PONTÍFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-graduação em Direito – Direito Privado

Konrad Saraiva Mota

DIREITO DO TRABALHO HUMANIZADO:
Uma análise dos fundamentos éticos e econômicos da norma trabalhista, nos paradigmas Juspositivista e Neoconstitucionalista

Belo Horizonte

2017

KONRAD SARAIVA MOTA

DIREITO DO TRABALHO HUMANIZADO:

Uma análise dos fundamentos éticos e econômicos da norma trabalhista, nos paradigmas Juspositivista e Neoconstitucionalista

Tese apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito – Direito Privado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito

Orientadora: Profa. Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro

Área de concentração: Direito do Trabalho, Modernidade e Democracia.

Belo Horizonte

2017

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Mota, Konrad Saraiva
M917d Direito do trabalho humanizado: uma análise dos fundamentos éticos e econômicos da norma trabalhista, nos paradigmas Juspositivista e Neoconstitucionalista / Konrad Saraiva Mota. Belo Horizonte, 2017.
308 f.

Orientadora: Maria Cecília Máximo Teodoro
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito do trabalho - Aspectos econômicos - Brasil. 2. Neoliberalismo. 3. Positivismo - Aspectos jurídicos. 4. Neoconstitucionalismo. 5. Ética. 6. Direito - Filosofia. I. Teodoro, Maria Cecília Máximo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 331.16
Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito– CRB 6/2999

KONRAD SARAIVA MOTA

DIREITO DO TRABALHO HUMANIZADO:

Uma análise dos fundamentos éticos e econômicos da norma trabalhista, nos paradigmas Juspositivista e Neoconstitucionalista

Tese apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito – Direito Privado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito do Trabalho, Modernidade e Democracia.

Prof.ª Dr.ª Maria Cecília Máximo Teodoro (orientadora)

Prof. Dr. Márcio Túlio Viana (coorientador)

Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça

Prof. Dr. Cleber Lúcio de Almeida

Profa. Dr. Rafael Basile

Prof.ª Dr.ª Ana Virgínia Moreira Gomes

Belo Horizonte, 09 de março de 2018

Às minhas Anas.

AGRADECIMENTOS

Nenhuma pesquisa que se pretenda consistente é feita em isolamento. Direta ou indiretamente, por ações sugestivas ou renúncias colaborativas, inúmeras são as contribuições recebidas pelo pesquisador, o que transforma os agradecimentos em demonstração de gratidão e tributo de honestidade intelectual àqueles que dedicaram seu tempo aos propósitos ora materializados.

Quero agradecer, em primeiro lugar, à minha família, pelo apoio e incentivo.

Agradeço, também, aos professores do programa de pós-graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em especial àqueles que participaram da minha formação na linha de pesquisa em Direito do Trabalho, Modernidade e Democracia: Professores Doutores José Roberto Freire Pimenta, Maria Cecília Máximo Teodoro, Márcio Túlio Viana, Vitor Salino de Moura Eça, Cléber Lúcio de Almeida e Luiz Otávio Linhares Renaut, sem os quais a minha formação restaria incompleta.

Um agradecimento especial ao Professor Doutor José Roberto Freire Pimenta, com quem iniciei a orientação da pesquisa, e à Professora Doutora Maria Cecília Máximo Teodoro, que tão gentilmente aceitou dar continuidade na orientação e em cuja disciplina despertei para o tema aqui investigado.

Agradeço ao Professor Doutor Márcio Túlio Viana, por ter aceitado a coorientação desta tese e pelas considerações feitas nas aulas e seminários; ao Professor Doutor Vitor Salino de Moura Eça, por quem compartilho amizade e admiração profissional, sempre incentivando o crescimento intelectual de seus alunos; e ao Professor Doutor Cléber Lúcio de Almeida, cujas indicações bibliográficas e os reparos deram maior consistência ao presente trabalho.

Agradeço aos colegas e amigos que comigo dividiram os ensinamentos na PUC/Minas, em especial Sara Benevides e Cauã Baptista Pereira de Resende, que tornaram mais próxima a distância entre Fortaleza e Belo Horizonte, sempre que precisei cumprir com as formalidades de matrícula e depósito da tese para defesa.

Manifesto especial agradecimento aos funcionários da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/Minas, que jamais hesitaram em desempenhar, com presteza e comprometimento, suas funções institucionais.

Não poderia deixar de agradecer à Professora Doutora Ana Vírgínia Moreira Gomes, que de pronto atendeu ao convite para participar como avaliadoras da defesa pública desta tese; bem como ao Professor Doutor Rafael Basile, que também integrou a banca examinadora.

Rendo as mesmas homenagens ao Professor Macêdo Martins, que fez a correção gramatical do trabalho, e à Professora Núbia Garcia, a cargo de quem ficaram os ajustes metodológicos.

Quero, ainda, agradecer ao Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, entidade da qual me orgulho fazer parte, pelo deferimento do afastamento que me permitiu dedicar um ano de estudo na cidade de Belo Horizonte; e a Universidade de Fortaleza – UNIFOR, instituição na qual leciono e que também me concedeu a licença necessária ao cumprimento da carga horária do doutorado.

Finalmente, agradeço a toda equipe do Instituto Intellegens, especialmente ao meu amigo fraterno Professor Doutor Carlos Marden Cabral Coutinho que, quando residente em Belo Horizonte, me apresentou o Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/Minas e me tributou inestimáveis incentivos para nele ingressar.

Hoje, na certeza de que sou um dos cearenses mais mineiros que existe, a ponto de misturar baião de dois com pão de queijo, sinto-me grato a todos aqueles que, nominados ou não, contribuíram para o desfecho desta fase tão importante da minha vida.

Novembro de 2017.

RESUMO

A pesquisa investiga os fundamentos econômicos e éticos do Direito do Trabalho, nos paradigmas do juspositivismo e do neoconstitucionalismo. Para tanto, apresenta as principais teses do juspositivismo e a influência na análise econômica do Direito. Em seguida, identifica as fontes materiais do Direito do Trabalho e a ambivalência de suas normas para, na sequência, estudar as adaptações a que foram submetidos diversos institutos trabalhistas, em razão das exigências juspositivistas. A pesquisa aborda, também, as mudanças do constitucionalismo iniciadas após a Segunda Guerra, com a aproximação do direito de seus elementos éticos e a expansão internacional do sistema de proteção dos direitos humanos. A partir deste contexto, expõe argumentos para a aproximação entre o Direito do Trabalho e a nova perspectiva constitucional. O trabalho finaliza com o estudo da evolução do Direito do Trabalho no Brasil e a matriz de alteração de suas normas trazidas pela reforma de 2017.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Economia. Ética. Juspositivismo. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

The research investigates the economic and ethical standards of Labor Law, under juspositivism and neoconstitutionalism paradigms. For that, it presents the main juspositivism theses and its influence on Economic Analysis of Law. Then, it identifies the material sources of Labor Law and the ambivalence of its norms, in order to study about a lot of labor institutes adaptations, due to juspositivist demands. The research also investigates constitutionalism changes after the Second World War, with the approximation between Law and its ethical elements and the international expansion of the system of human rights protection. In this context, it presents arguments for the approximation between Labor Law and the new constitutional perspective. The research ends with the study of the Labor Law evolution in Brazil and the changes in its norms after the 2017 labor law reform.

Key words: Labor law. Economy. Ethics. Juspositivism. Neoconstitucionalism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 13

2 JUSPOSITIVISMO E NEUTRALIDADE MORAL: ABERTURA TEÓRICA PARA A VISÃO ECONÔMICA DO DIREITO 17

2.1 Positivismo jurídico: uma aproximação 18

2.2 Norberto Bobbio e as teses fundamentais da doutrina juspositivista 20

2.2.1 Abordagem avalorativa do Direito 22

2.2.2 A norma como fonte de qualificação do Direito 30

2.2.3 Juspositivismo e formalismo científico 37

2.3 Juspositivismo reformulado e o resgate crítico de algumas teses fundamentais 42

2.4 A doutrina positivista e a abertura teórica para uma visão econômica do Direito 47

2.4.1 Direito e Economia: a análise do Direito através de postulados econômicos 48

2.5 Direito do Trabalho e juspositivismo: uma primeira abordagem sobre o descompasso entre causa e estrutura 51

3 DIREITO DO TRABALHO, FONTES MATERIAIS E ESTRUTURA NORMATIVA: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO 53

3.1 Capitalismo, trabalho e modernidade: esboço dos ambientes econômico, social e político de institucionalização do Direito do Trabalho 54

3.1.1 Ambiente econômico: capitalismo e o modo de produção racionalizado 55

3.1.2 Ambiente social: a moderna luta de classes e a eclosão da questão social 63

3.1.3 Ambiente político: a transição do Estado Liberal para o Estado Social 69

3.2 Direito positivista do trabalho: o descompasso entre causa e estrutura normativa 74

4 DIREITO DO TRABALHO E AMBIVALÊNCIA 78

4.1 O fundamento econômico do Direito do Trabalho e a premissa do trabalho como fator de produção 79

4.1.1 Capitalismo, economia positiva e a exortação do *homo economicus* 83

4.1.2 Direito do Trabalho, autonomia contratual, preservação da propriedade e fomento à economia 87

4.2 O fundamento personalista do Direito do Trabalho e a premissa da dignidade humana 92

4.2.1 Humanismo, dignidade do trabalhador, necessidade e reconhecimento pelo trabalho 95

4.2.2 Direito do Trabalho e cidadania 98

4.3 A norma de direito positivo do trabalho e o (des)alinhamento com seus respectivos fundamentos 101

5 JUSPOSITIVISMO E A NORMA DE DIREITO DO TRABALHO: DISRUPÇÃO E CONTRAPONTOS 107

5.1 Direito e norma jurídica à luz do juspositivismo clássico 108

5.1.1 A natureza da norma jurídica positivista e seus fundamentos 109

5.1.2 A estrutura da norma jurídica positivista e sua validade 112

5.1.3 O objeto da norma jurídica positivista e suas funções 114

5.2 As normas de Direito do Trabalho e sua adequação ao modelo juspositivista 116

5.2.1 Como normatizar as relações de trabalho no modelo juspositivista? 117

5.2.2 Que funções as normas de Direito do Trabalho poderiam assumir na visão juspositivista? 122

5.3 Institutos de direito positivista do trabalho: disrupções e contrapontos 127

5.3.1 Uma crítica necessária 139

6 ALÉM DO POSITIVISMO DOGMÁTICO 141

6.1 A "virada" pós-positivista e suas bases filosóficas 142

6.1.1 Gustav Radbruch e a contemplação valorativa do Direito 144

6.1.2 Ronald Dworkin e os direitos levados a sério 146

6.1.3 Robert Alexy e a teoria dos direitos fundamentais 148

6.2 A instância de valoração normativa e a importância dos princípios no processo de justificação ética do Direito a partir das constituições 150

6.3 Neoconstitucionalismo e o primado da dignidade humana: um enfoque personalista 152

6.3.1 Abordagem neoconstitucional do Direito: a evolução constitucional e a superação da dogmática positivista tradicional 154

6.3.2 Uma aproximação entre o público e o privado 158

6.3.3 O exemplo do Direito Civil 161

6.4 Direito privado contemporâneo e o esboço de uma contradição: o Direito Civil personalizado e o Direito do Trabalho patrimonializado 165

7 DIREITO DO TRABALHO E A FLUIDEZ NEOLIBERAL: NECESSÁRIO RESGATE DOS FUNDAMENTOS ÉTICOS DA NORMA TRABALHISTA 168

7.1 A fluidez neoliberal e a desconstrução da norma trabalhista 170

7.2 O "pecado original" juspositivista: o fundamento econômico e as dificuldades de um direito personalista pós-moderno em matéria trabalhista 175

7.2.1 De que modo o positivismo contribuiu para a análise econômica do Direito do Trabalho? 176

7.2.2 Por que a interpretação econômica da norma trabalhista atende aos interesses neoliberais? 179

7.3 O resgate dos fundamentos éticos: revisitando as fontes materiais personalistas 181

7.3.1 O reconhecimento de que a economia não deve ser fonte exclusiva da norma, tampouco o pensamento econômico pode pautar a interpretação normativa 182

7.3.2 A dignidade humana não deixou de existir nas formações sociais pós-modernas, nada obstante suas inegáveis transformações 185

7.3.3 Quanto mais próximo o Direito do Trabalho estiver do ser humano, maior será sua capacidade de sustentação 187

7.4 A Expansão transnacional de um Direito do Trabalho humanizado: o valor social do trabalho como pressuposto para um desenvolvimento democrático e inclusivo 189

7.4.1 Juspositivismo e Direito Internacional: entre a indiferença política e o cosmopolitismo neconstitucional 191

7.4.2 O papel da Organização Internacional do Trabalho (OIT) na transnacionalização do direito do trabalho 193

7.4.3 Desenvolvimento econômico com segurança social 198

8 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E SEUS POSTULADOS EPISTEMOLÓGICOS: UM OLHAR PERSONALISTA 201

8.1 A constitucionalização expansiva dos direitos trabalhistas e a superação neoconstitucional da neutralidade juspositivista 202

8.1.1 O papel normativo dos princípios constitucionais de Direito do Trabalho 204

8.1.2 A postura inclusiva e garantista do Direito do Trabalho no Estado democrático de direito 207

8.1.3 A abertura constitucional para o reconhecimento da fundamentalidade de tratados internacionais em matéria trabalhista 209

8.2 Direito do Trabalho como direito humano social constitucionalizado 213

8.2.1 As dimensões da dignidade e o direito fundamental ao trabalho digno 214

8.2.2 A materialidade constitucional dos direitos trabalhistas 217

8.3 Eficácia dos direitos fundamentais trabalhistas nas relações privadas 219

8.4 Os postulados epistemológicos do Direito Constitucional do Trabalho sob o paradigma personalista 222

8.5 O Direito do Trabalho na medida do ser humano trabalhador 236

9 DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO NO BRASIL: PESOS E CONTRAPESOS 239

9.1 O juspositivismo e sua influência do Direito Privado brasileiro 239

9.2 O Direito do Trabalho no Brasil e o diálogo de suas fontes: fatos sociais e normas trabalhistas 243

9.2.1 O Brasil no final do século XIX e início do século XX: as primeiras leis trabalhistas ... 243

9.2.2 A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): o que ela é e o que ela não é 246

9.2.3 A Constituição de 1988 e os direitos trabalhistas constitucionalizados a partir da matriz ética da dignidade humana 253

9.3 Neoconstitucionalismo brasileiro e a aproximação do Direito Privado com a Constituição Federal de 1988: um novo locus para o Direito do Trabalho humanizado 256

9.3.1 A fundamentalidade material dos direitos trabalhistas e sua expressão principiológica 258

9.3.2 A abertura do rol de fundamentalidade para os tratados internacionais de direitos humanos em matéria trabalhista 261

9.3.3 O reconhecimento expresso do Poder Judiciário trabalhista, como garantia institucional de concretização dos direitos sociais 266

9.4 Neoliberalismo contemporâneo e a análise econômica do Direito do Trabalho no Brasil: positivismo, ambivalência e flexibilização 269

9.5 A reforma trabalhista de 2017: o discurso de reconstrução da economia a partir da desconstrução do ser humano 271

9.6 Direito do Trabalho brasileiro e o "fio condutor" da norma trabalhista após a reforma de 2017: ainda há espaço para um olhar personalista? 280

10 CONCLUSÃO 286

REFERÊNCIAS 294

1 INTRODUÇÃO

Por que os fundamentos econômicos do Direito do Trabalho têm sido tão acentuados ultimamente? Em que medida a pretensa neutralidade moral propagada pela doutrina juspostivista contribuiu para a análise econômica das normas trabalhistas? Como o Direito do Trabalho poderá ressignificar-se através dos fundamentos personalistas preconizados pelo novo constitucionalismo democrático e pelo sistema de proteção internacional dos direitos humanos? Que tipo de postura hermenêutica deve ser adotada para que o Direito do Trabalho possa reencontrar suas fontes materiais personalistas?

Todas essas indagações deixam claro que o empreendimento deflagrado na presente pesquisa é árduo e talvez não consiga – e sinceramente nem pretenda – trazer respostas definitivas para as referidas perguntas. Porém, decerto as investigações aqui realizadas colocarão em pauta uma abordagem teórica de inegável importância para a compreensão do processo evolutivo do Direito do Trabalho no mundo ocidental, a luz dos paradigmas juspositivista e neoconstitucionalista, permitindo ponderações sobre o atual momento desse ramo especializado do direito, inclusive no Brasil.

A pós-modernidade coloca o Direito do Trabalho em um verdadeiro paradoxo. Se, por um lado, as constituições contemporâneas unificam a materialidade dos direitos fundamentais em torno do postulado ético imponderável da dignidade da pessoa humana; por outro, a hegemonia capitalista e a fluidez neoliberal expandem-se rapidamente e em níveis globais, introjetando o pensamento econômico em todas as esferas da vida humana.

Em meio a esse turbilhão de contradições, a ambivalência do Direito do Trabalho realça seus contrapontos, colocando em conflito os fundamentos humanos e econômicos das normas trabalhistas. Embora as fontes materiais do Direito do Trabalho tragam em si componentes axiológicos densamente associados à matriz personalista de promoção da dignidade do ser humano trabalhador, esse ramo do Direito, ao reger as relações de trabalho, deixa marcas na Economia, sendo por ela intensamente influenciado.

Ao institucionalizar-se positivamente, nos anos finais do século XIX e início do século XX, o Direito do Trabalho deparou-se com a prevalência do padrão normativo positivista, que apregoava a neutralidade moral das normas como único caminho para o reconhecimento científico. Nesse ambiente, o Direito do Trabalho precisou adaptar seus institutos às exigências de objetividade e formalismo, abrindo espaço para uma maior ênfase aos elementos econômicos, essencialmente consequenciais.

De maneira não necessariamente intencional, o juspositivismo colaborou para exortação dos componentes patrimoniais do Direito do Trabalho, favorecendo – como de resto o fez com os demais ramos do Direito – o crescimento de correntes teóricas vocacionadas a uma análise meramente econômica das normas laborais, deixando-lhe marcas que, hoje, atentam contra sua própria permanência.

Acontece que, a partir da segunda metade do século XX, após as ruínas morais deixadas pelas Grandes Guerras, o Direito, baseando-se em teorias de contemplação valorativa e normatização principiológica, inicia um processo progressivo de superação da dogmática positivista tradicional, na direção de um constitucionalismo dirigente e preocupado com a dignidade das pessoas.

Como consequência, ganha vigor um projeto de Estado comprometido com a democracia e a inclusão, no qual o valor social do trabalho ostenta lugar de destaque. Sem falar na ampliação do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, impondo agendas personalistas aos países que assumiram pactos nesse sentido.

A conjugação desses fatores colocou o Direito Privado do século XXI ao encontro da nova teorética constitucional. A despeito disso, o Direito do Trabalho tem enfrentado enorme dificuldade de se reafirmar sob os auspícios do paradigma personalista, na proporção que seus institutos vêm sendo cada vez mais analisados com esteio no pensamento econômico, rendendo-se às teses de flexibilização e desregulamentação das relações de trabalho.

Exemplo recente da dinâmica de desconstrução do Direito do Trabalho pode ser identificado na reforma trabalhista brasileira de 2017, cujos discursos de empregabilidade e crise econômica alimentaram a edição de uma legislação desalinhada com os valores constitucionais personalistas de dignidade e inclusão social, gestados no ventre da Constituição Cidadã de 1988.

Destarte, é imperiosa a adoção, por parte dos operadores do Direito do Trabalho, sobretudo no Brasil, de uma hermenêutica condizente com a legitimidade ética da Constituição, o princípio da vedação ao retrocesso social e o respeito às convenções internacionais em matéria trabalhista, a fim de garantir a supremacia constitucional e a salvaguarda da dignidade do ser humano trabalhador.

É com a certeza da emergência de reflexões sobre o objeto investigado e o sentimento de oxigenação dos debates acerca dos novos rumos do Direito do Trabalho contemporâneo, que a presente pesquisa foi concebida.

Predominantemente orientada pelo método dedutivo e, pontualmente, pela variação hipotético-dedutiva, a pesquisa valeu-se do estudo bibliográfico e interdisciplinar sobre o tema proposto.

Dividido em oito capítulos, o trabalho inicia dedicando o primeiro capítulo à investigação das raízes do juspositivismo e a abertura teórica para uma visão econômica do Direito. No segundo capítulo, promove um diálogo necessário com as fontes materiais do Direito do Trabalho para, no terceiro capítulo, abordar a ambivalência das normas trabalhistas e o aparente conflito entre conteúdo e estrutura, por ocasião de sua institucionalização positiva.

No quarto capítulo, a pesquisa investiga as repercussões da doutrina juspositivista no Direito do Trabalho e o processo de adaptação de seus institutos às teses de distanciamento ético. O quinto capítulo é destinado à análise da virada pós-positivista e crescimento do novo constitucionalismo, superando a dogmática juspositivista tradicional. No sexto capítulo, a pesquisa se preocupa em avaliar a fluidez neoliberal pós-moderna e o empenho de resgate dos fundamentos personalistas das normas trabalhistas.

O sétimo capítulo é construído em torno da constitucionalização do Direito do Trabalho e seus postulados epistemológicos, atentando-se ao esforço de aproximação com o novo constitucionalismo, através da dignidade da pessoa humana em sua dimensão trabalhista. Finalmente, o oitavo capítulo incursiona no Direito do Trabalho brasileiro, investigando os mais relevantes momentos de institucionalização normativa, com destaque para a reforma trabalhista de 2017 e o respectivo descompasso com o substrato axiológico da Constituição Federal de 1988, sugerindo vetores hermenêuticos para a um olhar personalista sobre as mudanças.

Ciente de que a maturidade investigativa pressupõe a porosidade do estudo para opiniões e críticas, a pesquisa se apresenta aos leitores com a certeza de hospitalidade para contribuições e sugestões indispensáveis ao seu aprimoramento.

2 JUSPOSITIVISMO E NEUTRALIDADE MORAL: ABERTURA TEÓRICA PARA A VISÃO ECONÔMICA DO DIREITO

A reflexão filosófica acerca do juspositivismo e de seus fundamentos não é um empreendimento recente. A partir do clássico contraponto com o direito natural, a doutrina juspositivista possui, de um lado, seguidores declarados; de outro, severos críticos. Obviamente que não é objeto desse trabalho ressoar a cizânia entre os dois paradigmas teóricos, tampouco trazer à tona o embate secular entre direito natural e direito positivo.

Assim, compreender algumas das principais teses da doutrina juspositivista constitui tarefa indispensável na presente pesquisa. Isto porque, segundo o que aqui se sustenta, foi exatamente a pretensa neutralidade moral e retidão científica perseguidas pelos teóricos do positivismo jurídico, associadas à elevação da lei como fonte maior de qualificação do direito, que talharam a abertura ideal para a justificação econômica da norma, não raramente afastando seu componente existencial, porquanto demasiadamente axiológico.

Uma advertência, porém, se faz oportuna: logicamente não se ignora a "[...] multivalência e maleabilidade do direito." (GOYARD-FABRE, 2007, p. XL), de modo que limitá-lo à perspectiva doravante apontada seria incorrer em indesejado reducionismo. No entanto, todo corte epistemológico passa pela escolha de alguns pressupostos, a partir dos quais se desenvolve o argumento. É exatamente como pressuposto que a análise da doutrina juspositivista e de suas teses fundamentais será a seguir realizada.

Em primeiro lugar, será feita uma breve aproximação na doutrina positivista para, em seguida, apresentar suas teses fundamentais na visão de Norberto Bobbio. Dentre as teses elencadas por Bobbio, serão escolhidas as três consideradas mais relevantes para o que aqui se pretende sustentar: a abordagem avaloralativa do direito, a norma como qualificação do direito e o cientificismo formalista. Na sequência, será investigado como a doutrina positivista conferiu abertura teórica para a visão econômica do direito, bem como sua análise a partir de postulados econômicos, com reflexos sobre o direito do trabalho.

2.1 Positivismo jurídico: uma aproximação

Desde a antiguidade até os anos finais do século XVIII, as áreas do conhecimento que pensavam o homem e a sua relação como o mundo social (filosofia, sociologia e direito) ainda mantinham no tom uma coloração cosmo-teológica. A presença de justificativas metafísicas não se desprendia das referidas correntes de pensamento. Por outro lado, as ciências físico-matemáticas tornavam-se cada vez mais objetivas, estabelecendo estruturas de demonstração pautadas na certeza e segurança dos resultados.

Acontece que o componente metafísico – até então marcante nas ciências humanas – acabava por comprometer seu *status* científico, segundo os parâmetros metodológicos da época. Foi por conta disso que "a escola positivista, criada no século XIX, procurou transportar para o campo da ética e da vida social o mesmo rigor de análise e raciocínio, próprio das ciências exatas" (COMPARATO, 2006, p. 350). Ressalte-se que o positivismo não foi uma construção teórica que limitou seus contornos ao campo do direito. Na verdade, pode-se tranquilamente falar em vários tipos de positivismo.

Losano (2010, p. 28-33), destacando como ponto comum a recusa da metafísica, identifica, além do positivismo jurídico, outros dois tipos de positivismo: (i) positivismo sociológico ou clássico; e (ii) positivismo lógico. O primeiro, cuja difusão está associada à obra de Auguste Comte[1], "[...] introduz nas ciências sociais uma precisão análoga à matemática e às ciências naturais" (LOSANO, 2010, p. 29), relativizando os valores com vistas à refutação dos fundamentos morais. O segundo, resultado dos estudos realizados no Círculo de Viena[2], tinha na linguagem o centro de suas análises, de modo que "purificada a língua das proposições metafísicas destituídas de sentido, abre-se o caminho à criação de uma linguagem científica capaz de [...] unificar as ciências da natureza com as da cultura" (LOSANO, 2010, p. 31).

Já o positivismo jurídico surge como herança do positivismo clássico, que, de acordo com Losano (2010), reúne em si pelo menos dois princípios fundamentais: (i) somente o

[1] As principais obras positivistas de Comte são Curso de Filosofia Positiva (1830) e Sistema de Política Positiva (1851).

[2] "Tratava-se de um grupo de filósofos que cultivava a herança positivista unindo-se, sobretudo ao empirismo de Ernest Mach e ao rigor demonstrativo da lógica matemática e à análise da linguagem. A esse Círculo – ponto de referência ideal, mais do que escola verdadeira e própria – pertenceram, entre outros, Rudolf Carnap (1891-1970), Otto Neurath (1882-1945) e Moritz Schlick (1882-1936), sucessor de Mach na cátedra vienense" (LOSANO, 2010, p. 30-31).

direito positivo é considerado direito; e (ii) o direito assim posto deve ser incondicionalmente obedecido. Nas palavras do autor:

> Os princípios fundamentais comuns aos positivismos jurídicos do século XIX são pelo menos dois: (a) somente o direito positivo é direito: o direito deve ser produzido pela autoridade constituída de acordo com certos procedimentos segundo um 'procedimento externamente reconhecível', e essa 'forma jurídica' é tão essencial quanto seu conteúdo; (b) o direito assim posto deve ser incondicionalmente obedecido: o único modo juridicamente admissível para exprimir o próprio dissenso é atuar para uma reforma legislativa das normas em contraste com os próprios valores; os valores são, de fato, elementos subjetivos e irracionais. Mas a norma formalmente em vigor deve ser aplicada, mesmo que desaprovada, até quando não seja substituída por outra. (LOSANO, 2010, p.31-32).

Goyard-Fabre (2007, p. 76), escrevendo acerca das teorias juspositivistas e de suas pretensões cientificistas, elenca alguns predicados do positivismo no direito. Segundo a autora, para os positivistas, "[...] a natureza do direito acaba se confundindo com a forma estatutária da lei", donde decorreriam as seguintes características:

> [...] o estatismo centralizador, a organização dedutivista do direito e, portanto, a coerência do aparelho jurídico, a separação entre legalidade jurídica e legalidade moral, a autonomização do direito que deve evitar, em seu formalismo, qualquer referência a um horizonte de valor.

Ainda sobre o tema, Cruz e Duarte (2013, p. 27-44) fazem um *brainstorming* para apontar ao menos três tipos distintos de positivismo jurídico: (i) o positivismo metodológico; (ii) o positivismo como teoria geral; e (iii) o positivismo ideológico. Conforme os autores, o primeiro busca considerar o direito, enquanto objeto da ciência jurídica, como algo objetivo e dotado de neutralidade axiológica, afastando de si os juízos valorativos e morais. O segundo tem sua preocupação voltada para a definição de direito, destacando a coação, a imperatividade das normas e suas fontes. Já o terceiro defende a absoluta observância do direito positivo, pregando a obediência da lei pelo simples fato de ser lei.

Noel Struchiner (2008, p. 320), malgrado reconheça que o positivismo jurídico é bastante associado tanto a ceticismo ético, como a um formalismo exacerbado, que preconiza o respeito da lei pela lei, sustenta que "[...] a única tese legítima, capaz de descrever de forma fidedigna aquilo que todo e qualquer positivista aceita enquanto tal é a tese do positivismo conceitual". Para o autor, tal tese é aquela "[...] segundo a qual o direito é identificado por meio de um critério de fonte e não um critério de mérito". (STRUCHINER, 2008, p. 319).

Como se pode perceber, tanto a doutrina nacional como a estrangeira não medem esforços em apontar a existência de uma coerência sistêmica para o positivismo jurídico, seja

enquanto metodologia científica seja como teoria normativa ou mesmo na qualidade de empenho ideológico. O fato é que muito do prestígio que hoje desfruta o direito moderno deve-se, em boa medida, à doutrina juspositivista.

Obviamente que um maior aprofundamento no estudo do positivismo jurídico acabaria por suplantar aquilo que se pretende no presente trabalho. Destarte, optou-se pela abordagem feita por Norberto Bobbio, um dos mais célebres estudiosos do assunto, cuja obra apresenta os pontos fundamentais da doutrina juspositivista, conforme se verá adiante.

2.2 Norberto Bobbio e as teses fundamentais da doutrina juspositivista

Em O Positivismo Jurídico, obra com primeira edição datada de 1961, Norberto Bobbio, após incursionar nas origens históricas do positivismo jurídico, expõe as características fundamentais da doutrina, dividindo-as em sete pontos: (i) o modo de abordar o direito; (ii) a definição de direito; (iii) as fontes do direito; (iv) teoria da norma jurídica; (v) teoria do ordenamento jurídico; (vi) método da ciência jurídica; e (vii) teoria da obediência.

De acordo com o autor, o primeiro ponto estaria voltado a analisar o direito como um fato e não como um valor: "o direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados [...]; o jurista deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista" (BOBBIO, 2006, p. 131-134). Evidencia-se, aqui, o caráter avalorativo do direito, que não deve-se preocupar com juízos subjetivos acerca daquilo que é bom ou mau, justo ou injusto.

Por derivação surgiria a "[...] teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal" (BOBBIO, 2006, p. 131), assim considerada aquela edificada conforme as regras de competência estabelecidas pelo próprio ordenamento. Dessa maneira, o direito encontraria validade com base em elementos internos, alheando-se das influências externas posto que não normativas.

O segundo ponto "[...] define o direito em função do elemento coação" (BOBBIO, 2006, p. 131). Ora, se o direito existe em função de fatos e sua validade está respaldada no ordenamento, as normas criadas devem ser aplicadas mesmo contra a vontade individual de seus destinatários, por meio da força. Trata-se de uma visão imperativista do direito, visto como uma ordem.

O terceiro ponto expressa na lei sua fonte por excelência. O direito seria, assim, resultado da vontade humana, consubstanciada na legislação tal como posta no ordenamento

jurídico. Nesse particular, “o positivismo jurídico elabora uma complexa doutrina das relações entre a lei e o costume [...], entre lei e direito judiciário e entre lei e direito consuetudinário” (BOBBIO, 2006, p. 132). Exclui-se do direito tudo aquilo que não esteja segundo o disposto na lei. Trata-se de tese fundamental na doutrina juspositivista, dada a exigência de afirmação do direito enquanto obra do homem, afastando qualquer vestígio de um direito gerado na natureza.

O quarto ponto foca-se na teoria na norma jurídica. Aqui, “o positivismo jurídico considera a norma como um comando, formulando a teoria imperativista do direito [...]” (BOBBIO, 2006, p. 132). Intimamente ligada à segunda tese, que enxerga o direito como coação, a norma jurídica no positivismo não passaria de uma ordem, cujo descumprimento resultaria em sanção oficialmente imposta pelo Estado.

