4ª Edição. São Paulo. LTR Editora LTDA. 2011. 62 p.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2ª ed. Trad. Luís Carlos Borges. Rev técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2005. São Paulo. Martins Fontes 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. Trad. André Karam Trindade. Revista 3. Ano 2010. p.95-113. Disponível em: <a href="http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf">http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf</a> Acesso em 09.09.2018

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito. São Paulo Saraiva. 2014. 269-305.

GARCIA, Gustavo. Felipe. Barbosa. Manual de Direito do Trabalho. 3 ed. São Paulo. Método. 2011.

GARCIA, Ivan Simões. Direito do Trabalho em Revista: Trabalho e Critica da Ideologia na Teoria Marxista. In: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da (Org.). Transformações no Mundo do Trabalho e Redesenhos Institucionais São Paulo, LTR. 2014. p.91-93.

GUASTINI, Ricardo. A propósito del neoconstitucionalismo. Gaceta Constitucional n. 67. p. 231-240 ln: Revista de teoría y filosofía *del* Derecho. N. 31, 2009, *p.* 209 y ss. *GACETA CONSTITUCIONAL* N. 67231

. Disponível

em:<<u>http://www.academia.edu/10261577/A\_prop%C3%B3sito\_del\_neoconstitucional</u>ismo\_Riccardo\_Guastini\_> Acesso em 31.07.2018.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos Juízes* (a interpretação/ aplicação do direito e os princípios). 8<sup>a</sup> ed refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo. Malheiros. 2017.

GRIMN, Dieter, *Constituição e política*, (Coord. Luiz Moreira) Trad. Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2006, p. 3-20

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK. Curso de Direito do Trabalho. 17 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Contratos e Atos Unilaterais. 9 ed. São Paulo. Saraiva. 2012. p.78-79.

GURVITCH, Georges. *Determinismos sociais e liberdade humana*. Trad. Heribaldo Dias da Costa. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1968. p.183-347.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. entre facticidade e validade. v.l, Trad. Flávio Breno Siebeneichler. Ed. Tempo brasileiro.1997

HANS, Kelsen. Quem deve ser o guardião da Constituição?In:KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo. Ed. Martins fontes, 2003.

HARBELE. Peter. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição Contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Poro Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2002.

J-RUPRECHT, Alfredo. *Os princípios do Direito do Trabalho*. Tradução Edilson Alkimin Cunha. São Paulo. LTR. 1996. p.6-85.

MACKAVAGE, Allynson. Statutes of labourers. 2014. Disponível em:<<a href="http://moglen.law.columbia.edu/twiki/bin/view/EngLegalHist/StatuteofLabourers">http://moglen.law.columbia.edu/twiki/bin/view/EngLegalHist/StatuteofLabourers</a>>. Acesso em: 03.05.18.

MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento colegiado nas cortes supremas. Ano 2 (2016), n°5, 873-920. Disponível em:<<a href="http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/5/2016">http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/5/2016</a> 05 0873 0920.pdf>. Acesso em 31.07.2018.

MARTINS, Sergio. Pinto. Direito do Trabalho. 28 ed. São Paulo. Atlas. 2012.

MASCARO. Alysson Leandro. Filosofia do Direito e Filosofia Política: a justiça é possível. 2ª ed. São Paulo. Atlás. 2008. p.11-16.

MASCARO. Alysson Leandro. Filosofia do Direito. 6ª ed. Rev. e atual. São Paulo. Atlás. 2008. p.326 e ss.

MENDONÇA, Eduardo, *A democracia de massas e a democracia de pessoas:* uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária. UERJ. Rio de Janeiro. 2014, p. 174-194. Tese de doutorado.

MESQUITA, Carolina Pereira Lins. Teoria Geral do Direito do Trabalho: Pela progressividade Sóciojurídica do Trabalhador, p.179-231.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constituciona*l. 8ª ed. São Paulo. Ed. Atlas S.A. 2000. 797p.

MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 7 ed. São Paulo. Editora LTR. 1995.

MÜLLER, Friederich. Teoria estruturante do direito. V.1. Trad. Peter Naumann, capítulos I a VI. Eurides Avance de Souza, capítulos VII a XIV. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2008.

MÜLLER, Friederich. Métodos de Trabalho de Direito Constitucional. Trad. por Peter Naumann. Porto Alegre. Síntese. 1999. 104 p.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*: História e Teoria Geral do Trabalho Relações Individuais e Coletivas. 26 ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

NATIONALARCHIVES. Poor Law of 1834.Disponível em:<<a href="http://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/1834-poor-law/">http://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/1834-poor-law/</a>>. Acesso em: 03.05.18

NEIVA, Horácio. Uma crítica metodológica ao positivismo exclusivo de Joseph Raz. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2016; Disponível em:<<a href="http://www.academia.edu/27418184/Introdu%C3%A7%C3%A3o\_-">http://www.academia.edu/27418184/Introdu%C3%A7%C3%A3o\_-</a>- Uma cr%C3%ADtica metodol%C3%B3gica ao positivismo jur%C3%ADdico exclusivo de Joseph Raz> Acesso em 31.07.2018.