Sintetizando a função da norma na teoria imperativista do direito, assinala Vasconcelos (2006, p. 55) que ela atuaria “[...] sobre a vida de cada um de modo imperativo, à semelhança de mecanismo de pressão, assim cumprindo a finalidade de manter a todos em sintonia com a forma de vida coletiva”. Mais adiante, porém, o autor destaca que a imperatividade não passaria de uma pseudo característica na norma, pois ignora que esta é um “[...] juízo enunciativo de uma conduta desejada e de um resultado previsto” (VASCONCELOS, 2006, p. 145), e não de uma ordem cujo acatamento seria impositivo.

O quinto ponto evidencia o ordenamento jurídico considerando “[...] a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade” (BOBBIO, 2006, p. 132). Por sua vez, o ordenamento jurídico deve ser dotado de unidade, coerência e completude. A unidade, [...] pressupõe como base do ordenamento uma norma fundamental com a qual se possam, direta ou indiretamente, relacionar todas as normas do ordenamento” (BOBBIO, 1995, p. 71). A coerência resulta da ideia de que “[...] num ordenamento não devem existir antinomias” (BOBBIO, 1995, p. 110), de modo que o próprio sistema normativo precisa criar condições para solver suas contradições. Finalmente, “por ‘completude’ entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. [...] significa falta de lacunas” (BOBBIO, 1995, p. 115).

O sexto ponto, pautado no método da ciência jurídica, volta-se ao problema da interpretação das normas. Nesse sentido, “o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo

sobre o produtivo ou criativo do direito" (BOBBIO, 2006, p. 133). A interpretação normativa preconizada pelo positivismo jurídico limitar-se-ia a simples reprodução da literalidade legal.

Finalmente, o sétimo ponto, relaciona-se à "teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal" (BOBBIO, 2006, p. 133), segundo a qual a lei deve ser cumprida sem questionamentos pelo fato de ser lei. Nesse sentido, o positivismo mais se aproximaria de uma atitude ideológica ou ética, na medida em que "o homem se encontra num estado de total sujeição a tal ordenamento e nada pode fazer senão obedecer ou, não obedecendo, cometer um ato ilícito e, portanto, punível" (BOBBIO, 2006, p. 226). Certamente o positivismo ideológico, tanto na sua versão extrema como na moderada, foi responsável pelas mais contundentes críticas à doutrina, haja vista a imposição de observância da lei, sem considerar sua matriz política e/ou axiológica.

Em sua obra, Bobbio (2006) desenvolve com propriedade os sete pontos da doutrina juspositivista acima elencados. Para o presente trabalho, todavia, apenas três das sete teses do positivismo jurídico serão aprofundadas, quais sejam: o modo de abordar o direito (i); a teoria das fontes do direito (iii) e o método da ciência jurídica (vi). Acredita-se que elas respondem pela abertura teórica de justificação econômico-patrimonial do direito.

Na primeira, será explicitada a abordagem avalorativa do direito preconizada pelo positivismo jurídico, enfatizando-se o purismo de Hans Kelsen e o positivismo inclusivo de Herbert Hart. Na segunda, a lei será apresentada como fonte de qualificação do direito, com destaque para a teoria da norma e o direito civil como fonte maior do normativismo positivista no campo do direito privado. Por fim, na terceira, será enfrentada a questão do cientificismo jurídico de Kelsen e sua tentativa de criar uma verdadeira ciência do direito.

2.2.1 Abordagem avalorativa do direito

A primeira das teses de Bobbio a ser desenvolvida na presente pesquisa refere-se à abordagem avalorativa do direito feita pela doutrina juspositivista. O positivismo jurídico, no seu desiderato dissociativo com a moral, procurou afastar do direito as influências metafísicas, de matriz axiológica, consideradas extrajurídicas. A ideia era depurar o direito de tudo que não fosse normativo, rumo ao tão almejado purismo teórico.

A compreensão dessa investida juspositivista não pode se iniciar senão pelo entendimento da questão da independência conceitual do direito. Isto porque, sobretudo na

sua origem, a doutrina positivista cerrou trincheiras no sentido de construir uma autossuficiência conceitual do direito, concebendo o que Goyard-Fabre (2007, p.XIX) chama de "maturação semântica" do termo:

> A maturação semântica tendente a livrar o termo direito das interferências e confusões que lhe velavam o pensamento se deu em três ondas sucessivas: seu conceito, primeiro emancipado de suas implicações teleológicas e depois de sua ressonância moral, pretendeu a neutralidade axiológica.

Na sequência, a autora explica cada uma das três ondas. A primeira, alicerçada na dessacralização do direito, visava extrair seu invólucro cosmoteológico, imperante no medievo. A segunda procurou eliminar do direito qualquer componente moral, realizando uma cisão entre aquilo que era considerado jurídico e aquilo que estaria fora do direito. Finalmente, a terceira onda promovera uma retração ainda maior do horizonte axiológico do direito, na tentativa de alcançar uma pretensa neutralidade (GOYARD-FABRE, 2007, p. XX-XXVII).

> A axiomática básica dos positivismos resume-se, não obstante seus variados sotaques, a dois postulados: o legicentrismo estatal e a neutralidade axiológica do direito. Sobre essa base de trabalho, a intenção metodológica da doutrina é clara: o positivismo quer ser uma teoria do direito positivo. A vacuidade axiológica do direito e sua indiferença por qualquer horizonte metajurídico devem possibilitar seu tratamento científico, de certo modo imunizando contra toda tentação filosófica. A teoria positivista do direito descreve o direito independentemente de toda problemática de constituição: só interessa o direito tal como é 'estabelecido'.

Apresentava-se extremamente útil ao anseio positivista de edificar uma teoria do direito positivo afastar deste as suas influências morais ou axiológicas. Quanto mais neutro, mais puro seria e, somente assim, poderia, na visão positivista, existir uma ciência do direito verdadeiramente genuína. Evidente que esse ânimo positivista, apesar de ter sido fundamental para a construção da autonomia científica do direito, sofreu temperamentos ao longo dos tempos, fazendo emergir duas grandes visões sobre a influência da moral no direito.

A primeira, cujo maior expoente foi, sem dúvida, o jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973), é denominada de positivismo jurídico exclusivo ou forte, visto que não reconhece a presença de qualquer conteúdo moral no direito. Este se limitaria à norma, sendo extrajurídico aquilo que não a compusesse. A segunda, tendo como destaque o jusfilósofo inglês Herbert Hart (1907-1992), é intitulada de positivismo exclusivo ou fraco, na medida em que admite a influência da moral no direito, embora não a considere como essencial à sua validez.

Não por outra razão é que as doutrinas de Kelsen e Hart foram escolhidas na presente pesquisa como paradigmáticas na análise da abordagem avalorativa do direito preconizada

pelo juspositivismo, a fim de confirmar a tese de que a assepsia axiológica do direito favoreceu uma maior abertura à sua justificação a partir de postulados econômico-patrimonialistas.

a) O purismo kelseniano e a validez normativa dissociada de influências morais

Apesar de não inaugurar a investigação do conhecimento do direito enquanto tal, resta inequívoco que a obra de Kelsen (1998, p. 1) destaca-se pela relevância de empreender esse desiderato de maneira estruturalmente convincente. Já na primeira edição de sua Teoria Pura, publicada no ano de 1934, o autor sustenta a pretensão de "garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito".

A compreensão do purismo kelseniano passa pelos pressupostos a partir dos quais sua teoria fora concebida. Até os anos que antecedem o início do século XX, os postulados jusnaturalistas de conformação moral do direito ainda mantinham a robustez de suas raízes, arraigadas na percepção que não se desprendia dos ideais éticos de justiça e retidão cristã. O direito, neste contexto, permanecia impregnado de ideologias voltadas a determinar aquilo que se permitia considerar como certo ou errado, a partir de preceitos morais da época.

Ressalte-se que, naquela ocasião, o direito não ostentava o prestígio de ciência social aplicada. A própria sociologia, aliás, ainda buscava uma afirmação metodológica capaz de lhe conferir o *status* de ciência autônoma. Eis o desafio kelseniano: como desenvolver uma teoria genuinamente jurídica, se o direito não conseguia determinar seus próprios contornos? Para tanto, Kelsen (1998, p. VII) buscou isolar o direito de tudo o que não perfilhasse seu objeto. Este desígnio é claramente observado no prefácio à primeira edição da Teoria Pura, na qual o autor prestigia a intenção de purificar o direito de todas as ideologias políticas e metafísicas. Era preciso, pois, retirar do direito qualquer caráter valorativo, conferindo-lhe certeza e objetividade.

Uma das teses na qual se apoia o purismo do direito reside no seu necessário afastamento da moral. Nesse particular, Kelsen (1998, p. 17) principia seu argumento esclarecendo que os indivíduos, nas suas relações intersubjetivas, inserem-se em ordens sociais. A ordem normativa, assim entendida como aquela que regula a conduta do homem em sociedade, é um tipo de ordem social. Para o autor, moral e direito seriam ordens sociais normativas, já que destinadas a estabelecer modelos de conduta.

Existem, assim, normas jurídicas e normas morais, que se distinguem em seus efeitos. Isto porque, as normas jurídicas são as únicas que brotam de uma ordem social coercitiva. A coerção, para Kelsen, é sempre externa ao infrator, provém do Estado na sua estrutura oficial (órgãos competentes). É bem verdade que a norma moral também traz consigo um resultado repressivo, conquanto interior ao infrator. Se alguém age de maneira moralmente reprovável, a reprovação é ínsita ao transgressor. Por outro lado, uma conduta contrária ao direito ensejará uma coerção externa ao transgressor, oriunda da ordem estatal e do ordenamento que a suporta.

> Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no *como* elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando - como já mostramos - se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme as normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física (KELSEN, 1998, p. 44).

Na verdade, tanto a norma jurídica como a norma moral se expressam através de um "dever ser". Para Kelsen (2000, p. 51), "[...] a afirmação de que um indivíduo 'deve' se conduzir de certo modo significa que essa conduta está prescrita por uma norma – ela pode ser uma norma moral, jurídica ou de algum outro tipo.". A diferença reside exatamente na sanção, já que o descumprimento na norma jurídica traz consigo uma consequência punitiva prevista pelo próprio ordenamento.

Partindo da mesma matriz argumentativa utilizada por Kelsen para diferenciar norma jurídica de norma moral, esclarece Vasconcelos (2006, p. 23) que ambas são "[...] espécies de normas éticas, pelo que se ocupam de condutas. Enunciam-se, porém, de modo bem distinto, porquanto uma é regra de vivência, a outra de convivência". Para o autor, a norma moral se expressa mediante um juízo hipotético simples, dizendo aquilo que deve ser, sem prever uma consequência coercitiva. Já a norma jurídica se expressa através de um juízo hipotético disjuntivo, dizendo o que deve ser e trazendo uma consequência coercitiva para o caso de não ser.

Destarte, as normas jurídica e moral, malgrado constituírem espécies de um gênero modelar de conduta, distinguem-se pela consequência. A primeira traz consigo uma sanção, externa ao infrator e imposta pelo Estado. A segunda resulta, no máximo, em ressentimentos interiores ao transgressor, que podem até nascer ou sofrerem influência da comunidade em que vive, porém nunca dotados da coercibilidade estatal.

Outro aspecto que, em Kelsen (1998, p. 45-47), contribui para a separação entre direito e moral refere-se à relatividade desta. A moral é relativa. O que é moralmente bom ou justo hoje, pode não sê-lo amanhã. O que é moralmente bom ou justo em uma sociedade, pode não sê-lo em outra. Não existe uma moral absoluta. Assim, quando não se pode pressupor qualquer valor moral absoluto, não se tem como dizer, *a priori*, se algo é bom ou mau, justo ou injusto. O valor moral é sempre relativo e o que é comum em todos os sistemas morais é o fato de serem normas sociais, e nada mais.

Obviamente que Kelsen (1998, p. 47) não ignora que "o direito positivo deve corresponder a um determinado sistema de moral entre os vários sistemas morais possíveis". Entretanto, isso não significa que a validade da ordem jurídica dependa de sua concordância ou não com qualquer sistema moral. Assim, o direito sustenta-se válido tanto dentro de um sistema moralmente bom, como de um moralmente mau. Insistir na correspondência entre direito e moral implicaria pressupor uma moral absoluta, o que não existe para o purista austríaco.

A rigor, a dissociação entre moral e direito perquirida pela Teoria Pura acaba por conservar a validez normativa independentemente do contexto moral no qual a norma se insere. A regra de conduta seria válida ainda que o sistema de valores ao qual corresponda não seja moralmente bom ou justo. Esse empenho teórico abrevia a compreensão do fenômeno jurídico a um apanhado essencialmente descritivo.

> [...] a formulação teórica do 'positivismo sem qualificativos', ao rechaçar a moral, enquanto instância valorativa dos mecanismos de identificação do direito, e repelir, também, o critério material de validez normativa, parece preocupar-se com o fato de que a teoria positivista, em qualquer instância, definir-se fora da perspectiva estritamente descritiva do fenômeno jurídico. (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 35).

A teoria positivista de Kelsen (2000, p. 166) deixa claro que a validez normativa prescinde de qualquer conteúdo axiológico, ou seja, "[...] a validade de uma norma não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político. Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso".

A assepsia moral pretendida pelo purismo kelseniano não tardou em abrir espaços para uma recomposta hermenêutica de justificação patrimonialista do direito, favorecendo a análise econômica de inúmeros institutos jurídicos, sobretudo aqueles frequentes nas relações privadas. Ora, se a validez normativa depende apenas da observância de critérios formais

(norma válida é aquela produzida pelos órgãos competentes), sobeja um vácuo axiológico que patrocina uma invasão patrimonial na interpretação e aplicação do direito, dada a inegável objetividade desse tipo de abordagem.

b) O positivismo inclusivo de Herbert Hart

Em *The Concept of Law*, original em inglês com primeira edição datada de 1961 e versão em português denominada O Conceito de Direito, Herbert Hart (2007, p. 101) apresenta o direito como um sistema jurídico formado pela união de regras primárias e secundárias. Para o autor, as regras primárias são regras de obrigação e podem existir até mesmo em comunidades primitivas. Formam-se a partir de padrões de conduta e controle social de natureza costumeira ou consuetudinária, em sistemas que nomeou de pré-jurídicos.

Acontece que, embora as regras primárias de obrigação, muitas baseadas em ameaça, sejam necessárias à existência do Direito, afiguram-se débeis para sustentar sistemas sociais complexos. Daí a necessidade de associarem-se a regras secundárias, capazes de permitir que as regras primárias sejam criadas, extintas e alteradas, mediante mecanismos oficiais, fazendo com que o sistema ganhe contornos jurídicos mais bem definidos. Nas palavras do autor:

> [existe] a necessidade de distinguir entre dois tipos de regras diferentes, embora relacionados, se quisermos fazer justiça à complexidade de um sistema jurídico. Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas acções [sic], quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados (HART, 2007, p. 91).

Hart parte da compreensão de que o ordenamento possui regras de obrigação (primárias). Porém, uma comunidade jurídica complexa não pode ser reduzida a tais regras. Em primeiro lugar, devido a sua incerteza, já que não formariam um sistema, mas um mero conjunto de padrões apartados; em segundo lugar, porque as regras primárias tendem a possuir um caráter estático, não acompanha as modificações sociais; e em terceiro lugar, pela fragilidade de sua manutenção (ineficácia), frente às pressões sociais (HART, 2007, p. 102-103).

A solução para os defeitos apontados, de acordo com Hart (2007, p. 104-107), seria a associação das regras primárias com regras secundárias. Para a incerteza das regras primárias, o remédio estaria na introdução da regra de reconhecimento, que, além de permitir a

identificação concludente das regras de obrigação, as dotaria de autoridade. Já o remédio para a qualidade estática das regras primárias seria a inserção das regras de alteração, conferindo poderes para a criação de novas regras de obrigação e extinção das antigas. Finalmente, para o problema da ineficácia, o remédio seria as regras de julgamento, que definiriam tanto aqueles que devem julgar, como o procedimento a ser adotado.

De todas as regras secundárias utilizadas como "remédios" para os defeitos apresentados pelas regras primárias de obrigação, Hart (2007, p. 111) destaca como essencial à validade de um sistema jurídico (verdadeiro fundamento deste) a regra de reconhecimento. Para o autor, "onde quer que uma tal regra de reconhecimento seja aceite [sic], tanto os cidadãos particulares como as autoridades dispõem de critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação". Assim, uma regra será válida sempre que atender aos critérios da regra de reconhecimento.

A regra de reconhecimento, tida por Hart (2007, p. 118) como "[...] regra última de um sistema", é interna ao direito. Dela o sistema de obrigações retiraria sua validade. Assim, o autor confirma a tese positivista de dissociação entre direito e moral. Contudo, ao contrário de Kelsen, Hart adota um positivismo moderado[3], outrora "batizado" de positivismo inclusivo ou fraco (soft) [4]. Isto porque, Hart (2007, p.220) não ignora que o direito é influenciado pela moral.

> O direito de todos os Estados modernos mostra em pontos muito numerosos a influencia não só da moral social aceite, como também de ideais morais mais vastos. Estas influencias entram no direito, quer de forma abrupta e confessada, através da legislação, quer de forma silenciosa e paulatina, através do processo judicial. [...] Nenhum positivista poderá negar estes factos, nem que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte de tais tipos de correspondência com a moral. Se tal for o que se quer dizer com a expressão conexão necessária do direito e da moral, então a sua existência deverá ser admitida.

Assim, tem-se que "[...] a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos" (HART, 2007, p. 312), o que não significa dizer que não exista uma separação entre direito e moral. Na verdade, o ponto de vista de Hart, na condição de positivista moderado é "[...] interno e compreensivo, pois assume a possibilidade, mas não a necessidade, da moral [...]" (MOREIRA, 2008, p. 239). Mantém-se, com isso, fiel à tese positivista de que a validez do

[3] O próprio Hart (2007, p. 312), no *postscript* de O Conceito de Direito, formulado em resposta às criticas de Dworkin, assinala: "por isso a minha doutrina é aquilo que tem sido designado como 'positivismo moderado' [...]".

[4] De acordo com Duarte (2014, p. 37), "esta versão do positivismo jurídico tem sido denominada *inclusive legal positivismo* (positivismo jurídico inclusivo) porque se caracteriza por sugerir que é possível que existam sistemas jurídicos cujos critérios de validez incluam normas morais substantivas".

direito se dá pelas suas fontes e não necessariamente pelo seu mérito, nada obstante tais fontes possam agrupar certos preceitos morais.

Tanto é verdade que Hart (2007, p. 188) detém-se em apresentar quatro características fundamentais que diferenciam as regras morais das regras de direito. A primeira delas é a importância. Para o autor, "[...] um traço essencial de *qualquer* regra ou padrão moral é aquele que é encarado como algo de grande importância". Significa dizer que os modelos morais geralmente possuem uma repercussão e relevância social mais ampla. Já "uma regra jurídica pode ser considerada pelas pessoas em geral como não tendo importância [...], porém permanece como regra jurídica até ser revogada" (HART, 2007, p. 190).

A segunda característica da regra moral é sua imunidade de alteração deliberada. Ao contrário das regras jurídicas, que podem ser alteradas ou revogadas pela vontade do legislador, os princípios morais perpetuam-se e "[...] *não podem* ser criados, alterados ou eliminados por este modo" (HART, 2007, p. 190). A terceira característica reside no caráter voluntário dos delitos morais. Para Hart (2007, p. 194-195), a violação de uma regra moral é sempre dolosa, intencional. Como sustenta o autor, "[...] é uma condição necessária para a responsabilidade moral que o indivíduo deva ter um certo tipo de controlo [sic] sobre a sua conduta". Já a violação das regras jurídicas pode ocorrer de maneira objetiva, sem os elementos voluntários do dolo ou da culpa. Tanto é verdade que, para muitos delitos, a lei prevê uma responsabilidade objetiva do infrator.

Por fim, a quarta característica da regra moral situa-se na forma de pressão que é exercida para sua observância. Ao contrário da regra jurídica, o cumprimento de uma regra moral não se faz mediante sanção ou ameaça de castigo. Decorre de um sentimento interno do próprio infrator. Segundo Hart (2007, p. 195), "[...] os apelos à consciência e a confiança no funcionamento da culpa e do remorso são as formas características e mais salientes de pressão usada para apoiar a moral social".

Percebe-se que Hart (2007), apesar de ter um posicionamento positivista mais moderado, mormente quando comparado ao purismo kelseniano, não abandona a tese de que a validez do direito independe da moral. Com efeito, a escassez valorativa da teoria hartiana, não obstante sua "leveza", também contribuiu para o fortalecimento de uma hermenêutica patrimonialista (menos humanística) do direito.

2.2.2 A norma como fonte de qualificação do direito

A segunda das teses fundamentais elencadas por Bobbio, escolhidas como marco teórico da presente pesquisa, reside na teoria das fontes do direito, com especial enfoque para norma legal, alçada à condição de fonte de qualificação dominante no paradigma jurídico-positivista.

Sem dúvida, um dos pontos de maior destaque daquela doutrina é sua teoria normativa. Seguindo caminho em direção ao distanciamento das correntes de pensamento jusnaturalistas – que sustentavam a existência de direitos gestados na natureza e, portanto, anteriores à lei – o positivismo jurídico dedicou-se fortemente ao estudo da norma enquanto objeto do direito.

Contudo, não se pode dizer que o "culto à lei" foi inaugurado com o juspositivismo dogmático do início do século XX. Ao revés: este já convivia com as codificações oitocentistas festejadas pela Escola Exegética francesa[5] desde o início do século XIX. "Daí que o primeiro e talvez o mais lídimo representante da escola positivista seja o legalismo preso aos textos da Escola da Exegese" (CUNHA; SILVA; SOARES, 2005, p. 209). Por ironia, a inspiração da codificação napoleônica[6] provém de ideários iluministas com forte influência jusnaturalista (BOBBIO, 2006, p. 67-71).

Paralelamente, na Inglaterra, a doutrina da codificação também ganhava corpo. Infundido nas críticas ao sistema da *common law*, que concedia espaço à jurisprudência e ao poder do juiz, Jeremy Bentham propunha, no universo anglo-saxão, um legalismo racionalista semelhante àquele propagado no "velho continente". Embora rechaçadas em terras inglesas, as proposições de Bentham acabaram germinando a teoria positivista, dada a tentativa de "[...] depurar o conceito de direito de todo elemento extrajurídico" (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 188).

Ainda na Inglaterra, John Austin "[...] não apenas radicaliza o positivismo de Bentham, mas lhe dá uma orientação 'analítica', isto é, lógico-descritiva" (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 188). Ao definir as leis, Austin as coloca como comandos abstratos, fazendo uma distinção entre leis divinas e humanas, estas últimas incluídas no direito

[5] "A Escola da Exegese surgiu na França, no início do século XIX, no decorrer da Revolução Francesa, com a codificação do direito civil francês e unificação das leis na promulgação do Código de Napoleão. Segundo esta concepção, não há direito fora do texto legal." (CARVALHO, 2010, p. 74).

[6] O Código de Napoleão data de 1804.

positivo, proveniente de comandos soberanos (igualmente humanos); e na moralidade positiva, que seriam as leis em sentido estrito (BOBBIO, 2006, p. 105-108).

Relativamente ao direito positivo, Austin sustenta que as leis por ele produzidas são comandos de autoridade soberana e, nesta qualidade, evidencia seu caráter imperativo. Austin igualmente distingue o direito legislativo do direito judiciário, não apenas pela origem das fontes, mas também pelo modo como são produzidos:

> o direito legislativo é constituído por normas gerais e abstratas, isto é, por normas que regulam não um único caso existente no momento de sua emissão [...]; o direito judiciário, por outro lado, é constituído por normas particulares, emitidas com a finalidade de regular uma controvérsia única. (BOBBIO, 2006, p. 109).

Com isso, Austin intensifica a crítica inaugurada por Bentham ao "direito dos juízes", predominante no sistema da *common law*, sobretudo por ser produzido depois do fato ocorrido, já que envolto necessariamente em um conflito existente, limitando-se a particularidade daquilo que é posto para julgamento. Em contrapartida, a lei, geral e abstrata, poderia ser aplicada em casos futuros, sendo produzida a partir de reflexões dotadas de maior consistência.

Ressalte-se, todavia, que, apesar das críticas, Austin não ignora a juridicidade do direito dos juízes. "Assim, reconhece o caráter jurídico da *common law*, especificando que o direito é justamente o direito positivo, mesmo que ele não emane diretamente da autoridade soberana" (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 189), como ocorreria com a lei. Entretanto, Austin vaticina uma evolução no direito judiciário, que se iniciaria a partir do julgamento de casos concretos, aliando-se, posteriormente, às normas consuetudinárias para, ao final, produzir o direito legislativo, que surge originalmente para integrar o direito judiciário, mas, em seguida, tornar-se-ia fonte única de produção do direito, culminando com a codificação (BOBBIO, 2006, p. 112-113).

Todavia, ao contrário do que possa parecer, Austin não corrobora com a Escola da Exegese francesa, a despeito de demonstrar simpatia pela codificação. Na realidade, Austin tempera a teoria benthaminiana com componentes desenvolvidos no historicismo jurídico alemão, que surge em reação ao racionalismo iluminista e à própria rigidez legalista.

Capitaneada por Friendrich Carl Von Savigny, a chamada Escola Histórica, concebida em meados do século XIX, pregava, em síntese, "[...] um direito originário de uma criação popular espontânea e enraizada historicamente" (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 190). Savigny opõe-se à codificação francesa, para quem "[...] os códigos impõem uma rigidez

contra a natureza do direito, que deve, ao contrário, seguir os meandros da prática e do costume e permanecer como a expressão mais imediata possível da consciência jurídica de um povo" (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 191).

Para o historicismo jurídico, o racionalismo legalista tinha ido "longe demais". O direito, na verdade, possuía um caráter histórico e irracional, sendo criado pelo "espírito do povo". (KAUFMANN, 2004, p. 39). Exercendo forte influência no pensamento jurídico de seu tempo, a Escola Histórica pode parecer, *a priori*, contrária ao positivismo, dada sua oposição aos códigos. No entanto, ela "[...] implica sem dúvida muito mais positivismo do que a escola francesa ou a escola anglo-saxônica da jurisprudência analítica, no sentido em que ela nega todo valor superior à história e no fundo reduz o direito ao próprio fato das normas em vigor" (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 191).

Ora, foram exatamente os históricos que abriram espaço para o raciocínio positivista de que, como o Direito reproduz na norma o fato e este espelha a realidade do povo, a lei passa a possuir uma unidade lógica, afastando de si, por consequência, qualquer influência de índole moral ou valorativa. Desse modo, o direito renasceria a partir do paradigma científico, ou seja, a elaboração do direito seria obra da ciência jurídica (BOBBIO, 2006, p. 62). Destarte, ao invés de obstar, a escola histórica acabou por reforçar o pensamento positivista que se desenvolveria no início do século XX.

Percebe-se, portanto, que o positivismo legalista alimentou-se de inúmeros pressupostos históricos, provenientes da França (Escola Exegética), Inglaterra (Bentham e Austin) e Alemanha (Escola Histórica). Todos, de alguma maneira, contribuíram para o desenvolvimento dos postulados juspositivistas e, em especial, para a teoria das fontes do direito alicerçadas na norma e em seu arquétipo formal.

a) Juspositivismo e a teoria da norma jurídica

Não se pode negar que o Direito é normativo. Afinal, o Direito disciplina condutas e, nesta qualidade, estabelece modelos a serem seguidos. Atua, pois, no campo do dever-ser, dimensionando-se numa moldura normativa, que traz, ao mesmo tempo, um vetor de atuação e uma consequência punitiva em caso de descumprimento. Conforme ensina Vasconcelos (2006, p. 11-12), "a expressão formal do Direito, como disciplina de condutas é a norma jurídica. Prevê ela os modos de conduta interessantes ao convívio social. [...] Expressar-se em normas significa ser normativo".

A questão que se impõe, porém, não é afastar do direito seu caráter normativo, o que certamente o desnaturalizaria. O problema é reduzir o direito à norma jurídica, pautando-o exclusivamente a partir de um conjunto integrado e hierárquico de normas. É nesse particular que a teoria da norma jurídica na doutrina juspositivista será realçada.

Para tanto, o ponto de partida não pode ser outro senão o sistema normativo pensado por Kelsen na teoria pura do Direito. Para não incorrer em indesejada repetição, o foco não mais será a dissociação entre direito e moral, já tratada anteriormente. A ênfase ocorrerá na teoria das fontes, na dinâmica do ordenamento e na validade do sistema normativo kelseniano.

Logo no início de sua obra, Kelsen (1998, p. 2) retrata a norma como um ato de vontade, tornando o direito um fenômeno social, ou seja, algo que só existe em sociedade e por vontade desta. Assim, as normas seriam produzidas em sociedade e para a sociedade. Isso se explica porque os indivíduos vivem num mundo ético de liberdade e o convívio social depende, necessariamente, da existência de modelos de conduta a serem observados.

Já se disse anteriormente que os modelos de condutas estabelecidos nas normas somente são considerados jurídicos, de acordo com Kelsen, se trouxerem em si a previsão de uma consequência punitiva para as hipóteses de descumprimento (sanção). Caso contrário, não passariam de normas morais[7]. Entretanto, as características e os contornos das normas jurídicas somente ficam mais claros quando o autor as distingue das proposições jurídicas.

De acordo com Kelsen (1998, p. 51), as proposições jurídicas seriam juízos hipotéticos, atuando no campo da descrição, eis que consubstanciadas em atos de conhecimento, como resultado de uma atividade estritamente cognosciva. Desse modo, as proposições interessariam à ciência jurídica não para ordenar ou estabelecer comandos a serem seguidos, mas para enunciarem ou traduzirem o sentido da ordem jurídica, em conformidade com as condições definidas pelo próprio ordenamento.

As normas jurídicas, por sua vez, apresentam-se como mandamentos, ordens. Possuem um caráter prescritivo, na medida em que determinam como o indivíduo deve se conduzir. São resultado de um ato de vontade, praticado pelos órgãos estatais oficiais que possuem a atribuição de criar leis. Kelsen (1998, p. 51), portanto, é categórico, ao enaltecer a imperatividade da norma jurídica. Segundo o autor, "as normas jurídicas, por seu lado, não

[7] Sobre a diferença entre norma jurídica e norma moral, remete-se o leitor ao tópico 1.2.1, "a".

são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos".

Por serem fruto de um ato de vontade, as normas jurídicas não precisam, obrigatoriamente, possuir uma lógica interna. Basta que tenham sido editadas validamente pelos órgãos competentes. São, portanto, aferidas, em decorrência de sua validade ou invalidade. Já as proposições, enquanto atos de conhecimento, seguem uma lógica interna. Decorrem de um procedimento lógico mediante o qual permitem investigar se as conclusões são verdadeiras ou falsas.

Após fazer a distinção entre norma jurídica e proposição jurídica, Kelsen (1998) arremata afirmando que as normas jurídicas são o objeto da ciência jurídica. Esta, no plano cognoscível, pode até se valer de proposições para definir o sentido e o alcance das normas. Mas o Direito é a própria norma, ou o conjunto de normas.

> A ciência jurídica procura apreender o seu objeto 'juridicamente', isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica (KELSEN, 1998, p. 50).

Na dinamicidade do sistema, as normas estariam guiadas a partir de uma hierarquia, cujo fundamento de validade da norma inferior estaria necessariamente na norma topicamente superior, num processo sucessivo de retrovalidação até se chegar à norma hipotética fundamental, que seria pressuposta e teria como substrato o comando de cumprimento do próprio ordenamento.

O enaltecimento das normas jurídicas e a forma como elas se relacionam fizeram com que o purismo kelseniano enxergasse o Direito tão somente pelo prisma formal de delegação e validação. Como bem adverte Losano (2010, p. 66), ao tratar do sistema interno do Direito proposto por Kelsen:

> [...] ali se vê com clareza um mecanismo perfeitamente funcionante e inteiramente baseado na delegação formal da validade de um grau a outro do ordenamento jurídico. [...] parece explicar bem todo o mundo jurídico existente, mas menos bem o momento de sua origem.

Evidente que a excessiva preocupação com o aspecto formal do Direito, alicerçado na norma jurídica e sua dinâmica de validade dentro do ordenamento, serviu aos propósitos da Teoria Pura, mormente no tocante a conferir maior cientificidade ao direito, através de

postulados teóricos objetivistas. Em contrapartida, acabou criando um vácuo valorativo na norma, como adverte Goyard-Fabre (2007, p. 132):

> Resulta daí que o fundamento de juridicidade se identifica com o fundamento de validade das normas no seio do sistema. Portanto, só pode ter um caráter formal: em outras palavras, a validade de uma norma não responde à questão de saber qual é seu 'valor'; sua razão de ser encontra-se na norma do patamar superior com a qual ela deve ser congruente tanto no que se refere ao seu processo de promulgação como no que diz respeito ao seu conteúdo.

Apontar o equívoco do reducionismo formal do direito empreendido por Kelsen não significa "demonizá-lo" enquanto filósofo e pensador de notório reconhecimento. Ao revés, pois é justamente em virtude da relevância de sua obra que a teoria normativa kelseniana é alvo de tantas críticas, posto que base do positivismo excludente e precursora do direito científico. O certo é que a consubstanciação do Direito em norma jurídica fez emergir um vazio axiológico, dando margem para uma interpretação econômico-patrimonialista do Direito.

b) O Direito Civil como expressão maior do normativismo positivista no campo do Direito privado

Sabe-se que o Direito Civil[8], assim entendido como o ramo do Direito que disciplina as relações entre os particulares, em caráter pessoal ou patrimonial, não nasceu com o movimento juspositivista. Na verdade, na Roma antiga, já se utilizava expressão *ius civile* (Direito Civil) para se referir ao conjunto de normas que regulavam as relações entre os cidadãos romanos; diferentemente do *ius gentium* (Direito das gentes), de aplicação comum a todos os povos. (SOLIMANO; TRINCAVELLI, 1994, p. 7).

No entanto, é a partir do fortalecimento da dicotomia entre público e privado que o âmbito de incidência do direito civil começa a ficar mais bem definido. Para Silveira (2002, p. 28), tal dicotomia, "[...] duplica-se primeiramente na distinção de dois tipos de relações sociais: entre iguais e desiguais". De acordo com a autora, enquanto as relações estabelecidas na esfera pública, entre governantes e governados, eram tidas como desiguais (relações de subordinação); as relações privadas caracterizam-se por uma relação entre iguais (relações de coordenação).

Em termos históricos, é com a formação do Estado moderno, de matriz liberal, que as relações privadas começam a ocupar um espaço maior nas preocupações legislativas. Até o

[8] Também denominado direito comum

final do século XVIII, o legislador empenhava-se, sobretudo, em normatizar as relações que atualmente estariam enquadradas no rol do denominado Direito Público (tributária, penal e administrativa). Posteriormente, com a ascensão da camada burguesa, as relações privadas passam a ocupar posição de destaque na legislação. (FACCHINI NETO, 2003, p. 13-21).

Facchini Neto (2003, p. 17) esclarece que, no ciclo inicial das codificações, ocorrido no início do século XIX, pela primeira vez o "[...] legislador se ocupa de forma sistemática e abrangente do Direito Privado". Acontece que as leis da época refletiam claramente a ideologia da classe socioeconômica que ascendera ao poder: a burguesia. Segundo o autor, surge "daí o endeusamento da autonomia privada e do seu consectário, no campo negocial, a liberdade contratual" (FACCHINI NETO, 2003, p. 17).

É preciso esclarecer, contudo, que, no prelúdio das codificações – que percorre a primeira metade do século XIX – o Direito Privado apresentava um caráter unitário. Assim, "[...] durante muito tempo não se lhe conceberam subdivisões ou divisões, tendo sido apenas em época bastante recente que se formulou a única que tem de fato importância e que respeita o Direito Civil e o Direito Comercial" (RUGGIERO, 1971, p. 68).

Ruggiero (1971, p. 71) assevera que a divisão primária do Direito Privado ocorre com a separação entre Direito Civil e Direito Comercial. Para o autor, "o Direito Comercial, que primeiramente apareceu como um desvio do Direito Civil e quase como uma norma de exceção, aplicada à classe dos comerciantes, atingiu depois independência e autonomia completas". Ao Direito Civil restou regular as relações familiares, sucessórias e obrigacionais; enquanto o Direito Comercial voltou-se ao exercício dos atos mercantis ou de comércio.

Cabe destacar que, naquela ocasião, o Direito do Trabalho ainda não gozava da merecida autonomia. Na realidade, as relações de trabalho, vistas como relações obrigacionais entre particulares, eram regulamentadas pelas normas de Direito privado, basicamente alicerçadas em postulados do Direito Civil. O Direito Civil, por sua vez, impregnava-se de um ideário capitalista, tendo o próprio Kelsen (2000, p. 127) escrito que "[...] o Direito Civil é a técnica jurídica específica do capitalismo privado".

Destarte, o movimento juspositivista, no final do século XIX e início do século XX, encontrou o Direito Civil como expressão máxima do Direito Privado. E não um Direito Civil de índole social, mas um Direito Civil individualista e legitimado em pilares político-econômicos de conotação predominantemente capitalista. "Não foi por mera coincidência que

o avanço internacional do capitalismo deu-se, historicamente, *pari passu* à difusão do pensamento positivista no campo do Direito". (COMPARATO, 2006, p. 361).

Evidente que o Direito Civil, no campo do Direito Privado, passou a figurar como expressão maior do normativismo positivista. E não poderia ser diferente, visto que a certeza e segurança jurídica almejadas pela doutrina juspositivista eram claramente identificadas numa lei civil formalista e não interventiva. Demais disso, a assepsia moral do Direito enaltecida pelo positivismo clássico corroborava com o modelo patrimonialista e formal da legislação civil.

Já se afirmou anteriormente que a teoria construída pelo positivismo clássico tinha a intenção manifesta de conferir autonomia científica ao Direito. Assim, para ser científico, o Direito precisava incorporar o método consagrado nas ciências exatas e naturais. Nesse sentido, tem-se que o Direito Privado, com especial destaque para o Direito Civil, acabou incorporando o modelo normativo preconizado pelos juspositivistas, dissipando-se de determinados valores ou, talvez, adaptando-os a uma estrutura cada vez mais objetivista.

Afinal, liberdade negocial, autonomia da vontade e igualdade formal por certo conferiam ao Direito um caráter menos axiológico, distanciando-o dos padrões jusnaturalistas de outrora. A hermenêutica positivista foi incorporada ao Direito Civil, assim como os critérios de validez normativa criados pela teorética juspositivista. A abertura para uma visão econômica do Direito não tardou a acontecer, já que patrimônio, contratos e obrigações (institutos preferenciais do Direito Civil liberal-burguês) são elementos intimamente associados ao mercado e ao capital.

O Direito do Trabalho, não obstante tenha surgido em um momento histórico posterior, precisou assimilar uma estrutura normativa ainda fortemente marcada por fundamentos juspositivistas, de modo que muitos institutos do Direito Civil precisaram ser introduzidos no sistema de normas laborais, que, conscientemente ou não, acabaram permitindo uma justificação econômica, desviando-se de sua vocação personalista.

2.2.3 Juspositivismo e formalismo científico

A terceira das teses fundamentais do positivo jurídico estruturadas por Bobbio diz respeito ao caráter científico do Direito. A ênfase reside na pretensão juspositivista de

desenvolver uma verdadeira Ciência do Direito, sistemática e objetiva, conservando na norma – formal e asséptica de substrato valorativo – seu objeto de estudo.

Não se pode negar que o homem, ao longo dos séculos, sempre empreendeu uma busca incessante pela racionalização na compreensão sistematizada do mundo em que vive. Não apenas na relação com a natureza, mas, notadamente, no seio da sociedade, o ser humano continuamente voltou esforços à pretensão de tentar conferir ordem tangível à sua imanente complexidade. O saber científico, dotado de objetividade e método, tornou-se um caminho generoso a essas pretensões.

A ciência, contudo, jamais conseguiu dar respostas absolutas e imutáveis aos vários de seus objetos de investigação e pesquisa. Hoje se sabe que ela trata, em boa verdade, de um conjunto de teorias, minimamente estruturadas a partir de uma metodologia definida, adquirindo credibilidade e aceitação pelo progresso conquistado com certo grau de certeza e previsibilidade. Acontece que o método científico, tendencialmente hermético e neutral, amplamente celebrado em áreas exatas do conhecimento (como física e matemática), despertou (e ainda desperta) o "desejo" de inúmeros estudiosos do homem enquanto ser cultural, histórico e social.

Não há dúvidas de que as denominadas ciências humanas, a exemplo da Sociologia, Psicologia e Direito, tiveram maior dificuldade de serem reconhecidas como tal, à luz da mesma metodologia empregada nas ciências naturais e exatas. Foi nestas, aliás, que as premissas de adequação científica, pautadas na demonstração de verdade ou falsidade das hipóteses analisadas, nasceu e ganhou respaldo epistemológico.

Falando da ciência como conhecimento metódico, sistemático e universalmente válido, Heidegger (2009, p. 45) já dizia que "a exatidão é tomada como marca característica da ciência e demonstrações exatas são a finalidade e orgulho da fundamentação científica". Assim, segundo o autor, para muitos estudiosos "[...] uma ciência só é científica na medida em que for matematizável".

Evidente que "a situação das ciências do homem no sistema das ciências"[9] não desfrutou (e nem desfruta) da mesma facilidade de enquadramento no método científico puro e objetivo das ciências extas. Isto porque, nas ciências humanas, "[...] o sujeito que observa ou

[9] Expressão cunhada na tradução para o português do título obra de Jean Piaget, com edição francesa denominada *Tendances principales de la recherche dans les sciences sociales et humaines*.

experimenta em si próprio ou em outrem pode ser, em parte, modificado pelos fenômenos observados e, em parte, fonte de modificações quanto ao desenrolar e à natureza desses fenômenos." (PIAGET, 1970, p. 53). É exatamente em função de o homem ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de conhecimento que gera para as ciências humanas dificuldades não encontradas nas ciências exatas e naturais.

Malgrado o "mito" que hoje repousa sobre a própria neutralidade científica – uma vez que a ciência é, antes de tudo, histórica, humana e amparada no real (JAPIASSU, 1981, p. 60-61) – as ciências humanas, no ímpeto de sua afirmação científica, buscaram afastar-se do ceticismo metodológico e aproximar o formalismo lógico de sua estrutura. Para tanto, foi fundamental o distanciamento dos juízos de valor, colocando as ciências do homem na trilha da positivação.

Essa tendência de abordagem positivista, com recurso ao formalismo metodológico, afetou diversos ramos das ciências do homem, desde a Sociologia de Auguste Comte à Economia de Stuart Mill e Neville Keynes. No Direito não foi diferente! Sua conformação científica também se apoiou da doutrina positivista, que pregava a objetividade normativa a partir da expurgação de todo e qualquer componente metafísico do Direito, considerado não normativo e, por conseguinte, não jurídico.

O juspositivismo científico – ou melhor: a Ciência do Direito na visão juspositivista – teve (e ainda tem) papel fundamental no reconhecimento de autonomia do Direito, como ciência social aplicada. Afinal, o positivismo se transformou em um verdadeiro "paradigma epistemológico"[10] do Direito, levando à sua evolução mediante abandono gradativo de antigos fundamentos teológicos e metafísicos.

> O paradigma epistemológico positivista mobilizará seus adeptos em torno de pelo menos três pressupostos centrais: (a) a busca por fundamentos empíricos/antimetafísicos de pesquisa, (b) a manutenção da neutralidade ante o objeto de estudo escolhido e (c) o manejo de uma racionalidade centrada no ideal de uma 'hipercerteza matemática', e, por isso, preferencialmente dedutivo-demonstrativa (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 117).

É preciso deixar claro, todavia, que o positivismo científico já cavava suas raízes nas teorias formalistas do final do século XIX. Exemplo disso encontra-se na obra de Adolf Merkel, intitulada *Da relação entre filosofia do direito e ciência do direito*, com primeira publicação datada de 1874, "[...] querendo definitivamente pôr um fim em toda especulação

[10] Expressão utilizada por Cruz e Duarte (2013, p. 116).

filosófica no domínio jurídico" (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 195-196), posto não se adequar ao método científico então predominante.

Nada obstante, foi com o purismo de Hans Kelsen, considerado por Larenz (1997, p. 92) como "[...] a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do Direito como ciência" que o positivismo científico ganhou unidade. Para Kelsen, a Ciência do Direito deveria ser pura, pautada exclusivamente na norma, rechaçando todo e qualquer componente metafísico. Devido a sua importância, o cientificismo kelseniano será mais bem analisado a seguir, com ênfase ao caráter descritivo que acabou por conferir ao estudo do Direito.

a) O cientificismo jurídico de Kelsen

Já se falou aqui do purismo kelseniano e de sua respectiva teoria normativa. Viu-se a intenção do autor em retirar da norma qualquer componente valorativo, considerado não jurídico e, portanto, alheio ao Direito. Contudo, foi na construção de uma verdadeira Ciência do Direito que a obra de Kelsen mais se destacou, ao menos no que toca à consistência argumentativa.

Para compreender a importância do cientificismo jurídico kelseniano, é preciso dizer que, até a primeira edição de Teoria Pura do Direito[11], a Ciência Jurídica tradicional reduzia-se ao discreto "[...] papel de uma tecnologia ou de um auxiliar da jurisprudência dos tribunais" (LARENZ, 1997, p. 92). Inexistia uma estrutura metodológica capaz de conferir ao Direito o status de científico, conforme abordagem objetiva prevalente nas ciências naturais e exatas. Foi a partir de Kelsen que tal estrutura começou a ser racionalmente edificada.

O ponto de partida do autor foi fixar a norma como objeto da Ciência do Direito: "a ciência jurídica procura apreender o seu objeto 'juridicamente', [...] o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica" (KELSEN, 1998, p. 50). Todavia, o entendimento da norma jurídica passa, necessariamente, pela distinção entre os juízos de "ser" e "dever ser".

Para Kelsen, aquilo "que é" posiciona-se no plano dos fatos, tendo natureza descritiva e não resultando da vontade humana. Por outro lado, aquilo que "deve ser" insere-se no âmbito da norma, possuindo caráter prescritivo e sendo fruto da vontade do homem. A

[11] A primeira edição de Teoria Pura do Direito foi publicada em 1934.

Ciência do Direito, cuja norma é objeto, não se trata de uma ciência de fatos. Sua preocupação restringe-se à norma e ao sistema no qual se situa, retirando daí a pureza metodológica.

> A ciência do Direito, segundo KELSEN, não tem a ver com a conduta efectiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma *ciência de factos*, como a sociologia, mas uma *ciência de normas;* o seu objecto não é o que é ou que acontece, mas sim um complexo de normas. Só se garante o seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva «puro» de toda a mescla de elementos estranhos à sua essência, isto é, não só de todo e qualquer apoio numa «ciência de factos» (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de «proposições de fé», sejam de natureza ética ou de natureza religiosa. (LARENZ, 1997, p. 93).

É bem verdade que a norma disciplina a conduta humana, mas esta só se reconhece relevante para o Direito "[...] na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas" (KELSEN, 1998, p. 50). Nada obstante, é justamente por disciplinar uma conduta humana que a norma jurídica se apresenta através de uma imputação, dizendo aquilo que deve ser, sob pena de uma sanção.

Partindo dessa premissa, Kelsen (1998, p. 53-54) diferencia a ciência normativa das chamadas ciências naturais ou causais. Na natureza, as coisas e seus elementos estão ligados por uma relação de causa e efeito. As ciências naturais regem-se, portanto, pelo princípio da causalidade. Já a ciência jurídica orienta-se pelo princípio da imputação. Ao prescrever uma conduta e trazer para seu descumprimento uma sanção, o Direito não quer que a conduta prescrita na norma seja descumprida. O que se examina, na ciência normativa, não é a origem ou consequência do fenômeno, mas tão somente os contornos da determinação expressa na norma.

Ressalte-se, porém, que, para Kelsen (1998, p. 60-63), o princípio da causalidade também pode permear as ciências sociais, quer-se dizer: existem ciências sociais causais, como é o caso da Sociologia. Afiguram-se causais porque regem-se por leis causais (causa e efeito). Quando o sociólogo, por exemplo, debruça-se sobre um determinado fato social, ele quer saber o que originou aquele fato e quais seriam seus efeitos. O Direito, no entanto, é uma ciência social normativa, pois não procura explicar as relações entre os homens a partir de causa e efeito, mas segundo o princípio da imputação.

Moral e Direito seriam ciências sociais normativas. A diferença é que, na Moral, a imputação (dever ser) não concebe uma sanção na sua estrutura. No Direito, a prescrição estabelece,

além do modelo a ser seguido, uma consequência punitiva em caso de descumprimento. Ou seja, o princípio da imputação atua de maneira diferente na Moral e no Direito.

Uma vez arquitetados os postulados metodológicos da Ciência do Direito, enquanto ciência normativa, Kelsen dividiu a teoria pura em dois grandes momentos: estático e dinâmico. No primeiro, analisou diversos institutos do Direito, tais como: a sanção, o dever, o ilícito, a responsabilidade, a capacidade, a competência e os sujeitos. No segundo, estudou a produção, a aplicação e a interpretação normativas, bem como seu sistema de validade.

Não há dúvidas de que a construção doutrinária de Kelsen pode dignificar-se por seu caráter científico. "A Teoria Pura do Direito é ciência, vale dizer, conhecimento jurídico marcado pelo rigor científico. [...] O centro das preocupações científicas de Kelsen situa-se, portanto, no método" (VASCONCELOS, 2010, p. 203). O purismo metodológico estava em perfeita consonância com "[...] o espírito de sua época, com o que procurava legitimar-se perante a intelectualidade contemporânea, que continuava vendo na ciência quase um sagrado objeto de culto" (VASCONCELOS, 2010, p. 205). Fora da ciência as teorias não passavam de meras conjecturas e, por conseguinte, não faziam sentido.

Acontece que essa obsessão pelo cientificismo acabou transformando o Direito, no paradigma kelseniano, em algo completamente desprovido de conteúdo valorativo. A norma não passava de uma simples expressão formal do modelo prescritivo e a Ciência do Direito não tinha qualquer compromisso com uma matriz ética não normativa. A lei impunha-se como fonte jurídica de excelência e sua interpretação detinha-se apenas em externar o sentido da norma dentro daquilo que a própria norma permitia.

> A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. [...] A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. (KELSEN, 1998, p. 250).

Evidente que, nesse trilhar, o direito na visão de Kelsen afastou de si qualquer componente axiológico, conferindo abertura teórica inquestionável para uma hermenêutica patrimonialista e contribuindo, de maneira decisiva, para a sua justificação econômica.

2.3 Juspositivismo reformulado e o resgate crítico de algumas teses fundamentais

Inicialmente, admoesta-se que o estudo da doutrina juspositivista, com especial destaque para três de suas principais teses (neutralidade, legalismo e formalismo científico),

não representa o objeto central de investigação do presente trabalho. Isso, todavia, não minimiza a importância da incursão teórica realizada até aqui para o desiderato da pesquisa, que se esforça em enaltecer a perspectiva humanista que deve permear o Direito do Trabalho.

Exatamente pelo fato de o juspositivismo não ser o assunto principal deste trabalho é que a apresentação do tema pode parecer reducionista, conquanto o corte epistemológico seja necessário em todo e qualquer trabalho científico. Para não pecar pela omissão, vale, doravante, uma sucinta análise crítica da reformulação do positivismo jurídico feita pela teorética moderna, tomando como base as mesmas três teses antes apresentadas.

A primeira tese expôs a aspiração do positivismo de conferir ao Direito um caráter neutral ou puro, afastando de si quaisquer influências morais, consideradas não jurídicas e, portanto, externas ao Direito. Ocorre que, ao longo dos anos, o positivismo percebeu que não poderia dissociar inteiramente o Direito dos valores morais e éticos da sociedade.

O próprio Herbert Hart (2007, p. 312), no pós-escrito de O Conceito de Direito[12], em resposta às críticas de Ronald Dworkin, já afirmava que sua regra de reconhecimento poderia incorporar a conformidade com princípios ou valores morais, como critérios de validade jurídica. Embora Hart (2007, p. 332) considerasse que o conteúdo do direito seria identificado, precipuamente, a partir de fontes sociais, o autor aceitou que o Direito, para sua identificação, abrigasse critérios morais, levando-se em conta o nível de flexibilidade do respectivo sistema normativo.

De fato, constitui tarefa extremamente difícil em tempos atuais isolar o Direito de suas extensões não normativas, notadamente aquelas de cunho valorativo. Fala-se, inclusive, na superação do purismo positivista em todas as suas inflexões, haja vista a prevalência de um modelo normativo axiológico (AGRA, 2008, p.431-447).

Por outro lado, os positivistas modernos encontraram um modo de reconstruir a tese de afastamento entre Direito e Moral, não em relação ao conteúdo da norma em si ou mesmo aos seus efeitos concretos, mas no tocante às suas fontes. Trata-se do chamado positivismo conceitual.

[12] O pós-escrito de O Conceito de Direito foi publicado por Hart em 1993, exatos 32 anos depois da obra originária, datada de 1961.

Noel Struchiner (2008, p. 321) esclarece que, “de acordo com os positivistas, o Direito é um artefato humano, o resultado de uma escolha, convenção ou práticas sociais convergentes. As regras jurídicas válidas são identificadas de acordo com um critério de fonte e não de mérito”. Desse modo, segundo o autor, o positivismo conceitual seria a única teoria capaz de conferir autonomia ao Direito, na medida em que considera apenas suas fontes e não seu mérito.

O Direito seria uma questão de fontes, que até poderiam incorporar valores morais, mas existiria uma clara diferenciação conceitual entre Direito e Moral. Assim, caso a fonte de direito, produto da vontade humana, decidisse incorporar critérios morais, o positivismo demandaria uma investigação empírica, para saber se as normas decorrentes deveriam ou não ser aplicadas.

Uma coisa é avaliar a norma do ponto de vista estritamente moral para saber se ela pode ou não ser qualificada como tal; outra coisa é reconhecer a norma a partir do critério de fonte e utilizar aspectos morais unicamente para averiguar sua aplicação. Nas palavras de Struchiner (2008, p. 332): “[...] os positivistas identificam as normas jurídicas recorrendo à tese do positivismo conceitual e depois as avaliam do ponto de vista moral para decidir se elas devem ou não ser aplicadas ou seguidas”.

Fácil perceber que o positivismo conceitual ameniza a tese de neutralidade moral do Direito, mas não a abandona por completo. Assinala que a Moral e o Direito não podem ser confundidos, na medida em que os aspectos éticos não seriam preponderantes enquanto fontes normativas. A moral não passaria de um fator a ser levando em consideração na aplicação do Direito.

A segunda tese positivista analisada no presente trabalho diz respeito à apresentação da lei como fonte precípua do Direito, cuja expressão formal retrataria um modelo de conduta a ser seguido pela sociedade, sob pena de aplicação da sanção trazida pela própria norma jurídica. Tal modelo seria meramente descritivo, apesar de as normas organizarem-se dinamicamente no ordenamento, encontrando seu fundamento de validade naquela que se situa em posição hierarquicamente superior.

Obviamente que a ideia de autossuficiência do Direito e da pouca margem interpretativa da norma positiva no momento de seu implemento traz consigo a sensação de que o juspositivismo apregoa, em termos hermenêuticos, a aplicação mecânica da lei.

Segundo Kelsen, a norma nada mais é do que uma moldura com determinados sentidos possíveis, porém limitados na própria norma. Essa perspectiva, segundo Cruz e Duarte (2013, p. 124), "[...] já deixaria clara a contingência da tarefa do intérprete do Direito".

Entretanto, apesar da suposta técnica de aplicação mecânica da lei corroborar com algumas correntes que influenciaram o nascimento do juspositivismo, como é o caso da Escola da Exegese Francesa, o mesmo não se pode dizer hodiernamente. Isto porque, os próprios teóricos do positivismo moderno fazem uma clara diferenciação entre os chamados casos fáceis (*easy cases*) e os casos difíceis (*hard cases*). Para os primeiros o texto literal da lei até pode se mostrar satisfatório, com pequena ou quase nenhuma margem interpretativa; para os segundos, todavia, permite-se uma hermenêutica mais aberta, com certo grau de maleabilidade para o intérprete e aplicador do direito.

> Em verdade, os juspositivistas admitiriam que alguns dispositivos normativos pudessem ser mais ou menos densos, mais ou menos determinados, possuindo um campo de incidência mais ou menos claro. Em outras palavras, eles perceberiam que a linguagem normativa, ao formular normas gerais, certamente permitiria uma maior ou uma menor abertura para o intérprete diante do caso concreto (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 127).

Dessa maneira, a densidade normativa e, portanto, a abertura interpretativa da norma varia conforme o caso. Nos casos fáceis, a linguagem da norma tende a ser bem definida, trazendo, com isso, uma interpretação mais hermética. Para os casos difíceis, a própria linguagem utilizada no texto normativo cederia espaço para uma moldura semântica mais flexível e com certo grau de discricionariedade para o intérprete.

De acordo com Cruz e Duarte (2013), apesar de o juspositivismo moderno aceitar certa variação na densidade normativa a partir da natureza dos casos concretos, ainda existe uma resistência dessa corrente de pensamento em admitir a categoria dos princípios, ou seja, "[...] a constatação de que haveria no ordenamento jurídico normas com densidade normativa mais ou menos espessa não seria suficiente para apontar claramente quais normas seriam regras e quais seriam princípios". (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 127). Arrematam os autores dizendo que "[...] a distinção (entre regras e princípios) teria pouca utilidade prática e não seria trabalhada pelo positivismo por razões meramente metodológicas". (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 127).

Finalmente, no que concerne à terceira tese, relativamente ao formalismo científico, foi dito que o positivismo buscou criar uma verdadeira Ciência do Direito, valendo-se dos

postulados metodológicos preponderantes nas ciências exatas e naturais. O juspositivismo clássico empenhou-se, assim, em desenvolver ferramentas objetivas e axiologicamente vazias para alçar o Direito à condição de ciência, segundo os parâmetros então prevalentes.

Limitar o Direito ao seu plano formal, ao modelo de conduta estabelecido pela norma, sem qualquer interferência valorativa, sem dúvida compreende um empenho de transformá-lo em ciência. Entretanto, esse desiderato positivista, embora ostente em si o mérito de conferir ao Direito o germe de sua autonomia cientifica, acaba ensejando-lhe uma conformação extremamente dogmática.

Dizer que a Ciência do Direito é dogmática significa afirmar que ela tem sempre pontos de partida inegáveis e pré-definidos (dogmas), através dos quais se desenvolve a abordagem (FERRAR JR., 2003, p. 49). A epistemologia moderna, no entanto, a despeito de assimilar a necessidade de um fio condutor para o estudo científico (marco teórico) tende a considerar os dogmas como verdadeiros obstáculos epistemológicos do conhecimento.

Segundo Gaston Bachelard (1971, p. 165), obstáculo epistemológico nada mais é do que o conjunto de fatores que estagnam ou induzem a uma regressão no processo de produção do conhecimento, causando inércia no ente cognoscente. Um dos óbices epistemológicos que mais se aproxima do positivismo dogmático é o que Bachelard denomina de “conhecimento unitário”.

De acordo com o autor, o conhecimento unitário é resultado da valorização abusiva de um determinado saber, tornando-se único e universal, como um dogma irrefutável. (BACHELARD, 1996, p. 103-119). Tal postura desaguaria na formação de teorias fechadas, com pretensão de estabelecer um conhecimento puro, sem influências externas. Essas teorias, eivadas de excessivo dogmatismo, acabam afastando a criticidade no processo de formação do conhecimento.

Acontece que tal fundamento teórico, pautado no dogmatismo das teorias fechadas, tem sido constantemente refutado nos dias de hoje. Isto porque, o rigorismo do método acaba levando sempre às mesmas respostas, isto é, ao chamado pensamento único. Nesse sentido, esclarece Campos (2008, p.67):

> O dogmatismo como fundamento das teorias fechadas deve ser excluído. A pretensão apenas de progredir com um conhecimento puro a partir de conceitos segundo princípios há muito tempo usados, sem se indagar de que modo e com que conceito se chegou a eles, não pode mais ser admitida. [...] A melhor doutrina é a

> que inova e não segue sempre pelo mesmo método, porque o olhar viciado leva às mesmas respostas. O objeto deve ser olhado de vários ângulos.

A moderna Ciência do Direito reclama um modelo mais aberto, fomentando o diálogo com outras formas de saber, sem que isso, contudo, macule aquilo que compõe seu substrato essencial, tampouco o conteúdo ético das normas.

Percebe-se, portanto, que o juspositivismo evoluiu suas teses originárias, não se podendo desmerecer o esforço de seus estudiosos em torná-lo viável na realidade contemporânea. No entanto, considerando que foi em seu estado inicial que a doutrina positivista deu abertura para visão econômica do Direito, busca-se, no presente trabalho, enfatizar as teses tais como construídas classicamente.

2.4 A doutrina positivista e a abertura teórica para uma visão econômica do Direito

Após analisadas as principais teses do juspositivismo – com especial destaque para a abordagem avaloralativa do Direito, a teoria normativa e o formalismo científico – oportuno estabelecer um liame entre o substrato da doutrina positivista e a abertura teórica para uma justificação econômica do Direito, acabando por, reflexamente, afetar o próprio Direito do Trabalho.

Conforme já advertido anteriormente, não se ignora que o Direito, dado seu caráter cultural e histórico, recebe influências de outras manifestações da racionalidade humana, no convívio em sociedade, como é o caso da política, da moral e também da economia. Entretanto, o que se pretende aqui enfatizar é como modelo jurídico perseguido pelo positivismo do início do século XX acabou cedendo espaço a influências de ordem econômico-patrimonialista, não somente na interpretação da norma, mas na sua produção e aplicação.

Viu-se que o escopo precípuo do positivismo no Direito consistia em conferir a este uma conformação capaz de afastar qualquer influência externa à norma, principalmente àquelas de índole moral. Somente sendo normativo e puro é que o Direito poderia desfrutar do prestígio da cientificidade. Acontece que, ao se pautar em um modelo normativo com traços preponderantemente formalísticos, o juspositivismo contribuiu decisivamente para uma aproximação entre o Direito e a Economia, permitindo que postulados econômicos de patrimônio e capital passassem a ser utilizados no preenchimento da moldura vazia da norma.

Ademais, como a visão patrimonialista tende a uma maior objetividade, a análise e a interpretação econômica do direito passaram a ser preferíveis, dentro do esteio daquilo que o positivismo considerava jurídico-científico. Não por acaso é que o fortalecimento da relação entre direito e economia é historicamente contemporâneo à difusão da doutrina positivista, fazendo emergir uma teoria normativa alicerçada na eficiência e no pragmatismo.

2.4.1 Direito e Economia: a análise do Direito através de postulados econômicos

Não resta dúvida de que o maior empenho do juspositivismo clássico, notadamente as correntes consideradas exclusivas ou fortes, era afastar o Direito de suas influências morais, tão presentes na doutrina jusnaturalista. A Economia e seus institutos passaram ao largo das preocupações positivistas em seu estado germinal.

E não poderia ser diferente, eis que o principal problema identificado pelos teóricos do positivismo jurídico incidia na influência teológico-moralista que impingia o Direito até então. A Economia era um campo do conhecimento que, no final do século XIX e início do século XX, não preocupava os positivistas, no tocante ao desiderato de pureza do Direito.

O ataque do positivismo era a moral, que impedia, na visão de seus sequazes, a autonomia científica do Direito. Contudo, talvez sem perceber, os teóricos do positivismo jurídico acabaram criando terreno fértil para uma aproximação entre o Direito e a Economia.

Embora a relação entre Direito e Economia, ao menos em termos ideológicos, já possa ser identificada nos escritos de Adam Smith[13], foi após a crise econômica de 1929, com o *crack* da bolsa de Nova Iorque que renomados economistas passaram a utilizar postulados da teoria econômica para compreender alguns institutos jurídicos e os efeitos econômicos provocados pelas decisões judiciais, fazendo emergir o movimento intitulado Análise Econômica do Direito (AED).

Pimenta e Lana (2010, p. 91-93) apontam *The Nature of the Firm*, obra do então professor da Universidade de Chicago, Ronald Coase, datada de 1937, como precursora da AED. Posteriormente, já na década de 1960, o mesmo Coase, juntamente com Guido Calabresi, robusteceram seus estudos no campo da AED, fortalecendo a ideia de que as

[13] Pimenta e Lana afirmam que a Riqueza das Nações, de Adam Smith, embora seja muito criticada pelos integrantes da Análise Econômica do Direito, acabou sendo base para ideologias doutrinárias que pregam o não intervencionismo estatal. (PIMENTA; LANA, 2010, p. 88).

normas e decisões judiciais não poderiam ignorar seus efeitos econômicos, sendo seguidos por Henry Manne e Richard Posner.

O próprio Richard Posner, na obra *Economic Analysis of Law*[14], com primeira edição datada de 1973, também fez um apanhado sobre o movimento de aproximação entre Economia e Direito.

De acordo com Posner (2007, p. 23-26), estudiosos do Direito[15] passaram a perceber que "[...] muitas das doutrinas e institutos do sistema legal poderiam ser mais bem entendidos e explicados como esforços para promover a eficiente alocação de recursos" (POSNER, 2007, p. 24, tradução livre).[16] Assim, os juízes, na sua atuação, não poderiam ignorar os efeitos econômicos das decisões. Se as decisões trazem consequências futuras, a sua eficiência acaba por influenciar na maneira como os cidadãos irão proceder.