OXFORD REFERENCE.Statute of artificers.Disponível em:<<a href="http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095426927">http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095426927</a>>, Acesso em: 03.05.18.

OXFORD REFERENCE.Law of Ten Hours Bill of 1847.Disponível em: <a href="http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803103058890">http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803103058890</a>>. Acesso, em 03.05.2018.

PLÁ RODRIGUEZ. Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução e Revisão Técnica de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo. Editora LTR. 2002. p.38-364.

PLÁ RODRIGUEZ. Américo. In: BARASSO, Ludovico: Tratado de Derecho del Trabajo", versão castelhana, Buenos Aires, 1953, t. I, pág. 104; TISSEMBAUM, Mariano. Introducción al Derecho Laboral", Buenos Aires, 1961, t. I, pág. 564;

PLÁ RODRIGUEZ. Américo. In: NIPPERDEY In: Compendio de Derecho del Trabajo", trad. espanhola, Madri, 1963, pág. 305.

PLÁ RODRIGUEZ. Américo. In: SANTORO-PASSARELI, Francesco. "Nozioni di Diritto del Lavoro". 6ª ED. Nápoles, 1952, p.211.

POLANYI, Karl. *A Grande Transformação*. As origens de nossa época. Trad. Fanny Wrobel; Rev. Ricardo Bezaquen de Araújo. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. 360 p.

PORTAL SÃO FRANCISCO. História geral do Código de Hamurábi. Disponível em:< <a href="https://www.portalsaofrancisco.com.br/historia-geral/codigo-de-hamurabi">https://www.portalsaofrancisco.com.br/historia-geral/codigo-de-hamurabi</a>>. Acesso em 02.05.2017;

POZZOLO, Suzanna. Neoconstitucionalismo: Um modelo Constitucional ou uma concepção da Constituição? Trad. Por Juliana Salvetti, rev. por Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio. Disponível em:<<a href="http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/322">http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/322</a>>. Acesso em 31.07.2018.

RAMALHO. Maria do Rosário Palma. *Da autonomia Dogmática do Direito do Trabalho* (Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas apresentada na faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). Coimbra. Editora Livraria Almedina. 2001. 1139 p.

RAMALHO. Maria do Rosário Palma In: GERARD Lyon-Caen, *Du rôle des principes généraux su sroit civil en droit du travail*; VIGORITA. Subordinazione e diritto del lavoro. BARASSI. Ludovico; II Contrato di lavoro. LOTMAR Philipp. *Der Arbeitsvertrag nach dem privatrecht*.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta. Rev. Lenita M. R. Esteves.1ed. São Paulo. Martins Fontes. 1997. p.3-49.

ROMITA, Sayão, Arion. *Inderrogabilidade da norma e indisponibilidade de direitos em face da negociação coletiva*: Limites impostos pelos direitos fundamentais. Revista do TRT da 8ª Região. Belém, v.50, n.99, fls. 93-112. p.108, jul/dez/2017.

SARLET, Ingo. Wolfgang; ZOCKUN, Carolina. Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base mos direitos sociais. Revista de Investigações Constitucionais. Journal of Constitucional Research.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y Ponderacion* Judicial. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid 5, 2001. Disponível em:<<a href="https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=283998">https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=283998</a>> Acesso em: 31.07.2018.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. p.113-146. In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de janeiro. Lumen luris. 2009

SCHIAVONE, Aldo. *Uma história Rompida*: Roma Antiga e Ocidente moderno. Trad. Fábio Duarte Joly. 1 ed. São Paulo. EDUSP. 2005. 288 p.

SCHIMITT, Carl. O guardião da Constituição. Coord. Luiz Moreira. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2007;

SOUZA, Jessé. A ralé brasileira. Quem é e como vive. Minas Gerais. Editora UFMG. 2009. 483 p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coords.), *Direitos sociais:* fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie, Rio de Janeiro. Ed. Lumen Iuris. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6ª ed rev e atual. São Paulo. Saraiva. 2017;

STRECK, Lenio Luiz Contra o Neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011. Vol.3, n. 4, Jan-Jun. p.9-27. Disponível em:<a href="http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf">http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf</a> Acesso em 31.07.2018.

STRECK, Lenio Luiz Entre o Neoconstitucionalismo e (Pós-) Positivismos: das insuficiências da teoria neoconstitucional para as particularidades do caso brasileito. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém. V.46, n.90. p.1-446, jan/jun. 2013. Disponível

em:<<u>https://www.trt8.jus.br/sites/portal/files/pdfs/revista/Revista\_90.pdf</u>> Acesso em: 31.07.2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3 ed. São Paulo. Renovar. 2010.