Ressalte-se que, não obstante o modelo norte-americano da *common law* utilizado por Posner diferenciar-se significativamente da matriz europeia romano-germânica da *civil law* (fortemente assimilada pelos países sul americanos, como o Brasil), as considerações de Posner permitem mostrar o sentido por trás da visão econômica do direito, qual seja: aferir a eficiência prática das normas e decisões com suporte de postulados econômicos.

Heinen (2014, p. 311-330), partindo de uma crítica da visão econômica neoclássica utilizada em *Economic Analysis of Law*, afirma que a teoria normativa proposta por Posner avalia a eficiência das normas jurídicas com base em pressupostos econômicos, investigando de que maneira os institutos jurídicos podem ser melhor explicitados com escopo na maximização das preferências individuais. Surge, assim, o que Heinen chamou de nova teoria jurídica unificada a partir da contribuição da economia, na qual a função do direito seria a de imitar o mercado, focando-se no pragmatismo, na previsibilidade dos comportamentos e no controle calculado das ações humanas.

Mais precisamente sobre o modo como a AED percebe o direito, mormente na sua relação com a economia e seus agentes correlatos, Zylbersztaijn e Sztajn (2005, p. 3) dão destaque para uma permanente interface:

---

[14] Análise Economica do Direito (tradução livre).
[15] Posner cita como percussores Guido Calabresi e Ronald Coase (2007, p. 23).
[16] No original: "*[...] many of the doctrines and institutions of the legal system are best understood and explained as efforts to promote the efficient allocation of resources*".

> A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos. O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam a relação entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados.

Assim, de acordo com os autores, o direito não pode olvidar suas repercussões econômicas, retroalimentando-se constantemente pelas influências que as regras de conduta exercem sobre os agentes econômicos privados, e vice-versa. A economia, no paradigma da AED, também atuaria no processo de criação do direito, cuja fonte respectiva (lei ou decisão judicial) acaba por absorver a realidade econômica sobre a qual incidirá, confirmando-a ou a modificando.

Percebe-se, pois, que a interpretação, criação e aplicação do direito a partir de pressupostos econômicos, tornam suas fontes cada vez mais racionais e objetivas, tal como sempre quiseram os teóricos do positivismo jurídico. Tanto é verdade que o próprio Richard Posner (2010, p. 195) chegou a afirmar ter feito "[...] a descoberta surpreendente de que a Filosofia do Direito de Kelsen abre espaço para a análise econômica e, em particular, para o uso da economia por juízes [...]".

E não importa se as fontes são decisões judiciais (*common law*) ou leis (*civil law*), pois a lógica permanece sendo exatamente a mesma: objetivar e racionalizar os modelos de conduta humana, com foco na mensuração de seus efeitos práticos de relevo econômico-patrimonialista.

Inegável, portanto, a coincidência histórica entre o advento do positivismo no Direito e o fortalecimento das influências econômicas na criação e aplicação das fontes normativas. E não apenas nas normas em abstrato, mas igualmente em vários dos institutos jurídicos privados por elas concebidos, como propriedade, contratos e responsabilidade civil.

Evidentemente que o Direito do Trabalho, como ramo do Direito Privado, não escapou a essa influência. Logo ele que, na sua essência, afigura-se impregnado de humanismo, teve de se adequar ao modelo normativo positivista e, nessa condição, abrir-se à influência de interpretações apoiadas em postulados econômicos, que facilmente confundem sua causa (resguardo da dignidade do trabalhador) com suas eventuais consequências (possíveis repercussões na atividade econômica do tomador do trabalho).

2.5 Direito do trabalho e juspositivismo: uma primeira abordagem sobre o descompasso entre causa e estrutura

Viu-se, até aqui, que a doutrina juspositivista, imbuída do desiderato de desenvolver uma Ciência do Direito lógica e metodologicamente objetiva, apoiou suas colunas no baldrame de uma teoria normativa prescritiva e avalorada. Como fruto desse empenho, os teóricos do positivismo jurídico, não necessariamente de maneira intencional, fortaleceram a visão econômica do Direito, ancorada numa hermenêutica pragmática e preocupada com os efeitos econômicos do ordenamento e das decisões judiciais.

Historicamente, o positivismo no Direito começou a se mostrar para o mundo a partir da segunda metade do século XIX, influenciado pelos postulados da escola histórica alemã, da exegese francesa e das inspirações utilitaristas de Bentham e Austin (BOBBIO, 2006, p. 45-111). Contudo, somente atingiu seu ponto de ebulição no início do século XX, com o purismo[17] kelseniano e sua tentativa de construir uma genuína Ciência do Direito, dissociada de quaisquer elementos morais.

Coincidentemente, no mesmo momento histórico em que o positivismo ambicionava ser a única doutrina capaz de conferir ao Direito uma pretensa autonomia, o Direito do Trabalho institucionalizava-se enquanto Direito social fundamental, inclusive ganhando espaço em textos constitucionais[18]. As normas trabalhistas surgem como produto da modernidade, no intuito de amenizar as consequências indesejadas da chamada "questão social". Eram tempos de capitalismo emergente e de mudança superestrutural no modelo político estatal, com a transição do Estado Liberal para o Estado Social.

O Direito do Trabalho, por assim dizer, nasce como refúgio do trabalhador ao destempero de uma exploração econômica desmesurada, colorindo sua essência com inegável conteúdo ético, de matriz humanitária e propulsor de um almejado equilíbrio social. Todavia, no seu processo de institucionalização, as normas trabalhistas encontram no positivismo o modelo de Direito a ser seguido: formal, neutro e aberto a uma hermenêutica econômico-patrimonialista. Eis o descompasso entre as origens factuais do Direito do Trabalho e a estrutura normativa preconizada na ocasião.

---

[17] A primeira edição de teoria pura do direito foi publicada em 1934.
[18] O constitucionalismo social foi inaugurodo pelas constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919).

Foi exatamente esse descompasso (entre causa e estrutura) que resultou na assimilação, pelo Direito do Trabalho, de uma característica ambivalente: se, por um lado, humanizava as relações de trabalho e equilibrava o desnível natural entre os que laboram e os que detêm os meios de produção; por outro, teria de justificar o próprio capitalismo, apresentando-se como indispensável à sua viabilidade.

Eis o paradoxo que aqui se pretende sustentar: aquele de um Direito do Trabalho cuja causa é substancialmente personalista, mas justificado através das suas consequências econômicas, em uma atmosfera normativa teoricamente expressada pela síntese não dialética de uma doutrina que propunha um ordenamento formal e axiologicamente neutro.

Contudo, o entendimento desse paradoxo passa, obrigatoriamente, pelo estudo dos ambientes político, social e econômico de institucionalização do Direito do Trabalho, bem assim do modelo normativo ao qual precisou se ajustar para ser reconhecido enquanto Direito na era do positivismo jurídico, o que será realizado no capítulo seguinte.

3 DIREITO DO TRABALHO, FONTES MATERIAIS E ESTRUTURA NORMATIVA: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO

Enquanto regulador de condutas humanas, o Direito assimila, na sua formação, as mais variadas influências. Disto decorrem sua complexidade e beleza. Dissociar o Direito dos ambientes econômico, social e político nos quais fora gerado dificulta o entendimento de suas dimensões e, por conseguinte, da respectiva eficácia. O Direito, porém, não está limitado à realidade na qual foi criado, porquanto ferramenta capaz de transformar a própria realidade. Direito e realidade acabam, por assim dizer, retroalimentando-se, num processo contínuo de aperfeiçoamento.

Por outro lado, o Direito oficialmente institucionalizado no ordenamento jurídico de determinado Estado deve adaptar-se às formalidades consagradas por esse mesmo ordenamento. É o Direito que diz como o Direito deve ser – ao menos do ponto de vista formal. Enquanto estrutura, o Direito se apresenta normativo, sendo pouco relevante se as normas estarão consubstanciadas em leis (*civil law*) ou em decisões judiciais (*common law*). É normativo porque prescreve modelos de conduta a serem seguidos e traz consigo sanções em caso de descumprimento.

Em seu conteúdo, no entanto, o Direito carrega valores, que nem sempre conseguem expressar na norma a sua plenitude. Muitas vezes, sequer tais valores são proclamados pela norma. Ao fim, muito dependerá da visão do intérprete. Do olhar que se deseja conferir ao sentido e alcance da norma: seja em formato ou em conteúdo; em origem ou em finalidade.

Com o Direito do Trabalho não é diferente. Ao assumir uma determinada estrutura, a norma trabalhista submete-se ao formalismo oficial. Entretanto, no seu conteúdo, anuncia (ou ao menos deveria anunciar), as influências oriundas dos ambientes econômico, social e político dos quais emergiu. O ideal é que a estrutura normativa acomode os veios fático-axiológicos que irrigaram sua formação ou, no mínimo, permita uma interpretação com eles condizente. Infelizmente, nem sempre existe esse alinhamento entre causa e estrutura.

No presente capítul, buscar-se-á investigar as fontes materiais do Direito do Trabalho e os ambientes econômico, social e político que influenciaram sua formação. Em seguida, serão analisados os fundamentos éticos e econômicos do Direito do Trabalho, a partir da chamada ambivalência, para, ao final, associá-los a sua estrutura normativa, tendo em vista uma perspectiva positivista do Direito.

3.1 Capitalismo, trabalho e modernidade: esboço dos ambientes econômico, social e político de institucionalização do Direito do Trabalho

A compreensão do anunciado descompasso entre a causa personalista do Direito do Trabalho e a sua estrutura normativa demanda a visão de que a institucionalização jurídica do Direito do Trabalho coincide com o mesmo período histórico de avanço do positivismo no Direito, com suas teses de neutralidade moral e formalismo científico.

Sabe-se que a formação do Direito do Trabalho no mundo ocidental não se confunde com as origens do trabalho humano: afinal, "mesmo na mais remota antiguidade, o homem sempre trabalhou" (SÜSSEKIND, 2004, p. 3). O Direito do Trabalho é, contudo, produto da modernidade. Surge como reação à exploração do trabalho livre e assalariado, sobremaneira evidenciada na segunda metade do século XIX e início do século XX, momento em que passa a ganhar contornos mais bem definidos e, finalmente, ingressa no ordenamento jurídico infraconstitucional e constitucional dos Estados modernos.

A liberdade individual e a autonomia da vontade preconizadas pelo liberalismo político resultaram nas mais variadas desigualdades sociais. No campo do trabalho, o desequilíbrio semântico entre os sujeitos da relação assalariada acentuou a luta de classes, provocando uma verdadeira "virada" na ideologia liberal, exigindo do Estado uma postura comissiva frente às demandas sociais. Assim, de maneira paulatina e progressiva foram surgindo as primeiras normas de proteção ao trabalho, atingindo seu apogeu com o advento do constitucionalismo social e a internacionalização dos postulados de justiça social através criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Parece claro, tendo em vista suas fontes materiais, que o direito do trabalho nasce impregnado de humanismo, dotando-se de valores éticos que depuraram sua essência no dimensionamento da fundamentalidade dos direitos humanos de índole social. Contraditoriamente, o direito como ciência digladiava-se com os percalços de uma pretensa

autonomia, tendo no conjunto de normas prescritivas e axiologicamente neutras o paradigma capaz de lhe conferir uma almejada logicidade sistêmica.

Não exclusivamente, mas fortemente influenciado pelo paradoxo entre causa e estrutura normativa, sobreveio o desenvolvimento da ambivalência no Direito do Trabalho: este precisaria estabelecer patamares iniciais de dignidade nas relações de trabalho e, ao mesmo tempo, teria de viabilizar o capitalismo como modelo econômico e ideológico pautado na prevalência do capital.

Todavia, institucionalizado por meio de um arquétipo axiologicamente asséptico, o Direito do Trabalho teve de abrir espaço para a justificação econômica, colocando-se como suposto mecanismo de regulação de mercado e controle dos índices de empregabilidade. É bem verdade que seu componente personalista não fora abandonado, mas por certo teve maiores dificuldades de encontrar o espaço merecido na norma positiva.

A presente pesquisa empenha-se em investigar a existência de uma possível falta de alinhamento entre as causas personalistas e a estrutura normativa do Direito do Trabalho, o que desafia um olhar mais atento sobre os contextos econômico (capitalismo e modo de produção racionalizado), social (luta de classes e eclosão da questão social) e político (passagem do Estado Liberal para o Estado Social) nos quais o direito laboral fora concebido; confrontando-o, posteriormente, com as exigências juspositivistas da ocasião.

3.1.1 Ambiente econômico: capitalismo e o modo de produção racionalizado

Logo de antemão, oportuno ressaltar que a escolha do ambiente econômico como o primeiro dos três a serem analisados na contextualização de surgimento do Direito do Trabalho no mundo ocidental não se deu pela crença de sua prevalência sobre os demais, nem tampouco por lhe atribuir uma destacada importância; mas por razões puramente factuais, de caráter histórico-temporal, que facilitarão a melhor compreensão das marcas sociais deixadas pelo capitalismo incipiente, capazes de provocar mudanças estruturais no correspondente sistema jurídico-institucional.

Não há como falar do Direito do Trabalho dissociando-o das influências advindas do capitalismo. Foi o modo de produção capitalista que incentivou o trabalho livre assalariado, transformando uma grande massa de pessoas em trabalhadores dependentes e, ao mesmo

tempo, em mercado de consumo, concebendo a mola propulsora da circulação e acumulação de riquezas. Mas, afinal, o que é capitalismo e como se deu sua evolução?

A palavra "capitalismo" figura no rol dos vocábulos polissêmicos. Conferir-lhe uma definição absoluta, além de ser uma árdua tarefa, acabará quase sempre pecando pelo reducionismo. "Talvez não constitua total surpresa que o termo capitalismo, de tão ampla circulação na fala popular e na literatura histórica dos anos mais recentes, seja usado de forma tão variada e não tenha gerado acordo quando ao seu uso". (DOBB, 1986, p. 3).

Dobb (1986, p. 5-8) apresenta três perspectivas acerca da noção de capitalismo. A primeira, pautada no "espírito burguês", prescreve que o capitalista "[...] vê na acumulação de capital o motivo dominante da atividade econômica; e numa atitude de racionalidade sóbria e por meio dos métodos de cálculo quantitativo preciso subordina tudo o mais na vida a esse fim". Por esse espectro, o capitalismo seria uma espécie de vocação à empresa.

A segunda perspectiva aproxima o capitalismo de um modelo de trocas com o objetivo de ganho. Nesse sentido, a definição de capitalismo estaria associada a um "[...] sistema de atividade econômica dominado por certo tipo de motivo, o motivo lucro" (DOBB, 1986, p. 7). Assim, sempre que as pessoas confiarem um investimento monetário para obter rendimentos lucrativos, ocorreria a prática capitalista.

Por fim, a terceira perspectiva coloca o traço fundamental do capitalismo como sendo o de um "sistema de produção para o mercado" (DOBB, 1986, p. 7). Dessa versão apropriou-se a teoria marxista da mais-valia, sendo certo que "[...] a própria força de trabalho 'se tornara uma mercadoria' e era comprada e vendida no mercado como qualquer outro objeto de troca". (DOBB, 1986, p. 7). Eis a variante teórica do capitalismo que talvez mais tenha influenciado o surgimento do direito do trabalho.

Luc Boltanski e Ève Chiapello (2009, p.35) propõem uma definição mínima de capitalismo, sem, contudo, ignorar a abrangência e as diferentes caracterizações do termo. Para os autores, capitalismo seria:

> [...] uma fórmula mínima que enfatiza a exigência de acumulação ilimitada do capital por meios formalmente pacíficos. Trata-se de repor perpetuamente em jogo o capital no circuito econômico com o objetivo de extrair lucro, ou seja, aumentar o capital que será, novamente, reinvestido, sendo esta a principal marca do capitalismo [...].

Os autores esclarecem, contudo, que o acúmulo de capital decorrente do capitalismo não se confunde com um mero amontoamento de riquezas. Estas não teriam interesse em si e diversas formas de acumulação de bens já existiam em modelos pré-capitalistas. Na verdade, aquilo que realmente importa para o capitalismo é "[...] a transformação permanente do capital, de equipamentos e aquisições diversas (matérias-primas, componentes, serviços) em produção, de produção em moeda e de moeda em novos investimentos." (BOLTANSKI; CHIAPELLO, 2009, p. 35).

Percebe-se que Boltanski e Chiapello (2009) optaram, na sua abordagem, pela definição de capitalismo como sistema econômico, alicerçado não apenas na acumulação de riquezas, mas, sobretudo, na circulação do capital. É exatamente esse processo dinâmico de investimento e reinvestimento de valores que dá o tom do padrão capitalista. Devido à forte influência que exerce no mundo do trabalho, será esse o sentido do termo "capitalismo" a ser destacado no presente trabalho.

Uma vez determinado qual dos vários paradigmas do capitalismo será considerado (capitalismo enquanto sistema econômico de circulação de capital), cumpre investigar a sua evolução. Como tudo em História, indicar uma data precisa para o nascimento de um evento social tão importante como o capitalismo não é tarefa fácil. Destarte, o estudo passa necessariamente pelo emprego de critérios, sobre os quais o exame será efetivado. Por ter maior relação com o trabalho humano, o critério utilizado na aferição do desenvolvimento do capitalismo será o dos chamados "modos de produção".

Em seu estudo sobre sociedade e capitalismo, Samir Amin (1976, p. 9) baliza o discurso em duas grandes formações sociais, tendo em conta os modos de produção: a pré-capitalista e a capitalista. Na primeira, o autor aponta quatro diferentes tipos de modos de produção: (i) o comunitário ou primitivo, baseado na propriedade coletiva e no trabalho familiar; (ii) o tributário, no qual ocorre a primeira divisão de classes, sendo uma camponesa e a outra dirigente, esta cobrando da anterior tributos não mercantis[1]; (iii) o escravista, que faz do escravo o meio essencial de produção; e (iv) o mercantilista simples, caracterizado pela presença de pequenos produtores livres e organizados, que fazem trocas mercantis entre si. (AMIN, 1976, p. 9-11).

[1] O feudalismo seria uma forma evoluída do modo de produção tributário.

Ao associar os modos de produção pré-capitalistas com uma determinada composição social concreta, Amin (1976, p. 12-16) identifica o que batizou de "dominância", ou seja, o modo de produção dominante em cada estrutura complexa. Para o autor, nas civilizações pré-capitalistas[2], dominou o modo de produção tributário, pois, mesmo no mercantilismo simples e no escravismo, o tributarismo (transferência compulsória de recursos a um grupo ou organismo privilegiado) acabava prevalecendo, ainda que de forma cumulativa aos demais.

É preciso entender que, para Amin (1976, p. 17), toda sociedade é marcada pela maneira como cria e circula seus excedentes, o que culmina no surgimento de classes ou grupos sociais. "Cada modo de produção classista define suas classes antagônicas entre si, mas como uma unidade: classe-Estado e camponeses no modo tributário, senhores e escravos, no modo escravista, feudais e servos no modo feudal [...]". Segundo o autor, porém, nos modos de produção pré-capitalistas, a utilização dos excedentes são visíveis, persistindo uma forte ligação entre os produtores e seus meios de produção. (AMIN, 1976, p. 19).

Fácil perceber que, em sociedades pré-capitalistas (predominantes até a primeira revolução industrial, em meados do século XVIII), o direito do trabalho não exerceria qualquer função, porquanto inexiste, em tais conjunções sociais, uma denotada separação entre produtores e meios de produção. Assim, ao menos em princípio, os produtos pertenceriam aos próprios produtores, cujos excedentes seriam postos em circulação, mais pela premência da subsistência cooperativa do que pelos auspícios da lucratividade[3].

É bem verdade que, nos séculos finais da Idade Média, fundiram-se nas civilizações pré-capitalistas europeias perfis de organização do trabalho estruturados sobre a forma de corporações ou comunidades de ofício. "A corporação de ofício se formava pela reunião de pessoas que atuavam no setor profissional próprio e, nessa comunidade, o trabalho era repartido entre o local de trabalho e o local em que permanecia o mestre responsável pelo trabalho". (PISTORI, 2007, p. 92).

As corporações funcionavam mediante empenho colaborativo de mestres e ajudantes, os primeiros transmitindo empiricamente seus conhecimentos profissionais aos segundos, que assumiriam o posto tão logo estivessem capacitados. Conforme relata Pistori (2007, p. 92-93),

[2] Excluindo-se o modo de produção comunitário ou primitivo, que funcionaria essencialmente para a subsistência das famílias.

[3] Mesmo nos modelos escravistas, em que os escravos não detêm o resultado de seu trabalho, faltaria lugar para normas trabalhistas, já que aos escravos não eram reconhecidos quaisquer parâmetros de humanidade, não passando de mero patrimônio de seus senhores.

as agremiações de ofício atuavam em torno da atividade do mestre, existindo corporações de fundidores, curtidores, marceneiros, ferreiros, alfaiates, sapateiros, açougueiros, entre outros. As corporações operavam sobre determinadas regras, em maior ou menor grau de detalhamento, pois "[...] tinham, cada uma ao seu modo, estatutos regulamentando o trabalho e a produção" (PISTORI, 2007, p. 103), com origem nos costumes locais.

Embora se possa afirmar que os regimentos e estatutos corporativos disciplinavam o trabalho e a produção em seu espaço, seria inadequado associá-los a um conjunto de ordenações estatais, fruto de atribuição normativa oficial, capaz de estabelecer modelos de conduta a serem seguidos, de maneira tendencialmente abstrata e impessoal. Portanto, mesmo com a semente plantada, é impróprio falar na existência do Direito do Trabalho nos tempos das comunidades de ofício.

Os modos de produção pré-capitalistas (primitivo, tributário, escravista e mercantilista simples) e as formações sociais deles decorrentes, por sua própria natureza e levando em consideração a organização do trabalho em suas searas, não exigiam um disciplinamento normativo sequer parecido com aquele concebido pelo Direito do Trabalho. Não que inexistissem desigualdades, mas a falta de uma significativa separação entre produtores, produtos e meios de produção colocava as práticas laborativas da época sob a regência dos costumes e do direito consuetudinário.

São as forças produtivas e as relações de produção nas formações capitalistas que alteraram essa realidade. O modo de produção capitalista surge "[...] a partir da apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção. [...] Existe capitalismo desde que os meios de produção – produto do trabalho social – não sejam gerados pela sociedade inteira, mas por uma parte desta, que se torna então 'burguesia'". (AMIN, 1976, p. 48). O avanço no desenvolvimento das forças produtivas tornam os meios de produção inacessíveis ao produtor, separando de si o produto e concentrando-o nos detentores de capital. Amin (1976, p. 48) qualifica o modo de produção capitalista através de três características essenciais:

> 1) A generalização da forma mercadoria a toda a produção social; 2) a aquisição da forma mercadoria à própria força de trabalho, o que significa que o produtor, separado dos meios de produção, tornou-se um proprietário e 3) a aquisição da forma mercadoria pelos equipamentos, nos quais se concretiza materialmente uma relação social, a relação de apropriação exclusiva de classe; o que define o capital.

O modo de produção capitalista transforma o labor em mercadoria e o produtor em agente de mercado. As corporações de ofício são progressivamente suplantadas pelas fábricas,

emergindo o trabalho livre e assalariado. As comunidades rurais veem uma parcela expressiva de seus integrantes transferindo-se para grandes centros urbanos, alterando o domínio da agricultura nas sociedades feudais para as atividades industriais. As formas pré-capitalistas de comércio (mercantilismo simples) incorporam-se às atividades de capital. Os comerciantes pré-capitalistas, que retiravam seus rendimentos da política de monopólio, passam, no capitalismo, a retirar o lucro da mais-valia (AMIN, 1976, p. 25).

É bem verdade que, na aurora do capitalismo, por ocasião da chamada primeira Revolução Industrial (séculos XVII e XVIII), houve um aceno de perceptível prosperidade, com a ascensão da burguesia e o surgimento de um novo segmento social. O sistema econômico ganhou contornos mais bem definidos e a economia emancipou-se da política e do arranjo governamental, aos quais estava umbilicalmente conectada nas sociedades pré-capitalistas.

Entretanto, a partir do século XIX, o modo de produção capitalista ganhou novas dimensões: "[...] o ritmo da modificação econômica, no que diz respeito à estrutura da indústria e das relações sociais ao volume de produção e à extensão e variedade do comércio, mostrou-se inteiramente anormal". (DOBB, 1986, p. 184). Ocorreram, simultaneamente, um aumento da produção e um incremento do mercado de consumo, exigindo-se do operário resultados cada vez mais rápidos e intensificados. Evidente que tais alterações foram sentidas pela classe trabalhadora, conforme explica Dobb (1986, p. 187):

> Era agora necessário capital para financiar o equipamento complexo requerido pelo novo tipo de unidade de produção; e criara-se um papel para um tipo novo de capitalista, não mais apenas como usuário ou comerciante em sua loja de armazém, mas como capitão de indústria, organizador e planejador das operações da unidade de produção, corporificação de uma disciplina autoritária sobre um exército de trabalhadores que, destituídos de sua cidadania econômica, tinham de ser coagidos ao cumprimento de seus deveres onerosos a serviço de outro pelo açoite alternado da fome e do supervisor do patrão.

A excessiva exploração do proletariado impulsiona o surgimento de teorias econômicas que buscam compreender a lógica implícita no modo de produção capitalista. Sem dúvida, a teoria marxista foi a que mais ressoou nesse ambiente. No primeiro livro de "O Capital", com edição inaugural publicada em 1867, Marx desenvolve a célebre teoria da mais-valia, que mascararia a opressão na sociedade capitalista.

O ponto de partida da referida teoria situa-se no conceito de mercadoria. Para Marx (1996, p. 165), "a mercadoria é, antes de tudo, um objeto externo, uma coisa, a qual pelas suas

propriedades satisfaz necessidades humanas de qualquer espécie". Toda mercadoria possui um valor, que é mensurado pela quantidade de trabalho despendido, refletido no tempo de duração na sua feitura.

> Portanto, um valor de uso ou bem possui valor, apenas, porque nele está objetivado ou materializado trabalho humano abstrato. Como medir então a grandeza de seu valor? Por meio do *quantum* nele contido da 'substância constituidora do valor', o trabalho. A própria quantidade de trabalho é medida pelo seu tempo de duração, e o tempo de trabalho possui, por sua vez, sua unidade de medida nas determinadas frações do tempo, como hora, dia etc. (MARX, 1996, p. 168).

Desse modo, o valor da mercadoria depende da quantidade de tempo de trabalho utilizado na sua produção. "Se um casaco representa *x* dias de trabalho, dois casacos representam 2*x* e assim por diante" (MARX, 1996, p. 175). Acontece que a própria força de trabalho é uma mercadoria, cujo valor é o tempo necessário para manter o trabalhador vivo. Porém, o montante de salário que lhe é pago correspondente a uma quantidade de tempo de trabalho inferior à jornada laborada. Portanto, o operário trabalha para si apenas uma parte do expediente. O tempo remanescente trabalha para o patrão.

Exemplificando: imagine-se que um operário trabalhe oito horas por dia, tempo no qual produz oito peças de uma determinada mercadoria. O preço de cada mercadoria corresponde a uma hora de trabalho desse operário. Contudo, o salário diário que lhe é pago como valor de sua força de trabalho equivale ao preço de seis mercadorias. Destarte, durante seis horas de expediente, o operário estaria trabalhando para si. As duas horas sobejantes seriam de trabalho excedente, produzindo, com isso, a mais-valia.

> Vimos que o trabalhador, durante parte do processo de trabalho, apenas produz o valor de sua força de trabalho, isto é, o valor dos meios de subsistência de que necessita. [...] A parte de sua jornada de trabalho que ele precisa para isso é maior ou menor conforme o valor de seus meios de subsistência diários médios, conforme, portanto, o tempo de trabalho diário médio exigido para a sua produção. Se o valor de seus meios diários de subsistência representa em média 6 horas de trabalho objetivado, o trabalhador necessita trabalhar em média 6 horas por dia para produzi-lo. [...] A parte da jornada de trabalho, portanto, em que sucede essa reprodução, eu chamo de tempo de trabalho necessário, e de trabalho necessário o trabalho despendido durante esse tempo. [...] O segundo período do processo de trabalho, em que o trabalhador labuta além dos limites do trabalho necessário, embora lhe custe trabalho, dispêndio de força de trabalho, não cria para ele nenhum valor. Ela gera a mais-valia, que sorri ao capitalista com todo o encanto de uma criação do nada. Essa parte da jornada de trabalho chamo de tempo de trabalho excedente, e o trabalho despendido nela: mais-trabalho (*surplus labour*). (MARX, 1996, p. 330-331).

Com a teoria da mais-valia, Marx (1996) descortina a exploração do trabalho no sistema capitalista, deixando claro que o trabalhador assalariado, apesar de teoricamente livre, depende do trabalho para sobreviver e, por não possuir os meios de produção, vende sua força

de trabalho em troca de uma remuneração com valor inferior ao conjunto de mercadorias que habitualmente produz em um determinado tempo de trabalho, revertendo parte de seu empenho laboral aos donos do capital. Eis o conteúdo abstrato do capitalismo evidenciado por Marx.

De acordo com Giddens (1975, p. 37), "ao solucionar esta 'charada' da produção capitalista, Marx apresenta uma conexão nítida entre certas características essenciais da situação da classe do trabalhador assalariado e as demandas estruturais do mercado capitalista", pois a essência do capitalismo estaria "[...] expressa na relação de classes entre o capital e o trabalho assalariado, por meio da qual a classe operária deve vender a sua força de trabalho ao primeiro grupo em troca dos meios de subsistência [...]". (GIDDENS, 1975, p. 37). Marx invoca a classe trabalhadora a desprender-se de seus grilhões e promover uma verdadeira revolução proletária, o que influenciou fortemente os movimentos socialistas do início do século XX.

Se de um lado o modo de produção capitalista sofre abalos com o crescente contraponto socialista, de outro necessitou racionalizar-se. Para produzirem mais, as fábricas tiveram que reunir, no mesmo espaço físico, um número cada vez maior de trabalhadores. Estes, naturalmente, começam a se reconhecer enquanto classe sujeita a uma mesma situação de exploração (luta de classes).

O engajamento operário em torno de melhores condições de trabalho torna-se inevitável: "[...] os trabalhadores chegam a um entendimento mútuo para a formação de uma coalizão com o objetivo de estabelecer limites máximos de ofertas de serviço ou limites mínimos para as reivindicações concernentes a preços e salários." (OFFE, 1994, p.25). Os movimentos paredistas nutrem-se no fortalecimento das agremiações sindicais e, paulatinamente, as conquistas de grupo vão-se firmando em contratos coletivos, cujas cláusulas mais recorrentes institucionalizam-se através de normas laborais.

É justamente num ambiente marcado pela formação social capitalista e o respectivo modo de produção racionalizado que emerge o Direito do Trabalho, enquanto disciplinamento das relações de labor entre uma classe assalariada que, como mercadoria, vende sua força de trabalho aos detentores do capital em busca dos recursos necessários ao almejado sustento.

Assim, mesmo sob o contexto do capital, o Direito do Trabalho não parece ter sido pensado ou institucionalizado como um tipo de variante econômica, mas como reação humana

às condições de dependência decorrentes de um modelo de produção que colocou uma significativa parcela da população em posição de exploração, fazendo nascer um sentimento de solidariedade capaz de proporcionar uma intervenção normativa minimamente equalizadora.

3.1.2 Ambiente social: a moderna luta de classes e a eclosão da questão social

O ser humano é complexo. Linguagem, família, arte, religião, trabalho e tudo mais a que se atribui valor simbolizam sua natureza pluridimensional. Em sociedade, esse mesmo homem potencializa a complexidade que lhe é inerente. Ao compartilhar com os demais todas as variantes da vida comunitária, o homem acaba por retratar-se em permanente metamorfose, adaptando-se à realidade e, ao mesmo tempo, modificando-a.

Seria, portanto, demasiadamente pretensioso se, no presente estudo, fosse proposta uma aferição exauriente do ambiente social no qual emergiu o que, hoje, se reconhece como direito do trabalho. Por tal razão, dois foram os fatores escolhidos para a investigação: a moderna luta de classes e a eclosão da chamada "questão social", ocorrida no final do século XIX e início do século XX. Ambas, porém, até mesmo por uma questão de coerência sistêmica, serão associadas ao ambiente econômico já analisado, favorecendo uma compreensão abrangente do contexto social dominante na ocasião.

Marx e Engels (2005, p. 40) já diziam que "a história de todas as sociedades até hoje existentes é a história das lutas de classes. Homem livre e escravo, patrício e plebeu, senhor feudal e servo, mestre de corporação e companheiro, em resumo, opressores e oprimidos, em constante oposição". Não foi o capitalismo, portanto, que inaugurou a luta de classes, mas, certamente, deu a ela contornos especiais.

Para entender a luta de classes no capitalismo, oportuno retomar o comparativo entre formações sociais pré-capitalistas e capitalistas. Viu-se que as civilizações pré-capitalistas subdividem-se em primitivas, escravistas, tributárias e mercantilistas simples[4]. As duas primeiras, porém, não serão aqui consideradas: seja pelo imperativo remoto do tempo (primitivas), seja pela completa obscuridade do escravo nos regimes escravocratas.

No tocante às formações tributárias, marcadas pelo predomínio do feudalismo, Alexis de Tocqueville (1997, p. 109) afirma que "em todos os lugares onde o sistema feudal

[4] Sobre o tema, remete-se o leitor ao tópico 2.1.1.

estabeleceu-se no continente da Europa acabou em casta [...]".[5] A propriedade da terra era o que ditava a divisão social. Assim, "[...] todos aqueles que tinham terras do senhor (aqueles que a língua feudal chamava com acerto vassalos), muitos dos quais não eram nobres, eram seus sócios permanentes para o governo da senhoria: era, aliás, a condição principal de sua concessão". (TOCQUEVILLE, 1997, p. 110).

O movimento de transição do feudalismo para o mercantilismo simples, no âmbito das formações sociais pré-capitalistas do alto medievo, iniciou um processo endógeno de alteração do sistema de castas. O incremento do comércio, notadamente aquele realizado nos pequenos centros mercantis (*burgos*), fez surgir um novo segmento social: a burguesia. No início, os burgueses não detinham influência política. Com o passar dos anos, foram adquirindo um destaque social cada vez maior.

Ao falar da burguesia francesa no período pré-revolucionário, ainda na vigência do *ancien régime*, Tocqueville (1997, p. 111-112) enfatiza as concessões que os nobres vinham progressivamente fazendo em favor dos burgueses do "terceiro estado", como isenção de impostos e facilidade na aquisição dos títulos de nobreza. Essa mesma burguesia, inspirada pelo ideário iluminista no último quartel do século XVIII, participou ativamente da revolução liberal que derrubou a monarquia de Luís XVI.

Na Inglaterra, contudo, o autor ressalta a existência de uma burguesia mais próxima dos aristocratas, porém com acesso à nobreza notavelmente impreciso. "Se as classes médias na Inglaterra em vez de guerrear a aristocracia ficaram tão intimamente ligadas a ela [...] veio menos da possibilidade de nela entrar de que do fato de que ninguém jamais sabia quando dela chegava a fazer parte". (TOCQUEVILLE, 1997, p. 112).

Ocorre que – seja em terras francesas, inglesas e, no geral, em todo o velho continente – a burguesia nas sociedades pré-capitalistas não se reconhecia conscientemente como classe social. Embora os laços comunitários fossem marcados pela presença de estamentos, ainda não existia uma clara diferenciação entre os fatores econômicos e políticos envolvidos. As trocas mercantis, a maioria delas feita em pequena escala, atendiam mais as necessidades locais do que a lógica do capital, não sendo capaz de subverter os laços de fidelidade entre aristocratas e burgueses.

[5] O autor ressalva, todavia, a Inglaterra, que "[...] era o único país onde em vez de alterar o sistema de casta, chegaram a destruí-lo. Lá os nobres e os plebeus juntavam-se para fazer os mesmos negócios, escolhiam as mesmas profissões e, o que é muito mais significativo, casavam-se entre eles" (TOCQUEVILLE, 1997, p. 109).

Com a difusão do capitalismo, os laços de fidelidade entre burgueses e aristocratas são destruídos, proporcionando uma visível separação entre o "econômico" e o "político". Para Giddens (1975, p. 36-37), o capitalismo estimulou o crescimento dos mercados e a divisão polarizada do trabalho, concentrando os meios de produção em poder da burguesia e consolidando a exploração do proletariado.

Com isso, os burgueses passaram a ter maior consciência do seu protagonismo econômico na sociedade, posicionando-se – agora sim, enquanto classe – não somente frente aos operários, mas, sobretudo, diante de uma aristocracia que, malgrado enfraquecida, ainda conservava em si o predomínio político fruto do legado secular da nobreza de seus integrantes.

A consciência de classe é, por assim dizer, uma marca patente das formações sociais capitalistas. Lukàs (2003, p. 153-155), seguindo o mesmo raciocínio de Giddens (1975), ao fazer um comparativo entre os comportamentos sociais anteriores e posteriores ao capitalismo, explica que, nas sociedades pré-capitalistas – por não semearem uma clara dissociação entre economia e política – os grupos não conseguiam se expressar conscientemente como classe. "Com o capitalismo, com o desaparecimento das estruturas estamentais e com a constituição de uma sociedade com articulações *puramente econômicas*, a consciência de classe chegou ao estágio em que *pôde se tornar consciente*". (LUKÀS, 2003, p. 156).

Uma vez determinadas as divisas entre o econômico e o político, a burguesia capitalista, agora consciente de sua posição e da influência do capital na disseminação de um novo movimento social, começa a reivindicar, como desdobramento natural dessa nova condição, não apenas uma emancipação diante dos governantes, mas um espaço dentro do próprio governo, até então dominado pela nobreza aristocrática, com o suporte religioso da igreja católica. Não por acaso que as revoluções liberais, no final do século XVIII, tiveram ponto de inflexão nas aspirações político-ideológicas dos burgueses capitalistas.

Todavia, se, por um lado, o capitalismo conscientiza a burguesia de seu papel na sociedade política; por outro, a opõe economicamente a uma classe que, até então, não se identificava como tal: o proletariado. Na mesma proporção em que a burguesia capitalista cresce socialmente, os trabalhadores assalariados são colocados em um núcleo cada vez mais bem definido de exploração e dependência. Assim é que, nos grandes centros industriais da Europa oitocentista, noticiam-se os primeiros movimentos operários, organizados em torno de melhores condições de trabalho.

Tomando como base a sociedade inglesa, berço da Revolução Industrial, Hobsbawm (2009, p. 79-80) fala do processo de reconhecimento dos operários enquanto classe. Segundo o autor, antes do século XIX, não havia homogeneidade da classe operária, pois tudo dependia da realidade cultural e econômica do país onde se situavam os trabalhadores. Embora já existisse uma organização mínima entre mestres e aprendizes nas corporações de ofício[6], a expressão "classe trabalhadora" ou "classe operária" somente aparece, em solo inglês, após as guerras napoleônicas, na primeira metade do século XIX (HOBSBAWM, 2000, p. 260).

Até então, os trabalhadores ingleses eram agrupados por profissão, não se apresentando como organismo unitário. Entretanto, com o desenvolvimento do capitalismo industrial, os operários tiveram de ser concentrados no mesmo espaço fabril, o que os tornou partícipes de uma mesma realidade. Como sublinha Hobsbawm (2000, p. 294), "a soma de tudo isso é uma percepção crescente de uma classe operária única, aglutinada através de um destino comum sem levar em consideração suas diferenças internas".

O que se deu na Inglaterra estendeu-se, com semelhantes proporções, pelos demais países da Europa industrial. Os trabalhadores foram, aos poucos, ganhando coesão enquanto grupo, o que favoreceu, inclusive, a formação das primeiras entidades sindicais organizadas, como desdobramento das antigas associações de solidariedade[7], porém aparelhadas com estrutura e poder reivindicatório bem mais consistentes. Gradualmente, a mesma consciência de classe que colocou a burguesia em posição privilegiada, também surgia no proletariado das formações sociais capitalistas.

Mas, por que uma classe trabalhadora consciente de sua condição e homogênea em sua composição somente emergiu a partir do final do século XIX, com o advento capitalismo industrial? Duas são as respostas para tal indagação: a primeira de cunho econômico, decorrente do modo de produção capitalista; a segunda de índole social, fruto da pobreza e da situação de marginalidade na qual fora colocado o operariado da época.

---

[6] Nem mesmo no seio das corporações de ofício, cuja engrenagem pressupunha certa orientação produtiva, não se podia identificar – com contornos precisos – a presença de uma classe social consciente de sua condição. Isto porque, o alinhamento econômico-político entre a burguesia ascendente e a aristocracia política ensejava uma interferência real nas corporações. Como exemplos dessa interferência, Pistori (2007, p. 120) cita "[...] a instalação, pela via real de procedimentos administrativos para o cotidiano corporativo, como a instalação de comunidades, regularização de regulamentos corporativos, eleição dos jurados relacionados aos conselhos de homens prudentes, bem como a formação dos mestres".

[7] Hobsbawm (2000, p.103) cita as associações de solidariedade como agremiações pré-sindicais que propagavam uma cultura e uma ritualística própria em determinados segmentos profissionais.

Conforme dito anteriormente, o modo de produção capitalista, haja vista basear-se na teoria da mais-valia[8], coloca os trabalhadores em uma situação de extrema dependência, porém concentrados no mesmo espaço fabril. Tal condição permite que os operários enxerguem-se inseridos numa idêntica situação de exploração, fazendo nascer o combustível necessário para o desenvolvimento da consciência de classe. Não por acaso, foi exatamente nesta atmosfera que surgiram as primeiras organizações sindicais e sociedades cooperativas da Inglaterra (HOBSBAWM, 2000, p. 260).

Outro aspecto do modo de produção capitalista que também influenciou o reconhecimento do proletariado enquanto classe foi a inserção das máquinas na dinâmica de funcionamento das grandes fábricas do final do século XIX. Marx (1996b, p. 62) dizia que a luta entre capitalista e assalariado, embora já existisse no período manufatureiro, agita-se com a introdução da maquinaria:

> Como máquina, o meio de trabalho logo se torna um concorrente do próprio trabalhador. A autovalorização do capital por meio da máquina está na razão direta do número de trabalhadores cujas condições de existência ela destrói. Todo o sistema de produção capitalista repousa no fato de que o trabalhador vende sua força de trabalho como mercadoria. A divisão do trabalho unilateraliza essa força de trabalho em uma habilidade inteiramente particularizada de manejar uma ferramenta parcial. Assim que o manejo da ferramenta passa à máquina, extingue-se, com o valor de uso, o valor de troca da força de trabalho.

Segundo o autor, a máquina torna o trabalhador supérfluo, colocando-se como seu concorrente poderoso, o que proclama, em favor do capital, uma potência hostil contra movimentos de resistência obreira, como greves ou revoltas operárias. A maquinaria se mostrou como um antagonista da força humana, ameaçando o empregado em seu próprio posto de trabalho. (MARX, 1996b, p. 62).

O modo de produção nas formações sociais capitalistas colocou em lados opostos burgueses e proletários, cada qual consciente de sua posição em relação a si e no tocante à classe antagônica. Porém, foi a situação de exacerbada exploração e dependência a que se submeteram os trabalhadores, sobretudo na segunda metade do século XIX, que intensificou a moderna luta de classes.

Sob o imperativo do capital, os detentores dos meios de produção perceberam que a intensificação do trabalho, com a consequente redução nos custos de sua realização, resultavam no incremento dos lucros e na maior rentabilidade do empreendimento. A

[8] Sobre a teoria da mais-valia remete-se o leitor ao tópico 2.1.1.

exploração da mão-de-obra operária cresceu significativamente, com o aumento das jornadas de trabalho, redução dos salários, exploração do trabalho infantil, além de condições degradantes de higiene e segurança. Barbagelata (2012, p.28-29), elencando algumas características das condições de vida da classe trabalhadora na Europa industrial do século XIX, pautado em referências da época, apresentou a seguinte imagem:

> a) a alimentação na casa dos trabalhadores, durante a jornada de trabalho, era totalmente insuficiente;
> b) as vestimentas da maioria dos operários e operárias, e especialmente das crianças, estavam em estado deplorável;
> c) a maior parte das casas e locais de trabalho não tinha um conforto mínimo, eram insalubres e perigosos;
> d) o esforço exigido dos operários era excessivo, o qual, além de tornar o trabalho 'em uma tortura', [...] era presumivelmente causa de morte precoce dos mesmos;
> e) os salários eram muito baixos e, ainda, era pior no caso das mulheres e crianças, aos quais, inclusive, para as horas extras, apenas se compensavam com algumas moedas;
> f) a presença de menores na manufatura era muito grande [...];
> g) as crianças eram submetidas ao mesmo horário de cumprimento dos adultos;
> h) não é um detalhe menor destacar que não contavam com transporte públicos e, portanto, se os operários não tinham moradia na área da fábrica ou do comércio, deviam cumprir a pé um longo caminho de ida e retorno. Por esta razão, muitos deles optavam em dormir nos seus locais de trabalho, em péssimas condições;
> i) além disso, para assegurar a disciplina e a produtividade nas oficinas,recorria-se a castigos corporais, abuso de que também padeciam meninos e meninas;
> j) os acidentes de trabalho eram frequentes e não havia nenhuma norma de proteção, ou paliativo por considerações humanitárias, mesmo no caso das crianças;
> k) as condições de vida miseráveis dos trabalhadores podiam ainda piorar, caso se sobreviessem as doenças, o que era muito factível por causa das condições dos ambientes de trabalho e os lugares que habitavam – como se concretizasse a ameaça sempre presente da perda do emprego e desemprego consequente, que até o século XX não tinha nenhuma proteção;
> l) a insensibilidade dos empresários para a situação parecia ser norma.

Evidente que as condições de vida e de trabalho narradas por Barbagelata (2012) começaram a provocar manifestações variadas contra o modelo de exploração perpetrado. O autor identifica desde eventos culturais, como livros e cânticos[9], até agitações sociais importantes, como greves e revoltas, o que culminou com uma resposta do Estado à chamada "questão social".

Barbagelata (2012, p.61) relata o surgimento de diversas correntes de pensamento intervencionistas, tanto de matriz religiosa (como a doutrina social da igreja católica consubstanciada na encíclica *Rerum Novarum* do papa Leão XIII), quanto de viés político-ideológico (como a *Escola de Manchester*, na Inglaterra; o *Socialismo de Cátedra*, na

[9] O autor cita livros como: "A miséria dos obreiros", de Bigot de Morang; "Tempos difíceis", de Charles Dickens; e o "Germinal", de Émile Zola. Já os cânticos, Barbagela cita a "Canción de los Canutos", que expressava a raiva e a vontade de luta dos trabalhadores têxteis em Lyon; e "A canção da camisa", que evocava o drama dos trabalhadores a domicílio em Londres. (BARBAGELATA, 2012, p. 30-31).

Alemanha; e o *Solidarismo* da França). Todas acabaram, em maior ou menor grau, dando suporte ao Estado, no campo do Direito do Trabalho.

O resultado não poderia ser outro senão a edição de normas de proteção ao trabalho. "Esta legislação pôde materializar-se graças à admissão da possibilidade e conveniência da intervenção do Estado na *questão social* através da lei. Era um ponto que a princípios do século XX já estava definitivamente aceito em muitos países [...]". (BARBAGELATA, 2012, p. 73). A própria legislação privada já existente teve de adaptar-se minimamente ao anseio de bem-estar social, assimilando cláusulas de contratos coletivos ou mesmo impondo, de maneira geral, parâmetros mínimos de dignidade no trabalho.

É, portanto, em um ambiente social marcado pela consciência de classe gerada a partir das lutas operárias por melhores condições de trabalho, em reação aos agravos decorrentes da "questão social", fruto de um modelo exploratório e subjugante, que se consolida o direito laboral, como resposta do Estado aos excessos de um capitalismo incipiente.

3.1.3 Ambiente político: a transição do Estado Liberal para o Estado Social

A política reage aos fatos ou os fatos reagem à política? Eis uma questão cuja resposta não pode e nem deve ser absoluta. O diálogo entre fatos e política é cultural e histórico, portanto não linear. Nada obstante, é possível identificar as principais características que marcaram o contexto fático de mudança superestrutural na forma de Estado, cujo processo favoreceu a institucionalização do Direito do Trabalho, com reflexos no reconhecimento de seu *status* jurídico-normativo.

Inicialmente, cabe uma advertência terminológica: ao se falar em ambiente político – e sendo a política, como ressalta Comparato (2006, p. 582), dimensão da vida ética do ser humano – inúmeras seriam as possibilidades de aferição. Desde o estudo do poder, passando pela legitimidade dos governantes até se chegar ao regime de governo. Entretanto, o aspecto "político" escolhido na presente pesquisa foi o tipo de organização estatal, com especial enfoque para a postura do Estado frente aos direitos dos governados e sua intervenção nas relações privadas.

O entendimento do Estado Social e de seus principais elementos constitutivos depende, obrigatoriamente, de uma retrospectiva em torno do chamado Estado Liberal, organização que se sobrepôs ao antigo Estado Absoluto ou Centralizador.

Até o final do século XVIII, prevalecia na Europa a concentração do poder político nas mãos do rei, que o exercia com auxílio da nobreza aristocrática e a chancela da igreja. Acerca do antigo regime francês, Tocqueville (1997, p. 77-82) explica que a administração do reino era exercida pelo rei, auxiliado por um conselho formado por grandes senhores nomeados pelo monarca, além de outros agentes incumbidos dos negócios de Estado, todos submetidos aos comandos reais. A personificação do Estado na figura do rei ocorrida na França reproduzia-se, em certa medida, nos demais países da Europa ocidental.

Evidente que a centralização do poder político na pessoa do monarca acentuava o domínio imperativo do Estado sobre o indivíduo, colocando em destaque o problema da liberdade. Não por outra razão é que, "na doutrina do liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo." (BONAVIDES, 2009, p. 40). Na verdade, no absolutismo político, Estado e liberdade colocavam-se em posições antagônicas, o que provocava um desarranjo social invariavelmente revolucionário.

Hannah Arendt (2011, p. 56), ao falar sobre as revoluções modernas, deixa claro que elas não são meras mudanças, mas transformações sociais profundas que trazem à tona o desenrolar de uma nova história. No caso das revoluções liberais do final do século XVIII, a novidade era, sem dúvida, a ideia de liberdade. Curiosamente, porém, Arendt (2011) identifica que muitas bandeiras revolucionárias estavam pautadas no ímpeto de restauração. O resultado, contudo, acabou revestindo-se de um elemento inovador, fazendo deste um dos atributos revolucionários mais significativos.

O Estado Liberal nasce, portanto, de um movimento revolucionário que coloca no poder uma nova classe e estabelece, por conseguinte, novos postulados de governo. Tal como visto anteriormente, é exatamente na segunda metade do século XVIII que a burguesia aparece na Europa como segmento social emergente, deslocando a possessão econômica da nobreza para o chamado "terceiro estado"[10]. Não tardou para que essa mesma burguesia, afinando-se aos anseios de liberdade e às premissas sociológicas contratualistas, reivindicasse seu lugar na ambiência política: "a burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social." (BOVAVIDES, 2009, p. 42).

[10] Em contrapondo a ideia de que a revolução francesa foi um movimento essencialmente burguês, posiciona-se Eric Hobsbawn. Para o autor, o revisionismo histórico não permite essa afirmação. Na verdade, referida revolução teria aspectos muito mais complexos do que, simplesmente, o processo histórico de transferência de poder de uma classe para outra (HOBSBAWN, 1996, p. 23).

Em sua primeira fase, o Estado Liberal ergueu pilares em alicerces marcados pelo formalismo e pela igualdade perante a lei. Despiu-se de conteúdo e passou a se portar exclusivamente como estrutura defensora da liberdade contra o despotismo que o antecedeu. A função primordial do Estado era a preservação da liberdade e da segurança dos indivíduos em meio às violações provocadas pelo próprio Estado, primordialmente, e por outros indivíduos, tangencialmente.

Acontece que o Estado Liberal estava marcado pelo que Bonavides chama de "contradição dialética". Segundo o autor, a burguesia acordou o povo, mas este não despertou para a conscientização de suas liberdades políticas. Utilizando o exemplo francês, Bonavides (2011, p. 54-55) explica a essência dessa contradição:

> Antes da revolução tudo se explicava pelo binômio absolutismo-feudalidade, fruto de contradição já superada. Depois da revolução advém outro binômio, com a seguinte versão doutrinária: democracia-burguesia ou democracia-liberalismo. Antes o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia).

O liberalismo político, que aparentemente colocava do mesmo lado o povo e a burguesia, rapidamente deixa transparecer que os interesses burgueses não estavam em sintonia com os auspícios da maior parte da população, sobretudo os que dependiam exclusivamente do trabalho para sobreviver. A tão almejada liberdade serviu, grosso modo, para afastar o Estado das relações privadas, assentando sob a proteção da lei a propriedade e a autonomia negocial.

As relações privadas estariam detalhadamente reguladas na lei, aplicada indistintamente para todos os indivíduos, livres e iguais em direitos e obrigações. Os contratos eram os instrumentos adequados para a consecução dos negócios privados, através dos quais homens livres manifestavam sua vontade para dispor autonomamente de seu patrimônio, sem a interferência estatal. Aliás, o Estado deveria permanecer longe de tais relações, limitando-se ao campo de atuação político-administrativo estabelecido no ordenamento.

Foi justamente no seio Estado Liberal que se acentuou a dicotomia entre o público e o privado. É bem verdade que a interlocução entre público e privado jamais deixou de existir. Nunca o Estado abdicou completamente de incursões nos espaços privados; e nem o particular deixou de se valer de preceitos próprios da esfera pública na sua relação com os demais.

Porém, é possível reconhecer momentos históricos de elevada distinção entre o público e o privado; e o liberalismo político foi um deles. (FACCHINI NETO, 2006, p. 13-14).

As revoluções liberais fortaleceram os pressupostos individualistas, reafirmando o desejo de liberdade. Para proteger essa liberdade, o Estado protagonizou um claro papel absenteísta, o que, naturalmente, delimitou de modo mais aparente os espaços público e privado. A fisionomia funcional do Estado Liberal cedeu-se ao predomínio dos interesses particulares, já que a principal inspiração do liberalismo não era a comunidade, mas o indivíduo.

Como desdobramento quase que inevitável do liberalismo político, fortaleceram-se as diretrizes básicas do liberalismo econômico. De acordo com Polanyi (2000, p.166), o liberalismo econômico, enquanto "[...] princípio organizador de uma sociedade engajada na criação de um sistema de mercado", pautou-se em três dogmas clássicos: "o trabalho deveria encontrar seu preço no mercado, a criação do dinheiro deveria sujeitar-se a um mecanismo automático, os bens deveriam ser livres para fluir de país a país, sem empecilhos ou privilégios".

Embora Polanyi (2000, p. 166) não concorde que a derrocada do liberalismo econômico e, por consequência, do Estado Liberal, tenha sido sobremodo influenciada pelo empobrecimento e exploração da classe trabalhadora, o autor reconhece que houve um movimento social e humano que exerceu pressão no sentido de obter do Estado alguma espécie de proteção.

Na verdade, o que o autor não percebe é que o tratamento formalmente isonômico dado pelo Estado aos particulares, ignorando as desigualdades substanciais naturalmente existentes entre os indivíduos, terminou por potencializar o desequilíbrio social. Ora, em meio à ascensão do capitalismo e na autora de um mundo no qual o dinheiro dita as regras, aqueles que detinham os meios de produção e circulação do capital cresciam em poder, impondo seus anseios econômicos com a robustez de quem não tem, na figura do Estado, um contraponto inclusivo e suficientemente mediador.

A liberdade, tal como pensada pelos teóricos do liberalismo, entrou em crise por duas razões semânticas: (i) as consequenciais sociais decorrentes da desigualdade material fomentada no bojo de um capitalismo incipiente; (ii) as distorções de mercado geradas pela ambição autorregulamentativa (*laissez-faire*), na medida em que um mercado livre de intervenção acabava levando ao monopólio e à deturpação do discurso de prosperidade coletiva.

As relações de trabalho também foram afetadas pelo liberalismo político. A opção liberal – embora, *a priori*, haja propagado a garantia de segurança dos particulares sob o manto da lei – findou expondo os mais necessitados a toda sorte de vulnerabilidades oriundas das vicissitudes de uma vida desigual.

> A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. [...] O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. (COMPARATO, 2008, p. 53-54).

O Estado precisou sair de sua posição absenteísta e iniciar um processo gradativo de transição, focado na coletividade (grupo) e não apenas no indivíduo. A liberdade extrema de outrora, a despeito de sua inegável importância, começou a abrir espaço para aspirações igualitárias. A intervenção estatal despontou como ferramenta política necessária para minimizar, no plano jurídico-administrativo, os desequilíbrios materiais existentes.

Era preciso, como assinala Bonavides (2009, p. 16), "reconciliar a Sociedade com o Estado", de modo que o sistema de liberdade pudesse caminhar ao lado de mecanismos voltados a conferir maiores garantias à coletividade. A participação do Estado na vida do cidadão foi significativamente alterada. Tanto que, na passagem do século XIX para o século XX, desenvolveu-se no mundo ocidental um processo de mudança superestrutural do Estado Liberal para o Estado Social.

O Estado direcionou seus esforços não somente para a segurança e liberdade dos indivíduos, mas também para a promoção de melhorias na condição de vida da população, com vistas a reduzir os efeitos deletérios de uma desigualdade material sem limites. As intervenções estatais vão progressivamente aumentando e os direitos sociais (dentre os quais os trabalhistas e previdenciários) começam a ser normativamente reconhecidos, inclusive em âmbito constitucional.[11]

Não se pode confundir, todavia, Estado Social com Estado Socialista. Enquanto o primeiro convive com o capitalismo e os mais diversos tipos de organização política; o segundo nega o capitalismo e renuncia qualquer sistema político que não tenha como propósito o interesse preponderantemente coletivo (BONAVIDES, 2009, p. 183-185).

[11] Como ocorre, por exemplo, nas constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919).

O caráter marcante do Estado Social – e aquilo que o diferencia substancialmente do antecedente Estado Liberal – é o fato de ser provedor de serviços e direitos sociais, isto é, "[...] um Estado comprometido com o a promoção do bem-estar da sociedade e de maneira muito especial com a daqueles setores mais desfavorecidos da mesma" (PÉREZ ROYO, 2010, p. 149, tradução livre).[12]

O ambiente político de transição do Estado Liberal para o Estado Social e a posterior consagração deste, enquanto Estado prestacional e preocupado com o bem-estar dos indivíduos, ideologicamente formatado sob premissas de igualdade material, constituiu solo fértil para a institucionalização do Direito do Trabalho. Ora, o escopo básico das normas trabalhistas não é outro senão a contenção do desequilíbrio existente entre os sujeitos da relação laboral, com ênfase ao cuidado com o agente humano que dispende tempo, energia e comprometimento em troca de subsistência.

Em um terreno de absenteísmo estatal e liberalismo econômico, dificilmente o Direito do Trabalho – e demais direitos sociais correlatos – teriam sido assimilados oficialmente, não apenas porque representariam uma indesejada intervenção, segundo o ideário iluminista da época; como porque imporiam barreiras ao capitalismo de produção, estabelecendo patamares de salvaguarda à classe trabalhadora.

3.2 Direito positivista do trabalho: o descompasso entre causa e estrutura normativa

Viu-se, até aqui, que os ambientes econômico, social e político de institucionalização do Direito do Trabalho em momento algum deixaram de circundar seus passos ao redor do núcleo humano: causa primeira e mais expoente no processo de fundação e desenvolvimento dos direitos sociais. No interior das formações capitalistas e em meio a um modo de produção racionalizado, avançaram o empobrecimento e a exploração da classe trabalhadora, que se reconheceu como tal e passou a reivindicar melhores condições de trabalho (e de vida), impulsionando o Estado a sair de sua posição omissiva e intervir no sentido de nivelar a desequilibrada equação entre capital e trabalho.

O que sobressaiu de mais significativo nos três ambientes de institucionalização do Direito do Trabalho no mundo ocidental, em especial nos países onde progrediu o capitalismo industrial, aponta, em maior ou menor espectro, para o elemento humano. Não o indivíduo

[12] No original: *"[...] un Estado comprometido com la promoción del bienestar de la sociedade y de manera muy especial com la de aquellos sectores más desfavorecidos de la misma"*.

enquanto sujeito isolado detentor de propriedade e autonomia negocial, mas na qualidade de agente integrante de uma classe social cuja dignidade estava sendo minada pela desigualdade substancial em tempos de absenteísmo estatal e liberalismo econômico.

Existe, destarte, uma matriz personalista umbilicalmente atrelada à gênese dos direitos sociais. Por certo não se ignora que o direito é resultado do movimento dialético de diversos componentes de uma realidade complexa. Contudo, é igualmente certo que a realidade econômica, social e política em cujo ventre foram gestados os direitos sociais trabalhistas teve no ser humano trabalhador a figura de mais destacada importância.

Ocorre que a introdução de uma perspectiva eminentemente antropológica na fundação de determinado modelo jurídico, traz consigo o reconhecimento de seu substrato ético e cultural. Todavia, nem sempre existe uma correspondência sistêmica entre a essência daquilo que necessita ser normatizado e o método para tanto utilizado. Como assevera Francesco Romeo (2012, p. 29, tradução livre), "o problema do método é um recorrente tema do Direito e não é indiferente a respeito do objeto no sentido que a solução do problema do método pede uma definição do objeto de estudo"[13].

No Direito, a falta de sintonia entre o objeto e o método cria, invariavelmente, um descompasso entre a causa e a estrutura normativa. Apesar de algumas teorias jurídicas contemporâneas quererem dissociar, em certa medida, a norma de suas fontes materiais, a partir de uma hermenêutica independente, não se pode negar que a eficácia da norma – e, por consequência, o assentimento coletivo que viabiliza o seu cumprimento – depende da coerência fático-valorativa entre o que motivou sua concepção e a natureza das condutas que pretendeu regular.

Trata-se de temática ligada à própria legitimidade da norma. Segundo Vasconcelos (2006, p. 236-248), a legitimidade normativa aperfeiçoa-se em duas instâncias: de validade e de valor. A instância de validade compreende: (i) a juridicidade da norma, ou seja, sua aptidão para estabelecer relações de conduta; (ii) a positividade, que torna o direito posto, isto é, disponível, aprimorando o grau de segurança das relações humanas; (iii) a vigência, que fixa o período de disponibilidade, conferindo à norma uma dimensão temporal; e (iv) a eficácia, que habilita o cumprimento da norma pela comunidade.

---

[13] No original: "*Il problema del metodo è un rocorrente tema del diritto, e non indiferente rispetto all´oggetto, nel senso che la soluzione del problema del método chiede una definizione dell´oggetto di studio*".

Já a instância de valor contempla: (i) o mérito, ou melhor, a medida de justiça carregada pela norma; e (ii) a legitimidade *stricto sensu*, que atrai o político para o campo do direito e o coloca defronte com o problema das relações de poder. É de se notar que a instância de valor conduz consigo o conteúdo ético na norma, em síntese: veicula aquilo que é de mais humano. O componente axiológico está cheio de influenciais morais, simbólicas e culturais, que respondem pela aquiescência da norma na sociedade.

Fazendo um paralelo com os direitos sociais – e em especial com o Direito do Trabalho – percebe-se que a carga valorativa da norma precisa espelhar suas origens materiais, focadas na dignidade do ser humano trabalhador, sob pena de malfadada ineficácia. O Direito do Trabalho humaniza a relação laboral, funcionando como barreira às investidas do capital, notadamente quando este materializa seus propósitos em detrimento daquele cuja condição pessoal é indispensável, já que o trabalho nada mais do que o trabalhador em movimento.

Entretanto, o período histórico no qual floresceram as fontes materiais (econômica, social e política) dos direitos sociais, encontrou na seara do Direito uma abordagem diametralmente oposta. Isto porque, no final do século XIX e início do século XX, conforme se viu anteriormente, vigorava a clássica doutrina positivista. O purismo kelseniano, em seu desiderato de cientificar o direito, propagava abertamente a ideia de neutralidade e a pretensa retirada do conteúdo valorativo da norma, pois o jurídico não poderia se preocupar com o justo, sob pena de desnaturação.

Para os positivistas clássicos, bastava a vontade humana e a observância do procedimento formal para que a norma pudesse incidir, estabelecendo modelos de conduta que, uma vez expressados na forma de lei, imporiam à sociedade apenas duas possibilidades: observância ou sanção. Eis a patente contradição: o fundamento axiológico que incentivou o surgimento dos direitos sociais não encontrara acolhida na estrutura normativa juspositiva.

O Direito do Trabalho findou por cobrir sua origem personalista com o manto da justificação econômica (objetiva e mensurável). O argumento não poderia ser ético ou moral, visto que metafísico e, portanto, fora do *frame* jurídico. Disto emergiu a célebre ambivalência no direito do trabalho: por um lado, garante dignidade e cidadania ao ser humano trabalhador (causa); por outro, regula a economia e viabiliza o capitalismo (potencial consequência).

Reitere-se que não se deseja, aqui, reduzir o problema do desafino entre causa e estrutura do direito do trabalho à doutrina juspositivista. Evidente – e isso já foi pisado – que a dinâmica do real não se desprende do jurídico. O que se quer, na verdade, é investigar em qual medida o positivismo no direito do trabalho contribuiu para sua justificação econômica, não somente na formação, mas no desenvolvimento e interpretação.

4 DIREITO DO TRABALHO E AMBIVALÊNCIA

Etimologicamente, o vocábulo "ambivalência" carrega o sentido de algo que se sujeita a um "duplo valor". Todavia, o sentido etimológico da palavra não pode ser levado a efeito literalmente na presente pesquisa: primeiro, porque o termo "valor" não expressa, aqui, mérito ou virtude, mas sim significância ou perspectiva; segundo, porque a dupla abordagem do instituto coloca as categorias em lados não necessariamente convergentes.

Bauman (1999, p. 9) traduz a ambivalência na "possibilidade de conferir a um objeto ou evento, mais de uma categoria". Para o autor, contudo, a ambivalência traz consigo uma desordem específica, que é, reciprocamente, autodestrutiva e autopropulsora. Na ambivalência, dois padrões podem ser identificados e, em qualquer caso, sobressairá certa situação de inquietude, influenciando a procura de ordenação. (BAUMAN, 1999, p. 9-26).

Ordenar não importa eliminar um dos polos antagônicos. Reside na busca de coerência entre aquilo que justifica o objeto e a medida mais consentânea com seu respectivo propósito. Não é ignorar a complexidade da dupla significância, mas enxergar a consistência dialética capaz de integrar as duas faces em torno daquilo que constitui sua gênese. A ambivalência, portanto, parte de dois pressupostos básicos: (i) existência de uma dupla perspectiva ou dupla significância; e (ii) busca de ordenação integrativa entre os polos, segundo o critério que melhor exprima a natureza do objeto.

A ambivalência pode ser aplicada tanto ao Direito positivo do trabalho como ao trabalho em si. Neste último, a ambivalência repousa no binômio necessidade-reconhecimento. O trabalho moderno é, ao mesmo tempo, um meio para prover a subsistência econômica do trabalhador (ferramenta produtiva) e uma forma para que obreiro adquira reconhecimento[1] (individual, familiar e social).

Saber ordenar a significância econômica do trabalho com seu papel catalisador de reconhecimento pessoal e coletivo do sujeito trabalhador é providência que se impõe. "É

[1] Sobre a teoria do reconhecimento vide HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2009.

preciso, pois, alternar entre a perspectiva do sistema de produção, distribuição e transformação e a perspectiva dos sujeitos. Estes não são meros destinatários de bens materiais e simbólicos, mas são sujeitos de processos de luta social". (WANDELLI, 2012, p. 159).

No tocante ao Direito positivo do trabalho, a ambivalência se encontra no contraponto entre causa e efeito. Num polo, a origem personalista (subjetivada); noutro, a tendencial consequência econômica (objetivada); ao redor, a moldura normativa (base de ordenação), que deve alinhar os dois eixos, a fim de atingir as instâncias de validade e de valor da norma posta no bojo do ordenamento, sempre em consonância com os princípios e preceitos consagrados na constituição.

O Direito positivo do trabalho navega, assim, em duas "ondas": econômica (patrimonial) e humanitária (pessoal). A primeira, alicerçada sobre a premissa da necessidade, retrata a norma trabalhista como instrumento de regulação econômica e suposto artifício para o aumento dos índices de ocupação. A segunda finca suas raízes em premissas de dignidade, garantindo parâmetros mínimos de civilidade e cidadania. São exatamente essas duas visões (econômica e personalista) do Direito positivo do trabalho que serão desenvolvidas a seguir.

4.1 O fundamento econômico do Direito do Trabalho e a premissa do trabalho como fator de produção

Em capítulo anterior[2], falou-se da aproximação entre Direito e Economia, fortalecida no início do século XX, que abriu espaço para a análise do Direito a partir de postulados econômicos, sob o argumento de que as normas jurídicas, decisões judiciais e demais institutos correlatos não poderiam ignorar os efeitos econômicos que geram na sociedade, cuja percepção comportaria uma melhor compreensão do Direito.

O Direito positivo do trabalho não fugiu a essa tendência. Precisou assimilar uma justificativa econômica desproporcional à sua causa personalista, como subterfúgio para institucionalização através de um modelo normativo pretensamente puro e desprovido de conteúdo valorativo, tal como preconizado pelo juspositivismo clássico.

Não se está dizendo, aqui, que a Economia não sofre influência do Direito do Trabalho, nem este daquela. Também não se está ignorando que as normas trabalhistas são produto das formações sociais capitalistas, alicerçadas sobre a lógica da acumulação e

[2] Sobre o tema, vide capítulo 1, item 1.4.1.

circulação de capital. O Direito do Trabalho, verdadeira ferramenta de equilíbrio social, expressa uma franja da intervenção do Estado nas relações privadas e, decerto, não passa ao largo das preocupações destacadas pelas mais variadas políticas econômicas.

O que se deseja ressaltar – e isso, a Filosofia do Direito parece uniforme ao declarar[3] – é que o fundamento ético da norma jurídica trabalhista não era bem vindo pelos teóricos do juspositivismo, tendo em vista o componente personalista indissociavelmente conectado ao núcleo axiológico da dignidade, evidenciando um substrato moral contrário ao modelo formal e objetivado enaltecido pelo positivismo jurídico.

Acontece que, devido à coincidência histórica entre as fontes materiais do Direito do Trabalho e a disrupção trazida pela doutrina positivista no Direito, as normas trabalhistas acabaram insertas numa inegável contradição entre causa e estrutura. Disso sobreveio a seguinte indagação: como produzir e interpretar o Direito do Trabalho sem recorrer ao seu conteúdo ético-humanitário? A solução passaria, indissociavelmente, pela forma como o trabalho deve ser encarado.

Ao analisar determinado objeto, vários "olhares" podem ser empreendidos. A depender da posição ou do ponto de vista de quem analisa, algo pode parecer "côncavo" ou "convexo", contínuo ou intermitente. Eis o imperativo da relatividade! Com o trabalho, a dinâmica não é diferente. A depender da "lente" utilizada, a visão do trabalho pode ser tendencialmente econômica ou tendencialmente humana. A escolha, por assim dizer, estabelecerá as premissas da avaliação.

Analisar o trabalho com um olhar humano é enxergar o trabalhador em movimento. É partir de uma premissa personalista pautada na ética antropológica que reconhece os elementos valorativos do indivíduo, imersos em um substrato moral, simbólico e cultural. Por outro lado, analisar o trabalho com um olhar econômico é enxergá-lo como um componente de mercado. É partir de uma premissa patrimonial, objetivada e racionalista, que coloca o trabalho como fator de produção. É sobre a segunda visão que se pretende debruçar.

O pensamento econômico é geralmente apoiado no binômio: necessidades ilimitadas *versus* escassez de recursos. De um lado, estariam as necessidades humanas, progressivas e ilimitadas; do outro, os recursos, escassos e insuficientes para prover todas as necessidades. A teoria econômica não se desprende da ideia de escassez, a qual ocorreria "[...] porque as

[3] Sobre o tema, vide capítulo 1.

necessidades humanas excedem a capacidade de produção possível, dados o tempo e os recursos limitados disponíveis" (BYRNS; STONE JR., 1996, p. 4). Em outras palavras, "escassez significa que a sociedade tem recursos limitados e, portanto, não pode produzir todos os bens ou serviços que as pessoas desejam ter" (MANKINS, 2005, p. 4).

Diante disso, os indivíduos precisariam fazer escolhas, coordenadas pela economia a partir de uma relação entre custos e benefícios. Mankins (2005, p.4-8) elenca quatro princípios básicos para a tomada de decisões na perspectiva econômica: (i) para conseguir o que se quer, deve-se abrir mão de outra coisa que se quer ter; (ii) o custo de algo reflete aquilo que você desistiu para obtê-lo; (iii) as pessoas racionais pensam nas margens, ou seja, nos ajustes ao redor dos extremos daquilo que se está fazendo; e (iv) as pessoas reagem a incentivos. A economia, pois, estabeleceria os modelos sobre os quais se desenvolveria a constante tomada de decisões em face daquilo que se pode ter, num mundo de escassez.

Seguindo a lógica do pensamento econômico, cuja orientação embasa-se na busca constante dos custos e benefícios que realmente "valeriam a pena", sobressai relevante o chamado processo de produção. Em termos macroeconômicos, produção significa aquilo que um determinado país pode produzir, isto é, a sua produção nacional. Já na perspectiva microeconômica, a produção seria o modo como "[...] as empresas transformam os insumos, também chamados de fatores de produção, em produtos" (PINDYCK; RUBINFELD, 1994, p. 216).

Neste último caso, a produção seria, como assinala Rossetti (2011, p. 91), "uma atividade econômica fundamental", cuja mecânica envolve a maneira como os recursos são empregados nos domínios do processo produtivo. Falar em produção, portanto, significa levar em consideração a mobilização de recursos (naturais, humanos e de capital), para a geração de bens e riquezas que interessam à economia, sem perder de vista os resultados de mercado que lhes são correlatos. Em resumo, a produção "mostra a quantidade máxima de produto que pode ser produzida em função das quantidades de insumos, trabalho e capital usados no processo produtivo" (AWH, 1979, p. 144).

Toda essa engrenagem convergiria em torno de três fatores de produção: terra, trabalho e capital. O fator *terra* corresponde aos recursos naturais utilizados no processo de produção, ou seja, as reservas naturais – renováveis ou não – transformadas ou aproveitadas pelo homem na atividade produtiva. (ROSSETI, 2011, p. 92). Os pilares de toda produção

sustentam-se sobre as bases dos mais diversos elementos da natureza (solo, subsolo, água, flora, fauna, etc.), sintetizados pelo trabalho, com o apoio do capital e os investimentos dele decorrentes.

O *trabalho* também é colocado dentre os fatores de produção, entendido como "[...] o talento físico de que as pessoas dispõem para a produção; [...] medido pelo tempo disponível para trabalhar durante um período" (BYRNS; STONE JR., 1996, p. 5). O trabalho estaria, assim, consubstanciado nos recursos humanos mobilizáveis.

Já o *capital* reúne os investimentos e as tecnologias (ou capacidades tecnológicas) empregadas no processo produtivo. Rossetti (2011, p. 123-124) exemplifica vários fluxos ou categorias para as quais se destinam o capital, tais como: energia, transporte, comunicação, máquinas, equipamentos, segurança, entre outros. O capital traduziria, como isso, o nível de investimento necessário para agregar ao produto merecido valor, cuja circulação funcionaria como fonte de criação e acumulação de riquezas.

Os três fatores (terra, trabalho e capital) interagem entre si em redes ou cadeias que se retroalimentam. "E o resultado de todos esses processos e fluxos contínuos é a geração de produtos, tangíveis e intangíveis, que atendam às necessidades de consumo e de acumulação da sociedade" (ROSSETI, 2011, p. 144). A produção seria, desse modo, fruto da utilização de recursos naturais, por uma população economicamente mobilizável, com investimentos de capital em um determinado período de tempo.

Fácil perceber que, para a teoria econômica da produção, o trabalho não passaria de insumo: mais um elemento a ser considerado na elaboração de determinado produto colocado no mercado. Ao olhar para o trabalho como fator de produção, o que pode enxergar o economista senão o seu custo na consecução do produto final? Nesse sentido, o interesse do processo produtivo passaria a residir, essencialmente, no preço do trabalho, na faixa da população mobilizável para o trabalho e na maneira mais eficiente de utilizar os recursos humanos disponíveis.

Na medida em que o trabalho, enquanto fator de produção, reduz-se a simples insumo na composição do preço da mercadoria produzida, sua relevância desloca-se do ser humano trabalhador para o eixo eminentemente patrimonialista. O trabalho é objetivado através de sua associação direta com a propriedade, o que repercute decisivamente no modo como o Direito do Trabalho é compreendido. Ora, no momento em que o trabalho é realizado em função do

produto, o Direito do Trabalho deve ser utilizado para viabilizar que isso ocorra da melhor forma possível.

Eis a fórmula da deturpação: o Direito do Trabalho é colocado como ferramenta de regulação econômica, vinculado às políticas de empregabilidade e destacado como responsável pelo aumento ou diminuição dos índices de desocupação. Sem falar na exortação do chamado *homo economicus*: um ser humano "desumanizado", economicista, que não experimenta sentimentos e se conduz, para si e para com a sociedade, exclusivamente em função do comportamento utilitarista de obter vantagens subjetivas, otimizando-se na consecução daquilo que se convencionou denominar "capital humano".

4.1.1 Capitalismo, economia positiva e a exortação do homo economicus

Falar de capitalismo sem considerar o desígnio de liberdade individual seria o mesmo que querer "acionar um motor sem combustível". O homem livre constitui figura central das formações sociais capitalistas. É ele que empreende, que assume os riscos da atividade e, por seu mérito, deve colher os frutos dos investimentos pessoais e materiais empenhados.

Evidente que a ideia de liberdade modificou-se ao longo do tempo. Os princípios do liberalismo que vigoravam no início do século XIX não são os mesmos que prevalecem nos dias de hoje. Todavia, a premissa da liberdade – individual e econômica – não se desprendeu do capitalismo contemporâneo. O homem livre apoia o mercado livre e este, por sua vez, está associado ao mínimo intervencionismo possível. Como assinala Friedman (1984, p. 11), o homem livre "perguntará de preferência: 'o que eu e meus compatriotas podemos fazer por meio do governo' para ajudar cada um de nós a tomar suas responsabilidades, a alcançar nossos propósitos e objetivos diversos e, acima de tudo, proteger nossa liberdade?".

A liberdade também está muito presente no pensamento econômico e na sua influência sobre o comportamento humano. Ora, se a premissa básica da economia é como orientar o contraponto entre as necessidades ilimitadas e os bens escassos, a partir da perspectiva de custos e benefícios, evidente que o homem livre terá melhor condições de fazer as escolhas que lhe permitirão sobressair-se num mundo de escassez. O problema não é a liberdade em si, mas sua extremada individualização, abrindo espaço para a fragmentação dos valores.

Se o indivíduo livre reduz a condução de suas escolhas sobre os preceitos econômicos de custo-benefício, buscando aquilo que é melhor para si em meio a recursos cada vez mais

escassos, o que se pode esperar senão o progressivo afastamento do sentimento empático e o consequente egoísmo comportamental? Ademais, se é verdade que não há bens para todos, por que preocupar-se com justiça distributiva ou desenvolvimento coletivo?

Nesse contexto, "escancaram-se as portas" do utilitarismo individualista: o agir humano confunde-se com a busca do bem-estar individual. Mas, se o bem-estar fundamenta-se em postulados econômicos, sua postura não pode ser outra senão aquela voltada à obtenção da maior quantidade de riqueza com o menor esforço possível. As ações humanas estariam, assim, umbilicalmente atreladas ao desejo de construir individualmente suas próprias metas e objetivos e cuja correção do comportamento seria medida exclusivamente pelos fins atingidos, sem relevância para as implicações morais das práticas utilizadas.

Partindo da lógica de que, no comportamento humano individual, os fins justificam os meios, a teoria econômica neoclássica desenvolveu o conceito de *homo economicus*. Atribui-se a Jonh Stuart Mill (1806-1873) o sentido originário da expressão. Mill enxergava o homem econômico (*economic man*) como aquele que deseja obter riqueza e, nesta condição, se torna capaz de julgar a eficácia comparativa de meios para obter tal fim (NG; TSENG, 2008, p. 266). Abstrai-se de sua dimensão moral e se comporta tendo em vista o ânimo de conquistar aquilo que melhor atenda a seus interesses materiais.

O *homo economicus* vive de forma linear, motivado pelo desejo incontido de obter sempre mais com menor custo. Como bem enfatiza Avila (2014, p.316-327), a construção do homem econômico ergue seus pilares sobre os alicerces teóricos do individualismo, do positivismo e do utilitarismo. É *individualista* porque coloca seu interesse sempre acima do interesse da coletividade, ou melhor, é desinteressado pelo interesse dos demais membros da sociedade. Nesse sentido, todos os fenômenos sociais nos quais está inserido são explicados em termos individuais. É *positivista* porque tende a ser racional e se distancia dos juízos de valor. Finalmente, é *utilitarista* porque mantém-se na busca constante da felicidade pessoal.

Avila sintetiza a interconexão existente entre os fundamentos do homem econômico (individualismo, positivismo e utilitarismo) e a consequente abertura para o postulado do egoísmo:

> Nesse desencadear, de um lado, há um agente econômico que faz o melhor para si, pesando seus fins e seus meios (utilitarismo); de outro, esse agente reina no centro da análise (individualismo metodológico) e é isolado dos fenômenos sociais (faceta do individualismo). É assumido ainda que natureza humana é intrinsecamente e invariavelmente autointeressada, em qualquer local e em qualquer tempo (positivismo e utilitarismo). Adicionalmente, o egoísmo é separado dos aspectos morais, os quais deixam de ser questionados (positivismo). (AVILA, 2014, p. 326).

Enfatize-se que o estereótipo do *homo economicus* finca suas raízes no solo da economia positiva. “Os economistas passaram a interpretar que a ciência econômica não deveria discutir a conduta humana, e sim se apegar a fatos econômicos. [...] Logo, a economia deve abster-se de julgamentos de valor na busca da verdade, vendo a realidade como ela é.” (AVILA, 2014, p. 324-325). Assim como ocorreu com o juspositivismo, o positivismo econômico pretendeu conferir pureza à economia, destituindo-a de conteúdo axiológico, considerado metafísico e, portanto, não científico.

Samuelson e Nordhaus (1988, p. 9) ressaltam o caráter factual da economia positiva. Para os autores, “uma das distinções centrais de uma ciência como a economia é entre as apreciações de carácter valorativo e as apreciações de carácter factual. [...] A economia positiva preocupa-se com a descrição de factos, circunstâncias e relações na economia.” Detido aos fatos, o economista positivo não se envolve com julgamentos éticos e valorativos, apenas faz uso de métodos objetivos para criar consenso sobre os pontos de análise.

Nesse particular, a Economia positiva compartilha matrizes idênticas às do positivismo jurídico, quais sejam: o formalismo metodológico e o afastamento da metafisica para conferir o merecido caráter científico ao objeto de estudo. Em seus respectivos espaços, Economia e Direito positivos advogam teses semelhantes: neutralidade, pureza e formalismo, tudo com o esteio precípuo da almejada autonomia.

Não por outra razão é que o *homo economicus* se encaixa perfeitamente no modelo normativo acético e avalorado teorizado pelo juspositivismo. Despojado de valores e focado exclusivamente no seu bem-estar individual, o homem econômico jamais questionaria uma moldura normativa desprovida de conteúdo axiológico. A ideia de um arquétipo normativo destituído de fundamentos morais e cuja observância é motivada exclusivamente pela superveniência da sanção, amolda-se a estrutura comportamental do *homo economicus*.

E qual o papel do trabalho na vida do *homo economicus*? A resposta depende do modo pelo qual a figura é avaliada: (i) enquanto detentor dos meios de produção; ou (ii) enquanto trabalhador. No primeiro caso, o trabalho não passaria de insumo, um componente que, associado ao capital, transformaria os recursos naturais em produtos comercializáveis. Sobreleva-se a tese do trabalho como fator de produção, mais uma das várias ferramentas para a acumulação de riquezas. Obviamente que, sendo insumo, o trabalho deve ter o menor custo possível e fornecer o maior rendimento.

No segundo caso, visto pela ótica do trabalhador, o *homo economicus* estaria "[...] movido a trabalhar pelo salário, fonte de sua sobrevivência. É através de recompensas salariais e dos prêmios de produção que o homem desenvolve ao máximo seu potencial." (VANDERLEY, 2010, p. 70). O trabalho conservar-se-ia dissociado de qualquer caráter emancipatório e seu tempo exclusivamente destinado à produção e a consequente satisfação das necessidades de subsistência do trabalhador.

No ambiente de trabalho, o *homo economicus* deve produzir a maior quantidade no menor tempo disponível; afinal, o fator tempo também é mensurável no custo da produção. Sobre essa perspectiva, o tempo, dotado de unidade, acaba sofrendo uma ruptura. "Assim é que se fala em tempo produtivo, como aquele vinculado à atividade, ao trabalho seja ele qual for; e tempo não-produtivo (sic) ou residual". (MORAIS, 1998, p. 45). O trabalhador, de modo consciente ou não, passa a se cobrar pelo tempo em que não está trabalhando e punir-se por aquilo que deixou de produzir.

Enquanto trabalhador, o *homo economicus* ignora motivações desinteressadas, já que não experimenta nada além da avaliação dos custos e benefícios de seu comportamento (FRANK, 1998, p. 20). Conduz-se pela necessidade subjetiva de sobrevivência (individual ou familiar), sempre movido pelo ganho pecuniário que o trabalho pode lhe oferecer.

Ehrenberg e Smith (2000, p.5) resumem o papel de empregados e empregadores no espectro da Economia positiva e, portanto, na dimensão do *homo economicus*, partindo das suposições fundamentais de racionalidade e escassez em direção à maximização do lucro e do bem-estar material:

> Os trabalhadores devem fazer opções continuamente, tais como devem procurar outro emprego, aceitar horas extras, procurar obter promoções, mudar-se para outra área ou obter uma educação mais elevada. Os empregadores também deve fazer opções no que se refere, por exemplo, ao nível de produção e ao *mix* de máquinas e mão-de-obra a ser utilizado na produção. Os economistas normalmente supõem que, ao considerar essas hipóteses, empregados e empregadores são guiados por seus desejos de maximizar a utilidade e o lucro, respectivamente.

Qual seria a função do Direito do Trabalho na Economia positiva do *homo economicus*? Não lhe sobraria outra utilidade senão a de permanecer sempre a serviço da própria economia, seja como mecanismo de regulação econômica, otimizando o uso do "capital humano"; seja como vetor da empregabilidade, influenciando os índices de ocupação.

Com isso, o Direito do Trabalho exerceria uma dupla função: por um lado, não poderia figurar como obstáculo ao desenvolvimento econômico pleno; por outro, auxiliaria a economia no controle de mercado e na contenção de eventuais efeitos deletérios do exagero exploratório. Seria, pois, um direito trabalhista mínimo.

4.1.2 Direito do trabalho, autonomia contratual, preservação da propriedade e fomento à economia

Três aspectos parecem centrais na busca de explicação para a posição do Direito do Trabalho na perspectiva da economia positiva: (i) autonomia contratual; (ii) preservação da propriedade privada; e (iii) fomento à economia.

Antes de adentrar, porém, na análise dos referidos aspectos, uma advertência se faz necessária: quando se fala em Direito do Trabalho no contexto da economia positiva não se deve entendê-lo com os mesmos contornos que possui na atualidade. Isto porque, sob premissas liberais, o direito do trabalho sequer existia com essa denominação.

Trata-se, na verdade, do conjunto de normas e preceitos que regulamentam, minimamente, as relações de labor, muito mais inseridas no espaço do Direito Civil, expressão maior do Direito privado no século XIX, do que no do Direito Laboral propriamente dito, cuja construção teórico-normativa apenas se consolidou na primeira metade do século XX.

Portanto, a denominação "Direito do Trabalho" aqui utilizada deve ser compreendida como vertente do Direito Privado que, em tempos de economia factual, ocupava-se com as relações contratuais da "compra e venda" ou "locação" de trabalho, ainda carente de independência principiológica e envolta de influências essencialmente civilistas.

Feita a advertência, passa-se ao estudo dos aspectos anteriormente citados.

O primeiro deles refere-se ao peso da autonomia contratual no campo das relações de trabalho. Sabe-se que um dos postulados básicos do capitalismo reside na liberdade de contratar. A autonomia contratual revelava a expressão privada da liberdade individual. Nas relações havidas entre homens livres, a única fonte de obrigações aceitável seria o contrato.

Enrico Cimbali (1900, p. 432), autor italiano do final do século XIX, em clássica obra, já dizia que: "a extremada liberdade do indivíduo na ordem política tem perfeita ressonância

na ordem civil, [...] assim também neste toda a força das relações obrigacionais se apoia na livre contratação das partes interessadas".

O mesmo autor ressaltou que caberia ao Estado, por meio da lei, sustentar uma missão puramente negativa, "intervindo sómente para da efficacia orbigatoria à vontade das partes manifestada livremente no contracto (sic)" (CIMBALI, 1900, p. 432). Ou seja, o princípio da livre contratação afigurava-se como fonte primária e quase exclusiva das relações obrigacionais, nas quais se inseriam a "venda" ou "locação" da força de trabalho.

Pontes de Miranda (1984, p. 3-13) explica a origem histórica dos contratos privados voltados à prestação de trabalho. Dizia o autor que toda prestação de atividade a outrem era considerada como "servir" e, nesse trilhar, desenvolveu-se, sob a influência do direito romano, a locação de serviços ou *locatio contuctio operarum*. Assim, o locador de serviços promete, através do contrato, prestar serviços ao locatário, por um determinado período, dando ensejo a negócios jurídicos de atividade, mediante os quais alguém assegura um serviço em interesse de outrem.

Embora o autor relate, em um sentido mais amplo, a vertente mais antiga da *locatio conductio operarum*, evidente que esta, não obstante a roupagem costurada pelo capitalismo industrial – desde a segunda metade do século XIX até o início do século XX – preservou, no tocante às relações de trabalho, a ideia de autonomia negocial.

A equação era bem simples: o homem livre resolve "vender" ou "locar" seu trabalho em troca de um correspondente pagamento; outro homem livre "compra" ou "aluga" esse trabalho e faz dele um componente do produto a ser posto no mercado. Ambos autônomos e racionais, escolhem livremente a troca de trabalho por dinheiro (e vice-versa). Em síntese:

> O trabalhador, enquanto sujeito de direito, manifestaria livremente a vontade de alienar onerosamente sua força de trabalho ao tomador; que, por sua vez, receberia o objeto contratado, pagando-lhe o preço convencionado. Estava configurado, assim, o contrato de trabalho, no qual os sujeitos (trabalhador e tomador) assentiam em torno de um objeto (trabalho), vendido em troca de um preço (salário), tudo devidamente conformado em um instrumento (contrato) (MOTA, 2016, p. 158).

O trabalho era visto como propriedade do trabalhador; e o dinheiro como propriedade do tomador. O contrato espelharia o formato dessa relação e o direito, de modo coadjuvante, garantiria o cumprimento do pacto e a preservação da propriedade.

Tal modelo contratual edificado compartilha da mesma lógica subsidiada na economia positiva. Nesta, o comportamento humano dissocia-se de motivações desinteressadas, conduzindo-se pelo binômio custos *versus* benefícios. O trabalho seria, para o empregador, um mero fator de produção: insumo por meio do qual se concebe o produto final. Para o empregado, o trabalho não passaria de meio necessário à sua subsistência, permitindo-lhe a percepção dos recursos pecuniários indispensáveis ao seu bem-estar material.

Parece claro que a teoria econômica positiva, empirista e avalorada, melhor compartilha o ideário do *laissez faire*, isto é, a visão de que a economia deve funcionar livremente e que seus agentes, por si e sem interferências, seriam capazes de chegar a um ajuste naturalmente virtuoso. O contrato seria, nesse ambiente, o instrumento jurídico mais adequado ao estabelecimento de direitos e obrigações entre os indivíduos e a autonomia da vontade precisaria ser resguardada como medida indispensável à garantia da propriedade e, por conseguinte, do desenvolvimento econômico.

Ocorre que a construção econômica do trabalho parte de premissas equivocadas. Primeiro, o trabalho não é propriedade do trabalhador: é na verdade o próprio trabalhador em movimento. O trabalho não é um objeto apartado do sujeito humano que o dispende. Segundo, o trabalho não se resume a um canal para a sobrevivência. Também o é, mas não apenas. O trabalho fundamenta-se igualmente no reconhecimento e na luta pela estima social.

A contratualidade, dentro de uma ideologia de autonomia dominante, enaltecia a vontade como verdadeiro dogma. Passado o tempo, viu-se que aludida noção de contratualidade, especialmente nas relações de trabalho dependente, mostrou-se como instrumento audaz de consolidação do desequilíbrio entre os contratantes.

Por óbvio que o aspecto contratual, assim entendido como fruto da manifestação bilateral de vontades, não se alheia à validez da relação de trabalho. O que se critica, no entanto, é a concepção de contratualidade na óptica da autonomia da vontade, que acentua a assimetria entre os pactuantes e atende mais a um empenho econômico de acumulação patrimonial do que de dignidade àquele que trabalha. Como pondera Aldacy Rachid Coutinho (2006, p. 180-181): “é viável ainda adotar-se a contratualidade como explicação jurídica para a relação de emprego, desde que superada a deturpada e ultrapassada concepção da contratualidade como da autonomia da vontade”.

A despeito da compreensão – hoje evidente – de que o trabalho não é uma coisa apartada do trabalhador, as perspectivas econômico-positivistas encontravam-se tão umbilicalmente ligadas ao desejo de preservação da propriedade, que o Direito privado não poderia acenar para outra direção senão aquela voltada a estabelecer os preceitos normativos através dos quais os bens e seus proprietários pudessem ser juridicamente resguardados.

E, aqui, entraria o segundo aspecto central no posicionamento do Direito do Trabalho na semântica da Economia: a preservação da propriedade privada.

O direito de propriedade constitui um dos pilares da economia. Afinal, desde Jonh Locke (1632-1704), a percepção de propriedade como algo que integra a natureza do homem livre impregnou esse discurso. No célebre *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*, obra com primeira edição datada de 1689, Locke afirmava que o homem adquire a propriedade naturalmente, a partir do trabalho que dispende sobre os bens dispostos na natureza. Segundo o autor, "ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela". (LOCKE, 2005, p. 38).

De sua origem natural, como resultado do trabalho empreendido, a propriedade adquiriu uma racionalidade própria no capitalismo. Isto porque, os direitos de domínio sobre determinado bem ou coisa passam a ser extraídos não apenas do trabalho realizado sobre aquele objeto, mas do dinheiro nele investido. E mais, a própria autonomia estaria garantida a partir do momento que a propriedade privada possa ser protegida frente às ofensivas de outros membros da sociedade.

Como assinala Pontes de Miranda (1984, p. 10), na clássica teoria da propriedade, "o titular do direito pode, em princípio, utilizar a coisa, ou destruí-la, aliená-la, gravá-la ou praticar outros atos de disposição". A limitação de exercício desse direito estaria na própria vontade e, é claro, na premissa de não invasão da propriedade do outro. Não se cogitava em qualquer restrição coletiva da propriedade ou mesmo na sua função social.

A Economia enxergava na propriedade dos bens um modelo praticamente inevitável de acumulação, numa sociedade pautada pela escassez, de modo que a preservação da propriedade individual mereceria destaque na dinâmica do comportamento humano conduzido pela lei universal dos custos e benefícios.

E como o Direito do Trabalho poderia, nesse contexto, viabilizar a preservação da propriedade? Ora, conforme dito anteriormente, o trabalho era visto como um objeto pertencente ao trabalhador, ou seja, como algo inserido no seu poder de domínio. Do mesmo modo que o teria como propriedade – e justamente pelo fato de lhe pertencer genuinamente – o trabalhador poderia dispender seu trabalho da forma que quisesse, inclusive alienando-o em troca de dinheiro. Fazendo-o de forma livre e voluntária, nada se poderia objetar.

Por outro lado, o trabalho adquirido pelo tomador, vendido ou locado por parte do trabalhador, àquele pertenceria de direito. Os frutos desse trabalho alienado também se inseririam legitimamente no rol de propriedade do tomador e ao direito do trabalho cumpriria a sua preservação, visto que o Estado, através das leis, além de não poder interferir na propriedade privada, deveria assegurá-la contra a invasão de outros indivíduos.

Como resultado desse movimento de alienação de trabalho e circulação dos produtos dele gerados, surgiria o terceiro aspecto do Direito do Trabalho na perspectiva econômica: fomentar a própria economia.

O raciocínio partiria dos dois aspectos ou funcionalidades já analisados. Ora, considerando que o Direito do Trabalho teria o condão de assegurar a autonomia da vontade dos sujeitos da relação que lhe é correspondente, formalizada através do contrato; e preservar a propriedade tanto daquele que presta o labor como daquele que o adquire como insumo de produção: resta manifesto que tal dinâmica proporcionaria um incremento econômico e este, por sua vez, mais ocupações.

A ligação direta entre Direito do Trabalho e o desempenho da economia estaria estabelecida. Quanto maior for a segurança jurídica dada pelo direito à autonomia contratual e à preservação da propriedade dos pactuantes, maior seria o desempenho virtuoso da economia. O Direito do Trabalho permaneceria, assim, a serviço do vigor econômico, respondendo também pelos índices de empregabilidade.

Aliás, a relação entre Direito do Trabalho e empregabilidade tem sido feita constantemente e, dentro da visão econômica aqui mencionada, ela faz todo sentido. No espaço da economia positiva e levando-se em consideração os postulados da economia clássica, os níveis de emprego seriam uma consequência natural do crescimento econômico.

Os próprios agentes econômicos encarregar-se-iam de proporcionar a ocupação dos trabalhadores, uma vez que a circulação de mercadorias demandaria maior produtividade e esta, mais insumos, nos quais estaria incluído o trabalho. A equação seria: quanto melhor a economia, maior a produção; quanto maior a produção, maior a necessidade de insumos; e quanto mais insumos sejam necessários, maiores serão os índices de empregabilidade.

Ao Direito do Trabalho cumpriria, portanto, manter a vigência plena dessa lógica – ou, ao menos, não atrapalhá-la. Assim, todas as vezes que a economia entrasse em crise, o Direito do Trabalho precisaria ser ajustado, diminuindo os encargos daqueles que empreendem e, por consequência, aumentando a produção e os empregos. Eis a semente do que hoje se denomina "flexibilização trabalhista".

Percebe-se, portanto, que o Direito do Trabalho – ou seu correspondente conjunto normativo (mesmo que sem essa denominação terminológica) – dentro de uma perspectiva essencialmente econômica, não teria como foco a dignidade do trabalhador. Suas funcionalidades estariam a reboque da própria economia, seja na garantia da contratualidade e da autonomia da vontade, seja na preservação da propriedade ou mesmo no fomento do desempenho econômico, aumentando o grau de empregabilidade.

4.2 O fundamento personalista do Direito do Trabalho e a premissa da dignidade humana

Seguindo a ideia retratada na ambivalência, para além de uma visão meramente econômica do Direito do Trabalho, existe outra que lhe pode ser atribuída, a qual não elimina a primeira, mas a relativiza. Tal perspectiva corresponde a uma visão humanista do direito laboral, sustentada na antropologia personalista[4] que preconiza a dignidade e a civilidade de quem vive do trabalho. Supera-se o modelo essencialmente patrimonialista (econômico) em busca do fundamento ético (existencial) para o Direito do Trabalho.

A compreensão do componente personalista do Direito do Trabalho está atrelada à afirmação histórica dos direitos fundamentais e a inserção do Direito do Trabalho em seu correspondente rol, cujo conteúdo axiológico conduz ao núcleo imponderável da dignidade humana. No contexto de evolução dos direitos fundamentais, permite-se um comparativo entre os paradigmas tratados pelo direito privado no final do século XVIII e primeira metade

[4] A antropologia personalista aqui retratada não se confunde com o personalismo cristão da teologia moral, que "pretende materializar a realidade de Deus e do homem e sua aliança" (HÄRING, 1974, p. 34). Tampouco o existencialismo mencionado insere-se na doutrina do existencialismo cristão, que se aproxima da realidade bíblica e associa a conduta ética do homem àquela estabelecida por Deus nas escrituras.

do século XIX e aqueles preconizados no final do século XIX e início do século XX, com claros reflexos no direito do trabalho.

Antes, porém, é preciso estabelecer os contornos jurídicos daquilo que se convencionou denominar "direitos fundamentais", tarefa que desafia, necessariamente, a aferição dos chamados "direitos humanos" e sua afirmação ao longo do tempo.

Pérez Luño (2005), após enfatizar a abertura semântica e a imprecisão terminológica da expressão, diferenciando-a de categorias que lhes são afins, apresenta uma proposta de definição para os "direitos humanos". Segundo o autor, em termos explicativos,

> os direitos humanos aparecem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. (LUÑO, 2005, p. 50, tradução livre).[5]

Dignidade, liberdade e igualdade estariam, assim, dentre os propósitos de concretude dos direitos humanos. Esses propósitos também constituem a gênese dos direitos fundamentais e, em essência, não haveria diferença entre ambos. Porém, no conceito de Luño (2005), restou destacada a exigência de positivação normativa dos direitos humanos, sendo exatamente este o ponto que os diferencia dos direitos fundamentais.

Sarlet (2011, p. 29) explica que, embora "direitos humanos" e "direitos fundamentais" tenham sido comumente utilizados como sinônimos, trata-se de categorias que não se confundem. Isto porque, "o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado". Por outro lado, "[...] a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal" (SARLET, 2011, p. 29), independentemente do tempo e do espaço territorial.

Em síntese, a diferença entre "direitos humanos" e "direitos fundamentais" não estaria do conteúdo, mas no grau de positivação. Enquanto os primeiros, pela própria pretensão de universalidade e atemporalidade, não teriam seus limites estabelecidos positivamente em um dado ordenamento estatal; os segundos se definiriam no tempo e no espaço, através do texto

[5] No original: "*los derechos humanos aparecen como um conjunto de faculdades e instituiciones que, em cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*".

constitucional positivo. Seriam estes, pois, uma opção de caráter normativo-constitucional. Ressalte-se que Sarlet (2011, p. 29) não está sozinho nessa "toada", socorrendo-se, para tanto, do magistério de J.J. Gomes Canotilho, M. L. Cabral Pinto e E. Pereira de Farias.

Nesse trilhar, sobressai importante outro aspecto de relevo dos direitos fundamentais, qual seja a sua matriz axiológica. É inequívoco que os direitos fundamentais carregam em si um elevado substrato valorativo, sendo expressão maior do seu conteúdo a premissa da dignidade humana. Os direitos fundamentais são, portanto, direitos de dignidade, parâmetro que os permeia desde a sua afirmação jurídica na aurora do Estado Liberal.

Os direitos civis e políticos enaltecidos nas revoluções liberais do final do século XIX, especialmente a francesa e a americana, postulavam a liberdade do indivíduo e sua oposição frente ao Estado opressor. Liberdade que, mesmo na sua acepção mais individualista, espelhava uma face da dignidade humana. Ocorreu que o liberalismo, nada obstante sua inegável importância para a humanidade mostrou-se insuficiente para assegurar a plenitude da dignidade (SARMENTO, 2010, p.15), fazendo emergir, no início do século XX, o paradigma social e, com este, os direitos sociais trabalhistas.

O reconhecimento jurídico-institucional dos direitos trabalhistas veio carregado de humanidade. No contexto das formações sociais capitalistas, o Direito do Trabalho ganhou evidência a partir de um ambiente social pautado pela luta de classes em torno da degeneração coletiva gestada pela questão social, na medida em que "a industrialização, realizada sob o signo do *laissez faire, laissez passer*, acentuara o quadro de exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal absenteísta não tinha como resolver". (SARMENTO, 2010, p. 15).

Como reação ao ambiente de desequilíbrio social e desigualdade entre os homens, o próprio Estado liberal acabou superado pelo paradigma social, que tinha na isonomia substancial seu ponto de inflexão. "Assim, com o passar do tempo, foi se consolidando a convicção de que, até para o efetivo desfrute dos direitos individuais, era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano" (SARMENTO, 2010, p. 17).

A dignidade humana e o caráter personalista vieram à tona nessa fase de evolução dos direitos fundamentais. Como ressalta Sarmento (2010, p. 20), "os direitos fundamentais existem para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, e esta é ameaçada tanto

pela afronta às liberdades públicas, como pela negação de condições mínimas de subsistência do indivíduo".

Os direitos trabalhistas, portanto, têm no humanismo e na dignidade claros acenos de vocação, o que resulta numa visão menos patrimonialista e mais existencial daquela categoria de direitos, deslocando o estereótipo do *homo economicus* para a compleição do homem trabalhador.

4.2.1 Humanismo, dignidade do trabalhador, necessidade e reconhecimento pelo trabalho

Se é certo que os direitos fundamentais são direitos humanos positivados e se estes têm no homem seu foco de incidência, há de haver lugar para o humanismo e para a antropologia personalista na respectiva moldura epistêmico-normativa. Falar de humanismo, contudo, requer certa cautela, pois constitui figura que – como o homem – pode ser vista de diversos ângulos.

Levando em consideração seus fundamentos no ocidente, o humanismo percorreu uma "vereda com diferentes paisagens". Para os antigos, foi expressão da natureza cósmica. Na teologia, fazia parte da ordem divina e do comportamento cristão do ser humano. Na modernidade, tornou-se histórico e racional. Perpassou o paradigma individual, fazendo-se social e emancipatório (WOLKMER, 2005). Neste trilhar, foi alçado ao patamar de categoria jurídica e, hoje, ostenta valoroso *status* nas mais variadas constituições contemporâneas.

Qual movimento, porém, colocou o humanismo na gênese dos direitos laborais? Para tanto, é preciso compreender que tudo que se refere ao ser humano deve ser temperado com uma considerável dose de historicidade e culturalismo. Os ambientes social, político e econômico nos quais germinaram os direitos trabalhistas não podem, destarte, ser ignorados.

Viu-se que o modo de produção racionalizado da sociedade industrial capitalista, em tempos de autonomia individualista, trouxe consigo consequências sociais desastrosas. A desmedida postura exploratória em meio a uma sociedade desigual, sobretudo no contexto das relações de trabalho, ensejou uma franja de degeneração social que acabou culminando com a mudança superestrutural do Estado liberal para o social: o Estado, que, no liberalismo, era considerado o inimigo número um dos direitos fundamentais, passa a ser seu aliado (SARMENTO, 2010, p. 19).

Assim, tem-se que a seiva da qual se nutriram os direitos laborais, embora com inevitáveis reflexos na ordem econômica, proveio da raiz humanista germinada no solo da dignidade do ser humano trabalhador. Embora o fundamento filosófico do materialismo (que, inegavelmente, impulsionou a institucionalização dos direitos trabalhistas) possa parecer predominamente pragmático, o ser humano e sua situação de exploração enquanto trabalhador jamais deixaram de compor a gênese dos direitos laborais.

O Direito do Trabalho tem sim uma causa personalista, fundada na ética de respeito à premissa imponderável da dignidade humana, que penetra a essência de todo e qualquer direito que se entenda fundamental. Sarlet considera a dignidade humana como unidade axiológica e legitimadora do sistema de direitos fundamentais.

Para o autor, "[...] todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana" (SARLET, 2009, p. 84). A dignidade expressa-se através de uma dúplice dimensão: de um lado enquanto expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à sua capacidade de autodeterminação); doutro como categoria sujeita a uma necessária proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado. (SARLET, 2009, p. 55).

De qualquer modo, a dignidade humana seria sempre uma premissa personalista dos direitos fundamentais, uma vez que retrata "[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano e que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais [...]" (SARLET, 2009, p. 67).

Com o Direito do Trabalho não é diferente. Na qualidade de direito social, integra o rol de direitos humanos fundamentais e, assim sendo, vincula-se umbilicalmente ao ventre da dignidade humana, mais precisamente, da dignidade do trabalhador, pois o único que, na relação laboral, tem sua personalidade exposta aos esforços do trabalho que dispende. Com efeito, o trabalho tem seu lugar de destaque na expressão antropológica da existência humana.

É preciso deixar claro, porém, que o trabalho é um fato social e, como tal, possui uma faceta tortuosa. O sistema produtivo muitas vezes tenciona a separação entre economia e sociedade e, nesta perspectiva, o trabalho pode ser enfatizado como árduo e, ao mesmo tempo, emancipatório. A linha que une esses dois polos talvez permita estabelecer, de modo mais contundente, os reais fundamentos do direito do trabalho. Com esse intuito, Wandelli

(2012) propõe um duplo fundamento para o que intitula direito fundamental ao trabalho, qual seja necessidade e reconhecimento.

No tocante à necessidade, o autor apresenta três modos pelos quais ela pode ser relacionada ao trabalho: o trabalho como mediação indispensável à produção de bens satisfatores de necessidades, o trabalho como via de transformação das capacidades humanas e o trabalho como necessidade da corporalidade. (WANDELLI, 2012, p. 81).

Enquanto mediador, o trabalho funcionaria como uma espécie de catalisador do processo produtivo, cujo resultado seria a elaboração de bens destinados à satisfação das próprias necessidades que influenciaram a sua deflagração. Enquanto veículo transformador das capacidades, o trabalho favoreceria uma evolução progressiva das habilidades do homem, possibilitando a planificação de seu respectivo projeto de vida. Finalmente, como necessidade da corporalidade, o trabalho permitiria ao homem não apenas prover sua subsistência, mas desenvolver certos valores de vida e autonomia.

Para Wandelli (2012, p. 122-123), o fundamento da necessidade – percebido no espectro adequado – traz consigo saldos positivos, associados ao desenvolvimento da saúde física e mental do indivíduo, bem como de sua autodeterminação e autorrealização.

O segundo fundamento do trabalho apresentado pelo autor corresponde ao reconhecimento. Apoiado na doutrina de Axel Honneth[6], Wandelli (2012, p. 161) sustenta o papel do trabalho como "[...] mediador da construção do reconhecimento recíproco e identidade e de vínculos de pertencimento comunitário". O trabalho criaria condições para as relações dos sujeitos consigo mesmos e em grupo (familiar e social), não se podendo aceitar que esse tipo de emancipação ocorra a despeito do labor e do modo como este se insere na vida das pessoas.

O trabalho, aqui, desprende-se da sua perspectiva meramente instrumentalista, privilegiando a construção da identidade e o aprimoramento moral da sociedade. O trabalho carregaria em si um sentido imanente, voltado à expectativa de reciprocidade, ou seja: "[...] a expectativa de contrapartidas em termos de reconhecimento e respeito por aqueles que 'fazem a sua parte' e 'cumprem o seu dever'." (WANDELLI, 2012, p. 164-165).

---

[6] HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2009.

Nesse sentido, o Direito do Trabalho assumiria um potencial emancipatório, na medida em que favoreceria não apenas o trabalho enquanto fator de produção, mas como espaço no qual o trabalhador mobiliza recursos de sua subjetividade e inteligência para experimentar a construção da própria identidade e estima, individual e coletivamente. Deflui-se, daí, que o direito do trabalho não estaria reduzido a uma categoria funcional ao capital, mas também conectado às demandas de reconhecimento e condicionador da existência e comportamento humanos.

Ora, a partir do momento em que se revela o semblante emancipatório do trabalho, as normas que regulamentam a sua execução passam a ser coloridas com o tom do humanismo. Fazer-se humano é, antes de tudo, reconhecer-se humano para si e para demais. É entender-se como membro da sociedade, respeitando as diferenças e sendo capaz de autodeterminar-se, sem ignorar a oportuna intervenção do Estado sempre que tais diferenças desumanizarem os desiguais.

A causa personalista que, no passado, impulsionou a intervenção do Estado, através do Direito, no âmago da relação desigual entre trabalhador e tomador de trabalho, mostra-se a evidência quando se retira do labor a posição de mero insumo de produção e o coloca como valor na dinâmica das relações sociais, constituindo verdadeiro canal para a cidadania.

4.2.2 Direito do trabalho e cidadania

Não se pode falar em Direito do Trabalho, enquanto expressão dos direitos sociais fundamentais, senão no contexto da democracia. É bem verdade que, ao logo dos tempos, alguns governos totalitários apregoaram, como "bengala" de uma pseudolegitimação, a propagação de direitos aos trabalhadores. Muitos deles chegaram a institucionalizar tais direitos em seus respectivos ordenamentos. Isso não quer dizer, todavia, que a democracia esteja alheia aos direitos fundamentais sociais e vice-versa. Na realidade, todo direito que se propõe a ter como núcleo axiológico a dignidade humana pressupõe a consecução de um regime democrático e, no caso dos direitos sociais, tendencialmente inclusivo.

As democracias modernas possuem, dentre seus princípios estruturais, a cidadania. Afinal, semanticamente, a palavra "democracia" representa o "governo do povo", de modo que todo e qualquer regime que se diz democrático deve não apenas assegurar, como promover a participação de seu povo nas decisões político-administrativas. Não importa se a participação do povo ocorrerá de modo direito ou indireto, o fato é que, "[...] em toda democracia, o 'povo' é motor principal do modo de governo". (GOYARD-FABRE, 2003, p. 46).

E qual a relação entre cidadania e Direito do Trabalho? A resposta passa, necessariamente, pela compreensão do trabalho em um ambiente de democracia inclusiva. Para tanto, é preciso que a investigação se perfaça tanto do ponto de vista coletivo, como individual.

Na perspectiva coletiva, o trabalho moderno constitui poderoso veículo de participação. Ao escrever sobre cidadania e classes sociais, Marshall (1967, p.103) já falava sobre a importância do sindicalismo no processo de participação dos trabalhadores e no efetivo exercício de seus direitos. Segundo o autor, "o sindicalismo criou uma espécie de cidadania industrial secundária que, naturalmente, se imbuiu do espírito adequado a uma instituição de cidadania".

Na sua fase inicial, o capitalismo industrial estabeleceu um modelo de produção centralizador. Ao reunir os trabalhadores no solo da fábrica, tal modelo favoreceu a criação de uma identidade coletiva entre os operários, os quais não tardaram a se reunir e a reivindicar, coletivamente, uma maior participação. Os sindicatos proporcionaram, assim, uma mudança na tradição individualista, uma vez que "[...] passaram a capacitar os trabalhadores a usar seus direitos coletivamente. [...] Em outras palavras, os sindicatos preparavam os trabalhadores para afirmar que 'estavam capacitados, como cidadãos, a obter certos direitos sociais". (WEFFORT, 1981, p. 142).

Evidente que, no prelúdio dos movimentos sociais coletivos, a participação dos trabalhadores organizados em sindicatos não promoveu uma institucionalização imediata dos direitos trabalhistas. Na Europa ocidental, berço dos direitos sociais trabalhistas, as conquistas laborais fruto das reivindicações coletivas assumiram, no princípio, a forma de contratos coletivos de trabalho[7].

Paulatinamente, no entanto, o Estado passou a incorporar, sobretudo em suas cartas constitucionais, uma série de direitos trabalhistas, os quais são responsáveis pela assimilação do conceito de trabalho digno e, por decorrência, da necessidade inconteste de amenização das desigualdades nas relações laborais. O Direito do Trabalho funciona, assim, no plano coletivo, como verdadeira via de inclusão social.

[7] Exemplo disso foi o que ocorreu com o direito do trabalho em terras italianas, onde os meios de pressão coletiva, por intermédio das associações sindicais, definiram a regulação das relações individuais de trabalho, a partir daquilo que restou estabelecido nos denominados contratos coletivos de trabalho (GIUGNI; BELLARDI, 2014, p. 165).

Ao assegurar condições dignas de labor, o direito do trabalho assume valoroso protagonismo na história dos governos democráticos, conferindo a si o "[...] papel promocional da cidadania. Afinal, este ramo jurídico é um dos principais instrumentos de exercícios das ações afirmativas de combate à exclusão social [...]" (DELGADO, 2007, p.143).

Se no plano coletivo, o Direito do Trabalho propicia a participação dos trabalhadores e, ao mesmo tempo, promove sua inclusão social; no plano individual, tal segmento normativo também prospecta a cidadania, através da emancipação e da capacidade de autodeterminação do trabalhador.

Viu-se que o trabalho, dentro de uma perspectiva humanista, permite a construção do reconhecimento e estima do trabalhador. A luta pelo reconhecimento através do trabalho retrata seu caráter emancipatório, conferindo ao indivíduo maiores condições de autodeterminação. Como salienta Dallari (2004, p. 57), "o trabalho permite à pessoa humana desenvolver sua capacidade física e intelectual, conviver de modo positivo com outros seres humanos e realizar-se integralmente como pessoa.".

O autor ressalta, porém, que não é qualquer trabalho que permite o desenvolvimento do trabalhador. Segundo Dallari (2004, p. 58-59), nas modernas democracias, o trabalho aparece envolvo a inúmeras contradições: de um lado propaga-se o trabalho como direito de todos; doutro adotam-se políticas econômicas que não favorecem a criação ou manutenção dos postos de trabalho. De um lado, enaltece-se o trabalho livre e digno; doutro, ainda se identificam inúmeros focos de trabalho degradante e em condições análogas de escravo. De um lado, valoriza-se o trabalho de todos, sem qualquer distinção quanto à sua natureza ou àqueles que o exercem; doutro, percebem-se as mais variadas distinções e discriminações nas relações de trabalho.

Nesse particular, o Direito do Trabalho se apresenta como vetor do trabalho verdadeiramente emancipatório, tutelando a formação, desenvolvimento e extinção de relações laborativas substancialmente desiguais, mas que, mediante intervenções normativas "cirúrgicas", podem ser equilibradas transformadas em espaço de bem-estar e reconhecimento.

Sintetizando a função do Direito do Trabalho como instrumento civilizatório nas democracias sociais, Delgado (2007, p. 141-142) assinala que:

> [...] o Direito do Trabalho foi o grande instrumento que as democracias ocidentais mais avançadas tiveram para implementar a integração social de suas populações, a distribuição de renda e de poder em suas economias e sociedades, enfim, garantir a consecução da democracia social em seus respectivos países. [...] Está-se diante, pois, de um potente e articulado sistema garantidor de significativo patamar de democracia social.

A cidadania que o Direito do Trabalho – na promoção do trabalho digno – pode assegurar, através da inclusão individual e coletiva do trabalhador nos diversos canais de participação, transcende as fronteiras dos Estados soberanos, adquirindo faceta cosmopolita.

Ramos e Nicoli (2016, p. 130-137) atentam para a necessidade de se repensar a cidadania e as proteções sociais ao trabalho em termos cosmopolitas, ou seja, para além dos limites territoriais deste ou daquele país. Ora, os direitos humanos possuem uma pretensão universalizante e, atualmente, é impossível negar que a exploração do trabalho e as situações precárias nas quais uma quantidade expressiva de trabalhadores está inserida configuram uma preocupação global.

Os autores propõem, portanto, uma transformação radical na mentalidade acerca de uma cidadania cosmopolita no tocante ao acesso dos direitos sociais, de modo que a fruição das proteções laborais deve ser mundialmente integrada: "a proteção social e a cidadania, assim, não são somente questões nacionais. Sua dimensão local se retroalimenta de definições globais" (RAMOS; NICOLI, 2016, p. 136).

Seja no plano individual, coletivo ou mesmo cosmopolita, o Direito do Trabalho se destaca como importante sistema de afirmação da cidadania, possibilitando a inclusão social e a participação indispensáveis aos regimes democráticos.

4.3 A norma de direito positivo do trabalho e o (des)alinhamento com seus respectivos fundamentos

A marca da ambivalência no Direito do Trabalho, cuja configuração lhe confere abertura epistêmica para a concomitância de fundamentos econômicos e existenciais, coloca esse ramo específico do direito na intersecção entre o patrimônio e a pessoa, a depender da escolha metodológica daquele que o analisa. São possíveis – e isto ficou exposto em linhas anteriores – uma visão econômica e uma visão humana da norma trabalhista.

É certo que ambas as visões possuem suas respectivas premissas e, em certa medida, é possível que seus fundamentos se confirmem, tanto no plano teórico como no pragmático.

Não se pode, portanto, eliminar aprioristicamente um ou outro modo de ver e compreender o Direito do Trabalho. O que, na verdade, se propõe na presente pesquisa é evidenciar qual das duas abordagens do Direito do Trabalho melhor encaixaria na estrutura jurídico-normativa preconizada pela doutrina juspositivista, cuja prevalência coincide como mesmo momento histórico de institucionalização do direito do trabalho do mundo ocidental.

Para embasar o que ora se pretende sustentar, alguns pressupostos precisam ser estabelecidos, os quais funcionarão como uma espécie de "bússola" para a argumentação. Tais pressupostos, que já tiveram suas bases enfrentadas no decorrer do presente trabalho, dividindo-se em quatro subtipos: (i) econômico; (ii) social; (iii) político; e (iv) jurídico-normativo. Os três primeiros correspondem às fontes materiais do direito do trabalho; o derradeiro, ao seu paradigma estrutural no âmbito do direito.

No plano econômico, parte-se do pressuposto de que o direito do trabalho emergiu em formações sociais capitalistas, sobretudo com o advento do capitalismo industrial na segunda metade do século XIX e do modo de produção racionalizado e centralizador no início do século XX. A teoria da mais-valia descortinou a exploração do trabalho pelos detentores dos meios de produção, sendo certo que a aglomeração operária no pátio fabril e a concentração produtiva, fizeram nascer na classe trabalhadora o desejo de melhores condições de trabalho, deflagrando reivindicações coletivas nesse sentido.

No campo social, o pressuposto encontra-se na moderna luta de classes e na eclosão da chamada questão social. Os níveis de exploração pelo trabalho criaram, progressivamente, uma verdadeira consciência de sua condição na classe proletária, chegando ao ápice no final do século XIX e início do século XX. Tal consciência, associada às consequências sociais desastrosas geradas pelo abuso do trabalho dependente, impulsionaram uma série de reclamos coletivos por uma realidade laboral mais digna e menos degradante.

Na arena política, o pressuposto situa-se na substituição superestrutural do Estado Liberal pelo Estado Social. A posição absenteísta do Estado Liberal, predominante após as revoluções burguesas do final do século XVII, mostrou-se insuficiente para conter os avanços exploratórios do capital, que, sobretudo em âmbito social, expuseram suas nódoas no final do século XIX e início do século XX, desencadeando um processo de intervenção do Estado nas relações privadas, mormente naquelas caracterizadas pelo desequilíbrio substancial entre os sujeitos envolvidos, como ocorre no caso das relações de trabalho.

Finalmente, no contexto jurídico-normativo, a institucionalização do Direito do Trabalho e seu reconhecimento enquanto ramo específico do Direito coincidiu com a preponderância da doutrina positivista no início do século XX que, tal como se viu em capítulo anterior, possuía dentre suas teses fundamentais a abordagem avalorativa do Direito, em busca de uma pretensa neutralidade capaz de dissociar a validez normativa de influências ético-axiológicas. A lei carregava em si a expressão maior da aspirada pureza normativa, expressada numa moldura insípida e desprovida de componentes morais. Todo o empenho da doutrina positivista tinha como objetivo conferir ao direito uma conotação científica, com métodos e estruturas formais bem definidas, conforme exigido pelos padrões epistemológicos da época.

Tendo em vista os pressupostos acima elencados, não é difícil constatar que as fontes materiais do Direito do Trabalho (econômicas, sociais e políticas) estavam, em maior ou menor grau, conectadas ao anseio humanizatório das relações de labor. Nos planos econômico, social e político, o Direito do Trabalho exsurge envolto a uma ética personalista. A economia explorava, a sociedade desigualava e o Estado não cuidada, tudo maculando o ser humano trabalhador e sua dignidade.

Por outro lado, esse mesmo Direito do Trabalho, a despeito de suas fontes personalistas, encontrou, no início do século XX, uma estrutura normativa com vocação avalorada e tendencialmente neutra, cujas aspirações de pureza e cientificidade procuravam declaradamente afastar toda e qualquer influencia ética de seu conteúdo. Eis o descompasso entre causa e estrutura normativa que o direito do trabalho teve que conviver no seu processo de institucionalização.

Para melhor explicar a tese do descompasso entre a causa personalista e a estrutura normativa do direito do trabalho, na aurora de seu reconhecimento dogmático, torna-se fundamental saber diferenciar o Direito da norma que o corresponde.

O Direito é feito por homens e, nesta condição, reflete em si toda sua complexidade. Ernest Casirer (2012, p. 45-50) compreende o homem a partir dos símbolos, isto é, tudo aquilo a que atribui significância, tais como religião, linguagem, arte, etc. A cultura humana seria formada pela interconexão dos símbolos em um determinado tempo e lugar, estando, pois, em constante transformação. Na verdade, o próprio homem transforma sua cultura e é, ao mesmo tempo, por ela transformado.

A cultura humana, por ser uma categoria complexa, expressa as várias dimensões do homem, afinal, o sujeito da cultura é o próprio homem (RABUSKE, 1986, p. 42). A cultura é, também, uma teia estrutural. Como assinala Rabuske (1986, p. 43), "para construir o 'mundo dos homens', os diversos segmentos da cultura não podem ser separados". Assim, a religião influencia a economia que, por sua vez, influencia a ciência. A estrutura, contudo, não é rígida, possuindo uma abertura evolutiva demonstrada pela história ao longo dos séculos.

Ora, se a cultura expressa as mais variadas dimensões do homem, em que medida os valores éticos estariam associados ao agir humano, retratado no Direito? Rabuske (1986, p. 175) enxerga na ética – ao lado da linguagem, comunidade e historicidade – uma das dimensões humanas. Para o autor, a ética é uma categoria normativa, que estabelece como o homem deve se conduzir a partir de determinados valores morais.

O Direito, na sua face mais genuína, é produto da cultura humana e, como tal, traz em sua composição diversas influências, inclusive éticas. O Direito seria, portanto, uma compleição do agir humano coletivamente desejado, disciplinando comportamentos sociais a partir de certos valores. Um dos valores morais mais caros à humanidade – e, por consequência, ao Direito – é a dignidade humana.

A dignidade humana, a despeito de suas inúmeras variações, encontra-se conectada à perspectiva personalista e humanizatória do trabalho. Battista Mondin (1980, p. 198), ao elevar o trabalho a um dos componentes da fenomenologia do homem, afirma seu caráter essencialmente humanizatório. Para o autor, "com o trabalho o homem humaniza o mundo", fazendo dele uma moradia mais habitável e, ao mesmo tempo, desenvolvendo as potencialidades individuais. O trabalho carregaria um valor personalista ou antropológico, na medida em que qualifica e caracteriza o homem: "a natureza humana não nasce perfeita, porém, está em devir. Ela aperfeiçoa-se, tempera-se, afina-se, enriquece-se através do trabalho". (MONDIN, 1980, p. 198).

Se a dignidade é um valor associado ao aspecto humanizatório do trabalho, o fundamento personalista do direito do trabalho estaria muito mais jungido a seus componentes éticos do que o fundamento econômico. Este, por ser mais objetivista e patrimonial, traria consigo uma conotação menos valorativa, pois parte da premissa do trabalho como fator de produção e coloca o direito do trabalho a serviço da economia.

Falando, pois, do Direito do Trabalho enquanto disciplina de comportamentos expressada na cultura e na história humanas associadas ao trabalho no mundo moderno, parece claro que seu fundamento personalista espelha de modo mais preciso a matriz axiológica atrelada à premissa imponderável da dignidade, do que o fundamento econômico, que estaria mais vinculado à sua funcionalidade e às repercussões patrimoniais, que pode ensejar para os envolvidos, direta ou indiretamente.

O grande problema – que constitui a inquietude central da presente pesquisa – situa-se não no direito do trabalho, mas na norma positiva de Direito do Trabalho e a sua dificuldade inicial de refletir o fundamento personalista arraigado às respectivas fontes materiais.

Viu-se que Direito é muito mais complexo e multifacetado do que a norma. Esta não passa de sua expressão formal. Como ensina Vasconcelos (2006, p. 24), dentro de sua reformulada teoria da norma jurídica, "o Direito é previsto porque a elaboração de seu modelo, a norma, decorreu de uma opção, entre várias possíveis". Quanto mais esta opção refletir os fundamentos axiológicos do Direito, maior serão as chances de legitimidade da norma.

Acontece que, por ser uma opção, a norma também está associada àquilo que se quer para o Direito, enquanto técnica ou método científico. E o que se quis no positivismo decerto não foi evidenciar o conteúdo da norma, mas sua estrutura formal que, em termos de validade, pode ter sua juridicidade reduzida à moldura e ao procedimento mediante o qual fora editada. Reduzir o direito à norma, na sua forma, o torna mais objetivo e, portanto, facilita sua cientificidade.

Sabe-se que o positivismo jurídico prevalente no início do século XX, mesmo período histórico de institucionalização do direito do trabalho, não aceitava que o direito possuísse elementos valorativos. Para os positivistas, o Direito somente poderia ser considerado científico se expurgasse de si aspectos axiológicos, considerados metafísicos e, desse modo, não jurídicos. A norma, na doutrina positivista, seria o único artefato capaz de traduzir juridicamente o Direito.

Embora as fontes materiais do Direito do Trabalho refletissem uma reação personalista ao padrão de prestação do trabalho humano na modernidade, sua estrutura normativa, no interior da doutrina que protagonizava a Ciência do Direito na primeira metade do século XX, era pretensamente avalorada e não comportava o conteúdo axiológico que nutriu o Direito do Trabalho na sua formação.

Sinteticamente o que se tinha era: de um lado, um direito do trabalho cujo fundamento personalista impregnava sua formação mais genuína, enquanto resultado de processos culturais e históricos do ser humano na sociedade e em suas relações de labor; doutro, uma estrutura jurídica que ansiava por uma norma neutra e sem elementos axiológicos. Nesse diálogo paradoxal entre causa e estrutura, o direito positivo do trabalho se deixou levar, de modo intencional ou não, por uma carga de fundamento econômico maior do que deveria.

Alguns exemplos dão o tom do que ora se sustenta e serão mais bem debatidos em capítulo posterior. Eis os casos: (i) das regras de desenvolvimento econômico do trabalho; (ii) a qualificação técnica e a empregabilidade como funções da norma trabalhista; (iii) a ficção da liberdade de ação e da autonomia contratual na relação de trabalho; (iv) as teses da dependência econômica do trabalhador e do assistencialismo tuitivo do direito laboral; (v) a prestação do trabalho como objeto do pacto de emprego, apartado do trabalhador; (vi) a recompensa pecuniária pelo salário; (vii) a oportunidade e a meritocracia individuais como fórmulas para acesso e manutenção do emprego; (viii) a imposição unilateral de punições disciplinares ao empregado pelo empregador; (ix) o anunciado caráter programático de diversas normas sócio-laborais; e (x) a monetização da vida e da saúde do trabalhador.

Os inúmeros exemplos acima citados abrem espaço para o necessário aprofundamento no estudo da norma de direito positivo do trabalho e de como a fundamentação econômica foi e ainda é utilizada para a desconstrução do seu núcleo personalista e a depuração de motivações essencialmente patrimoniais no bojo ordenamento laboral das mais variadas sociedades ocidentais, inclusive na brasileira.

5 JUSPOSITIVISMO E A NORMA DE DIREITO DO TRABALHO: DISRUPÇÃO E CONTRAPONTOS

O primeiro capítulo deste trabalho dedicou-se ao estudo do positivismo no direito. As teses fundamentais da doutrina juspositivista elencadas por Norberto Bobbio foram utilizadas como marco teórico, das quais três mereceram maior destaque: (i) a abordagem avalorativa do direito; (ii) a norma como fonte de qualificação do direito; e (iii) o formalismo científico do juspositivismo. No presente capítulo, será feita uma incursão mais acurada acerca da teoria da norma jurídica no juspositivismo clássico (segunda tese) e sua relação com a norma de direito do trabalho.

Sabe-se que a teoria juspositivista da norma jurídica, especialmente a partir dos contornos epistemológicos estabelecidos por Kelsen, representou um verdadeiro "divisor de águas" para a ciência jurídica. O positivismo kelseniando colocou a norma no centro do Direito, afastando do cientificismo jurídico tudo aquilo que não fosse normativo, notadamente as influências morais ou axiológicas, consideradas metafísicas (portanto, fora do direito).

Para Kelsen a norma era um ato de vontade, produzida segundo os preceitos estabelecidos pelo próprio direito e dos quais retirava sua validade. O caráter imperativo dos modelos de conduta fixados na norma, sob a forma de juízos hipotéticos, dava o tom do sistema kelseniano, cujas prescrições relacionavam-se entre si a partir de um processo hierarquizado de fundamentação, denotando o método formal e lógico preconizado pelo juspositivismo exclusivo.

Outro aspecto relevante na norma juspositivista era a sua neutralidade valorativa. Kelsen sabidamente pretendia conferir pureza ao Direito, preocupando-se em fazer uma distinção científica entre norma jurídica e norma moral, ambas espécies de normas éticas, porém somente a primeira teria a capacidade de manter sua validez normativa independentemente do contexto axiológico no qual se inserisse, ou seja, a regra de conduta seria válida em qualquer sistema de valores.

Entretanto, como um dos focos da presente pesquisa é investigar em que medida o positivismo no direito influenciou a norma trabalhista, favorecendo um descompasso entre sua estrutura e as fontes materiais correspondentes, faz-se oportuno o exame na natureza, fundamentos, características, objeto e funções da norma jurídica positivista.

Em seguida, será estudada a norma trabalhista e o respectivo processo de adequação ao modelo positivista para, ao final, poder-se fazer uma análise crítica de alguns institutos próprios do Direito do Trabalho e as disrupções que sofreram pela orientação – proposital ou não – do modelo juspositivista.

5.1 Direito e norma jurídica à luz do juspositivismo clássico

Não há dúvidas de que a doutrina juspositivista representou uma "virada" na forma de compreensão do Direito e de sua relação com a norma jurídica. Até o advento das teses positivistas, inauguradas pelo purismo kelseniano e amadurecidas por seus seguidores, o Direito era estudado a partir de um paradigma decisionista e fortemente influenciado por pensamentos jusnaturalistas, tanto na sua fundamentação como no seu controle.

Isto não quer dizer que a figura da norma jurídica não estivesse presente em período anterior à doutrina juspositivista. Todavia, parece certo que o modelo de conduta sistêmico e referenciado, formalmente expressado na norma jurídica, somente adquiriu contornos metodológicos e funcionais, segundo os parâmetros epistêmicos da época[1], após a teoria normativa juspositivista de Hans Kelsen.

Kelsen almejava conferir ao Direito o rigor da abordagem científica e, para tanto, fez uma clara opção pela exclusão de toda forma de conhecimento jurídico alheia ao seu objeto, qual seja a norma jurídica. Enaltecendo aquilo que denominou "pureza" do direito, Kelsen (1998, p. 1) "[...] intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto".

E como a teoria pura poderia expungir do Direito eventuais inspirações metafísicas e idealísticas? Para Kelsen, a solução era reduzir o Direito ao sistema normativo que lhe é

[1] Importante esclarecer que a teoria jurídica de Kelsen permeou boa parte do século XX, tendo seu esboço inicial no livro *Problemas fundamentais da teoria jurídica do Estado* (1911), sistematizando-se na obra *Teoria geral do Estado* (1923) e ganhando contornos mais definidos com a *Teoria Pura do Direito* (1934). (VASCONCELOS, 2010, p. 4).

correspondente. Vasconcelos (2010), pesquisando as várias fases dos escritos kelsenianos, sintetiza alguns aspetos da relação entre direito e norma jurídica, conforme a pretendida pureza.

Segundo Vasconcelos (2010, p. 8-12), Kelsen desejava criar uma teoria universal do Direito, capaz de torná-lo objetivo e científico. Para tanto, o Direito teria que ser positivo, sendo pleonástico falar em "direito positivo" como uma espécie de direito, pois, de acordo com Kelsen, todo Direito é positivo. A teoria do Direito kelseniana tratava-se, portando, de uma teoria juspositivista. A condição essencial para tornar o Direito puro – e nisto Kelsen situa seu ponto de partida e de chegada – era considera-lo juridicamente normativo. Dessa maneira, o Direito e toda a doutrina jurídica que lhe é correlata deveriam girar em torno da norma jurídica.

Em suma, "Kelsen identifica completamente o Direito positivo com a norma jurídica. Direito não é mais do que norma". (VASCONCELOS, 2010, p. 12). Evidente que a norma jurídica, na doutrina juspositivista, possuía sua natureza e fundamentos, bem como sua estrutura, exercendo determinadas funções e permanecendo inserta em um sistema normativo logicamente equacionado.

Oportuno, assim, o estudo das principais características na norma jurídica positivista, a fim de que, na sequência, se possa investigar sua relação com a norma trabalhista e o modo como esta precisou adaptar-se ao modelo juspositivo prevalente, historicamente coincidente com o mesmo período de institucionalização do direito do trabalho.

5.1.1 A natureza da norma jurídica positivista e seus fundamentos

A tarefa de analisar a natureza de determinado instituto jurídico, seja ele qual for, sempre será um empreendimento teoricamente árduo. Passa, necessariamente, pela investigação de seu conteúdo e significado, além da compreensão das bases construídas a partir dos respectivos fundamentos, relacionando-os com outros elementos que lhes são correlatos.

Na definição de norma, Kelsen (1986, p. 1) recorreu a sua origem etimológica, associando-a a uma prescrição, ordem ou mandamento. A teoria da coação ou imperatividade da norma influenciou a doutrina kelseniana. O juspositivismo clássico partia da premissa de que a norma era um comando, uma espécie de modelo de conduta oficialmente imposto e cujo descumprimento ensejaria uma sanção.

As relações humanas somente poderiam se desenvolver adequadamente, se pautadas por um conjunto de modelos a serem seguidos e respeitados pela população. O homem – no alto de suas contradições – vive no mundo ético da liberdade e, como tal, pode ou não se conduzir de certo modo (VASCONCELOS, 2006, p. 12). As normas exerceriam importante papel na ordenação da sociabilidade humana e na manutenção da pacificidade coletiva.

Ocorre que, para o juspositivismo, a normatividade não é uma característica exclusivamente jurídica. Existiriam diferentes espécies de normas para as condutas recíprocas dos seres humanos. Kelsen confere especial destaque para as normas morais e para as normas jurídicas. Moral e Direito seriam, portanto, dotados de normatividade. A distinção residiria exatamente na estrutura de cada tipo de norma.

Em Kelsen (1986, p. 2), a norma é claramente consubstanciada em um ato de vontade, ou seja, um ato de querer: querer que uma conduta deva ser de algum modo. "Norma dá a entender a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer. [...] Sua expressão linguística é um imperativo ou uma proposição de dever-se". O ato de vontade normativo não se limitaria ao conteúdo da norma, alcançando a sua produção. A norma é posta por um ato de vontade.

Além disso, o ato de vontade instituidor da norma também definiria seu destinatário. No positivismo clássico, a norma é dirigida sempre a uma conduta humana. (KELSEN, 1986, p. 12). Ao se dirigir a uma conduta, a norma construiria um caminho para seguir, mas que não necessariamente seria observado dentro do mundo ético de liberdade que habitam os seres humanos.

Neste particular, sobressai um aspecto interessante das normas de conduta: sua relação com as consequências decorrentes de seu descumprimento. Se a norma é um dever-ser, ela fixa um juízo hipotético, que implica ou não a conduta pretendida. O único modo de fazer com que o modelo seja observado é através de uma sanção, isto é, uma consequência punitiva pela desobediência voluntária.

Para melhor explicar o caráter hipotético da norma de conduta, Kelsen (1986, p. 25) diferencia normas categóricas e normas hipotéticas: as primeiras estabeleceriam uma conduta incondicionada; as segundas o fariam sob certas condições. O juízo hipotético condiciona o não cumprimento do modelo (comissivo ou omissivo) a uma consequência desfavorável.

Existe, pois, um liame normativo entre condição e consequência. As consequências punitivas decorrentes do descumprimento da determinação prescrita na norma recebem o nome de sanção. Kelsen (1986, p. 32-33) intitula essa "ligação funcional" entre causa e efeito de "imputação". Na verdade, duas seriam as relações entre origem e consequência: (i) relação causal, em que o efeito acontece independentemente da vontade; e (ii) relação de imputação, cuja consequência decorre, inexoravelmente, de um querer normativo. Vê-se, mais uma vez, que a vontade se encontra no núcleo essencial da norma.

O que, no entanto, determinaria a juridicidade da norma? Para Kelsen, a norma será jurídica sempre que a sanção imputada seja validamente estabelecida pela própria norma. Diferentemente da norma moral, em que a sanção é subjetiva e interior ao infrator; a norma jurídica carregaria em si uma sanção exterior e objetiva, oficialmente fixada no ordenamento jurídico, cuja violação implicaria a reação do próprio direito.

O juspositivismo clássico, exatamente pela pretensão de pureza, detém-se mais a forma da norma, do que ao seu conteúdo. Kelsen (1986, p. 73-74) desconecta a conduta estabelecida na norma com aquela que existe na realidade. Para o autor, existe um substrato normativo modalmente indiferente à conduta real. A norma imporia uma conduta como "dever-ser" hipotético, e não como "ser" real.

Essa desconexão entre o "dever-ser" normativo e o 'ser', afasta da norma jurídica – e essa é uma das matrizes do juspositivismo – o substrato axiológico maturado nas fontes factuais da norma. Se existe algum valor a ser aferido, este deve ser a conformidade ou não com a norma. Para Kelsen (1986, p. 163), a norma somente constitui um valor, "[...] conquanto se determine 'valor' como o correspondente à norma, e 'desvalor' como o não correspondente à norma".

É de se perceber, com isso, que, no juspositivismo clássico, a medida da norma seria a própria norma. Os fundamentos de uma norma jurídica não estariam em suas fontes materiais, mormente se estas representassem valores não normativos. Os fundamentos da norma jurídica somente poderiam situar-se em outras normas jurídicas. Exsurge, daí, a célebre composição positivista do ordenamento jurídico, no qual cada norma retiraria seu fundamento de validade daquela que lhe fosse hierarquicamente superior, retrocedendo-se em escala ascendente até a norma hipotética fundamental.

Em resumo, levando-se em consideração tudo que até aqui se expôs, pode-se dizer que a natureza da norma jurídica, no positivismo clássico, é de um juízo hipotético estabelecido e direcionado à conduta humana por um ato de vontade, que, através de um liame imputativo, propõe um modelo a ser seguido, sob pena de uma sanção exterior ao infrator e prevista pelo Direito. Seus fundamentos residiriam no ordenamento jurídico e nas normas hierarquicamente superiores, das quais extrairia sua validade, desprendendo-se de componentes valorativos, ainda que tenham sido marcantes nas respectivas fontes materiais.

5.1.2 A estrutura da norma jurídica positivista e sua validade

Já foi dito que a norma jurídica positivista se anuncia mediante um juízo hipotético, estabelecendo o modelo de conduta que deve ser observado, sob pena de uma sanção trazida pelo próprio Direito. Também restou enfatizada a forte influência exercida pela teoria da coação ou da força na doutrina kelseniana.

Para Kelsen (1998, p. 23), a norma é uma ordem, ou seja, um comando. Trata-se de um mandamento imperativo, de modo que o Direito não passaria de um sistema social coativo. Através de coação – que é recebida pelo destinatário como um mal – o Direito poderia reagir aos descumpridores do comando normativo. A sanção jurídica seria, pois, um componente essencial da norma.

Aliás, na obra de Kelsen, a ilicitude ganha especial destaque, tendo em vista que é justamente o descumprimento da norma jurídica que deflagra o ato de coação sancionatório previsto pelo Direito, característica que o diferencia da moral, cuja sanção é interna e subjetiva ao infrator. O ilícito não seria uma negação do Direito, mas sua expressão maior. (VASCONCELOS, 2006, p. 84).

Desse modo, a estrutura da norma positivista, com foco na sanção, é ilustrada pela seguinte fórmula: “Dado H, deve ser P; dado ñP, deve ser S”, sendo “H” a hipótese normativa; “P” a prestação; “ñP” a não prestação ou descumprimento desta; e “S” a sanção. (VASCONCELOS, 2006, p. 23-24). Fácil perceber que a referida estrutura normativa não comporta juízos de valor. A norma jurídica positivista não teria, portanto, qualquer componente axiológico.

Um ato de vontade estabelece a moldura normativa e outro ato vontade cria uma correspondente sanção para os casos de inobservância, não importando – e nisto a doutrina é

uniforme – os valores atrelados às fontes materiais da norma. A validez normativa não se originaria em outro lugar, senão no ordenamento, desconectando a norma dos potenciais valores que poderia carregar.

Aqui, entra em cena a célebre dinâmica jurídica de Kelsen (1998, p. 136), para quem a ordem jurídica se apresenta através de uma estrutura escalonada, cuja condição de validade de todas as normas que a compõem reside na sua conformidade com a norma fundamental: um ordenamento jurídico será considerado válido sempre que suas normas estiverem em estrita harmonia com a citada norma fundamental, cuja validade é pressuposta.

Se o uso de uma norma fundamental pressuposta para validar as demais normas do ordenamento indica, por um lado, a logicidade metodológica e a neutralidade semântica que Kelsen quis conferir à norma jurídica positivista; por outro lado, traz consigo graves problemas quanto à origem e à natureza dessa mesma norma fundamental.

Na verdade, o empenho kelseniano para justificar a tese da norma fundamental (*grundnorm*) foi – e ainda tem sido – objeto de profundas críticas, mormente em virtude de seu pretencioso caráter despsicologizado e da tentativa de lhe atribuir uma validade pressuposta. De todo modo, o conteúdo da norma fundamental, de acordo com Kelsen, pode ser traduzido como um comando, uma ordem de coação eficaz, isto é, um "cumpra-se o ordenamento"[2].

Nesse ponto, dois aspectos se tornam relevantes na análise estrutural da norma jurídica positivista: (i) a questão da eficácia; e (ii) a relação entre o conteúdo da norma e suas fontes materiais.

No tocante à eficácia da norma jurídica positivista, Kelsen (1998, p. 148) deixa claro que não se deve confundi-la com a validade. Esta depende exclusivamente da conformidade das normas com a norma fundamental. Já a eficácia diz respeito ao assentimento da norma na sociedade. Embora a teoria pura reconheça que um ordenamento totalmente ineficaz é inválido, admite ser perfeitamente possível que normas ineficazes sejam válidas, bastando, para tanto, que estejam em conformidade com a norma fundamental. Assim, mesmo ineficazes, as normas válidas devem ser cumpridas.

[2] Segundo Kelsen (1998, p. 138), "[...] a norma fundamental limita-se a delegar numa autoridade legisladora, quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema".

Já no que se refere ao conteúdo da norma jurídica positivista, a teoria pura claramente o desprende de suas fontes materiais, a partir de duas premissas: primeiro, porque a norma fundamental não se preocupa com o conteúdo das normas, mas apenas com sua validade; segundo, porque o conteúdo é livremente definido pela autoridade a quem a norma fundamental confere competência para respectiva edição da norma jurídica (KELSEN, 1998, p. 138).

Ao limitar o conteúdo da norma jurídica positivista à vontade da autoridade cuja competência para tanto lhe foi conferida pela norma fundamental, Kelsen (1998, p. 163) novamente sobreleva o arquétipo formal da norma, em detrimento de seu substrato. Tanto assim é verdade, que ao falar nas chamadas "fontes do direito positivo", o autor destas afasta os princípios morais e políticos, considerando-os categorias não jurídicas e, por consequência, não vinculativas.

Em síntese, pode-se dizer que a norma jurídica positivista é um ato de comando coativo, externato por intermédio de modelos de conduta hipotéticos, cuja validade extrai-se de uma norma fundamental logicamente pressuposta, a qual – a despeito de não lhes impor eficácia, nem lhes definir conteúdo – estabelece as competências para que determinadas autoridades possam, nos limites do direito, exigir-lhes aplicação, sob pena de uma sanção.

Parece patente que o juspositivismo clássico pouco se preocupou com a substância da norma jurídica, enfatizando seu aspecto formal, pois quando "[...] se expõe que, no interior de uma ordem jurídica, apenas o direito cria o direito, é grande o risco de fazer o processo e a forma do direito prevalecer sobre seu conteúdo substancial". Disso resultam as "[...] chances de gerar uma sistematização do direito rígida e sem vida". (GOYARD-FABRE, 2007, p. 101).

5.1.3 O objeto da norma jurídica positivista e suas funções

O objeto da norma jurídica positivista é a conduta das pessoas: "o objeto de uma norma é aquilo que está prescrito numa norma, fixado como devido, é a conduta de um ser dotado de razão e de vontade [...] é a conduta de uma pessoa" (KELSEN, 1986, p. 113). Partindo da premissa de que a norma jurídica busca regular comportamentos humanos em sociedade, seu objeto não poderia ser outro, senão o modo de os indivíduos se conduzirem.

A doutrina positivista considera que a norma jurídica provém de um ato de vontade, emanado pela autoridade indicada na norma fundamental pressuposta, da qual extrai sua validade. Como ato de vontade capaz de estabelecer um rumo a seguir, a norma jurídica deve

ser direcionada àquele que tenha discernimento para compreender o comando normativo e se conduzir no sentido de obedecer a ele, sob pena de uma sanção. Não por outra razão é que o indivíduo figura como destinatário da norma jurídica, "[...] quer isso dizer, sujeito à conduta prescrita pela norma" (KELSEN, 1986, p. 114).

Curiosamente, a exigência de discernimento do destinatário para o entendimento do comando previsto na norma jurídica não lhe permite questionar o conteúdo ético do mandamento. O indivíduo deve compreender a ordem, mas não teria abertura normativa para fazer qualquer juízo de valor sobre a conduta prescrita. Por essa lógica, o comportamento das pessoas seria "bom" ou "mau", tão logo fossem correspondentes à norma ou contrários a ela, respectivamente. Nas palavras de Kelsen (1986, p. 115), "uma pessoa é boa ou má apenas enquanto sua conduta é boa ou má, correspondente à norma ou contrária a ela".

Aqui, mais uma vez, o positivismo clássico empenha-se em desconectar a norma de seus componentes axiológicos. Não caberia ao indivíduo, a despeito de ser destinatário da norma e ter sua conduta por ela regulada, deter-se aos valores ali inseridos. A norma é definida pelo direito, tem seu fundamento de validade no próprio direito e a este deve permanecer coerente. O direito apenas assegura que o conteúdo da norma seja estabelecido por aquele cuja competência restou definida no ordenamento, sem preocupações com seu substrato ético.

A conduta humana – objeto da norma jurídica – não passaria de um modelo asséptico, uma espécie de moldura que, tendo sido determinada pelo direito e estando em conformidade com os procedimentos de concepção e controle por ele estabelecidos, deve ser observada pelos destinatários, uma vez que o comportamento diverso ensejaria a punição coativa à correção.

Disso exsurgem como funções típicas das normas jurídicas: (i) a imposição: a norma deve *impor* uma ação ou omissão; (ii) a permissão: a norma *dá consentimento* para uma determinada conduta; (iii) a autorização: a norma estabelece que uma conduta *pode ser* realizada; e (iv) a derrogação: a norma *suprime* a validade de normas anacrônicas ou obsoletas. (KELSEN, 1986, p. 120-133).

O fato é que, independentemente de seu objeto ou das funções que assuma, a norma jurídica positivista repele elementos axiológicos. Ainda que o positivismo associe a norma às condutas do homem em sociedade, impede que seu destinatário faça juízos de valor quanto ao

conteúdo, impondo-se-lhe o cumprimento exclusivamente em virtude de a norma ter sido criada de acordo com o direito e pela vontade daquele a quem o direito conferiu manifestação.

5.2 As normas de Direito do Trabalho e sua adequação ao modelo juspositivista

A pesquisa feita até agora acerca da natureza, fundamentos, estrutura, validade, objeto e funções da norma jurídica na doutrina positivista deixou evidente o empreendimento epistêmico de seus teóricos no sentido de afastar da moldura normativa qualquer componente valorativo. O juspositivismo, prevalente no início do século XX, almejava a neutralidade moral do direito, pois, somente assim, poderia ser considerado puro e, por conseguinte, digno de reconhecimento científico, segundo os padrões metodológicos da época.

Para ser considerada jurídica, a norma precisaria expressar formalmente um ato de vontade, por força do qual estabeleceria um modelo de conduta a ser seguido, através de um "dever-ser" hipotético, validado a partir de uma norma fundamental pressuposta que não apenas conformaria o ordenamento jurídico como fixaria uma consequência punitiva em caso de descumprimento.

Acontece que as fontes materiais do Direito do Trabalho, na dinâmica de um processo histórico-evolutivo que percorreu a segunda metade do século XIX e o início do século XX, conduziram à necessidade de implantação de um padrão ético às relações de trabalho, desumanizadas pela exploração acentuada de um capitalismo incipiente e corroídas pelas consequências sociais oriundas dessa exploração.

A causa personalista e a matriz humanizatória da intervenção normativa estatal nos vínculos de trabalho assalariado reinantes no início do capitalismo industrial do ocidente sobressaem manifestas sempre que se investigam os ambientes econômico, social e político de institucionalização do Direito do Trabalho.

Nada obstante, não é errado dizer que esse mesmo Direito do Trabalho, de causa personalista e pretensões humanizatórias, provoca consequências de cunho econômico. O trabalho também tem seu lugar na economia e, visto como fator de produção, constitui insumo que interfere no preço final do produto a ser vendido no mercado. O pensamento econômico estruturado dentro da equação custo *vs* benefício, favorece a perspectiva utilitarista de acúmulo patrimonial num mundo de escassez e coloca o direito a serviço da economia.

No contraponto entre os fundamentos econômico e personalista, ganha corpo a ambivalência no Direito do Trabalho, abrindo espaço para duas visões sobre seus institutos: uma de índole humanista, outra de caráter patrimonial. A depender da escolha do operador, o direito laboral pode se justificar pelas suas origens personalistas ou pelas consequências econômicas.

Se, por um lado, o escopo da visão personalista do Direito Laboral encontra-se umbilicalmente conectado a um substrato axiológico, semeado no solo ético da dignidade humana e nutrido pela seiva do humanismo civilizatório; por outro, a visão econômica faz emergir um paradigma patrimonialista e objetivado, que exorta o individualismo utilitarista e a assepsia comportamental.

Nesse contexto, indaga-se: qual das duas visões do Direito do Trabalho melhor encaixaria na estrutura normativa positivista? Perece claro que a visão econômica preenche melhor o modelo de norma jurídica evocado na doutrina juspositivista, desprovido de valores e fundado no direito e pelo direito, pouco importando as influencias morais de suas fontes materiais.

Ocorre que o Direito, e isso já foi dito no presente trabalho, é muito mais do que norma. O Direito é cultural e histórico. Não consegue se desvincular por completo de suas raízes ético-factuais. Assim, a norma de Direito do Trabalho empenhou-se em adaptar sua premissa personalista ao arquétipo formal do modelo normativo juspositivista, dando espaço para uma justificação mais econômica do Direito do Trabalho.

Duas seriam, portanto, as perguntas mais inquietantes a serem feitas no curso desse processo de adaptação: (i) como normatizar as relações de trabalho no modelo positivista? (ii) quais as funções que a norma de Direito do Trabalho poderia assumir na doutrina positivista?

5.2.1 Como normatizar as relações de trabalho no modelo juspositivista?

Se é certo que a visão econômica do Direito do Trabalho ajusta-se de maneira mais hermética ao modelo normativo juspositivista, é igualmente certo que as fontes materiais do direito do trabalho no mundo ocidental (econômica, social e política) estão impregnadas de eticidade.

Nessa perspectiva, a norma trabalhista teria de encontrar um "caminho" alternativo para ser considerada jurídica, dentro dos padrões juspositivistas, e, ao mesmo tempo, atingir

minimamente suas finalidades civilizatórias. A solução não poderia ser outra senão a deflagração de um inevitável processo de adaptação.

Ressalte-se que a adaptação ora sustentada não necessariamente ocorreu de maneira consciente ou intencional, isto é, não obrigatoriamente existiu um "comitê legistativo" ou um "círculo de notáveis" que haja debatido e indicado o "passo a passo" desse processo. Na realidade, trata-se de uma constatação teórica e empírica, já que o percurso feito pelo Direito do Trabalho até a contemporaneidade trouxe consigo as marcas da abertura econômica na norma trabalhista.

Feita a advertência, retome-se a trilha da aludida adaptação.

O primeiro passo reside no modo como a relação de trabalho deve ser compreendida pela norma laboral positivista. Para o positivismo, a norma jurídica é um juízo hipotético que regula condutas humanas. No caso trabalhista, as condutas humanas seriam aquelas desenvolvidas no exercício do labor. Contudo, voltar os olhos para o ser humano trabalhador conduziria a uma inegável aproximação com os componentes axiológicos do Direito do Trabalho[3].

Duas seriam as saídas possíveis para essa composição normativa, ambas utilizadas em certa medida pela norma trabalhista positivista.

A primeira foi separar o trabalho do trabalhador. Olhar para o trabalho como um objeto, que pode ser vendido de modo apartado do ser humano que o exerce, proporciona a regulação normativa dentro de uma abordagem na qual os juízos de valor nada mais são do que a vontade da própria norma.

Afinal, no positivismo jurídico, "[...] os valores estão objetivados em normas jurídicas válidas". Se há algum valor, este somente se apresenta juridicamente, quando regulado por uma norma jurídica. (DELGADO, 2015, p. 92). A ideia é, portanto, tirar do trabalho o valor que o culturalismo histórico o conferiu através de suas fontes materiais personalistas. Dissociar o trabalho do trabalhador sem dúvida facilitou sua regulação pela norma laboral positivista.

[3] Como afirmam Delgado e Delgado (2017, p. 62), o trabalho é um suporte de valor e, como tal, revela-se a partir do sujeito trabalhador, em seu processo de realização como valor humano.

Nesse ponto, a teoria econômica do trabalho como fator de produção amolda-se com perfeição à aludida pretensão normativa. Enxergar o trabalho como um fato em si, verdadeiro insumo na composição do produto final, retira-lhe o diálogo ético com o trabalhador, individualmente e enquanto membro de uma classe. Paralelamente, enfatiza sua matriz patrimonialista e as consequências econômicas dos respectivos regramentos.

O trabalho objetivado torna a relação entre prestador e tomador mais bem regulável por uma norma formal desprovida de componentes axiológicos e cujos fundamentos de validade encontram-se no próprio ordenamento.

Acontece que o Direito do Trabalho foi influenciado pelas origens personalistas, com vistas a conferir um mínimo de dignidade ao trabalhador, em um ambiente de extremada exploração.

Aqui, entra a segunda saída possível para a norma trabalhista positivista: colocar o trabalhador em uma situação de dependência econômica perante o tomador de trabalho. A dependência econômica evidencia a necessidade de subsistência do trabalhador e faz com que a norma trabalhista não se dissocie por completo dos reclamos sociais originários, sem, contudo, perder a objetividade exigida pelo modelo juspositivista.

Necessidade de subsistência e dignidade humana não são a mesma coisa, embora o compromisso de dignidade passe pela satisfação das necessidades vitais do ser humano. Na verdade, a dignidade humana tem um conceito mais amplo, compreendendo, a um só tempo, a capacidade de autodeterminação, o equilíbrio frente aos semelhantes e a higidez psicofísica do indivíduo (MORAES, 2010, p. 85).

Já a necessidade de subsistência é apenas um dos modos pelos quais a necessidade pode ser relacionada ao trabalho (WANDELLI, 2012, p. 81). Refere-se, basicamente, ao trabalho como mediador da produção de bens indispensáveis à satisfação das necessidades de sobrevivência, afastando seu caráter transformador e emancipatório.

O trabalho digno, emancipatório e apto a conferir reconhecimento individual e social ao trabalhador traz consigo um substrato axiológico difícil de ser assimilado pela estrutura normativa positivista. O recurso possível foi associá-lo à necessidade de subsistência, dentro de parâmetros minimamente aceitáveis, favorecendo a normatização positiva sem desprezar o desejo de maior equilíbrio nas relações laborais.

O segundo passo no processo de adaptação sofrido pela norma trabalhista positivista habita na sua estrutura. Se a ordem ou coação encontra-se indissociavelmente ligada à norma jurídica positivista, a norma trabalhista teria que expressar um comando.

A ideia de comando, por sua vez, também precisou ser adaptada, a depender do destinatário. Enquanto reguladora da relação contratual de trabalho e destinada aos particulares, a ordem normativa traz consigo a mesma matriz positivista de uma determinação de comportamento seguida de uma sanção. Aqui, a postura interventiva do Estado nas relações privadas de trabalho vê-se contemplada, inclusive com esteio nas exigências comissivas do Estado Social.

A norma trabalhista estabeleceria uma conduta limitativa da liberdade contratual plena e, com isso, reduziria o ânimo exploratório, permitindo uma maior igualdade substancial entre os sujeitos da relação. O comando normativo destinado aos particulares e a sanção em caso de inobservância conseguiria manter o caráter coativo da norma, sem inviabilizar a implementação dos preceitos de isonomia material reivindicados.

Por outro lado, ao se direcionar ao Estado, enquanto provedor de prestações sociais, a estrutura da norma laboral positivista – como modelo de conduta seguido de uma sanção – não teria o merecido espaço. Para tanto, ganha corpo a teoria do caráter programático das normas de Direito Social.

Canotilho (1994, p. 299) explica que, para os adeptos de tal teoria, as normas sociais seriam simples programas, proclamações, exortações de intenção, aforismos políticos ou programas futuros, juridicamente desprovidos de vinculatividade.

Desse modo, a norma trabalhista, na condição de norma de Direito Social, quando dirigida ao Estado, não seria um comando, senão um aceno para que se adotem programas de governo ulteriores. Nesse sentido, a estrutura coativa da norma estaria resguardada, ao menos quando dirigida aos particulares.

Destinando-se ao Estado, não passaria de uma diretriz, um mandamento, sem caráter vinculativo, assumindo uma atitude muito mais política do que propriamente jurídico-normativa.

Finalmente, o terceiro passo no processo de adaptação diz respeito à relação entre as normas e suas fontes. Sabe-se que a doutrina positivista não reconhece fundamentos de

validade não normativos. Para Kelsen (1998, p. 163), as fontes do Direito encontravam-se no próprio Direito: “só costuma designar-se como ‘fonte’ o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, quer dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a sua produção”.

Dentro de um ordenamento escalonado, o fundamento último das normas seria a chamada norma fundamental, uma norma pressuposta traduzida no comando: “cumpra-se a constituição”. Constituição que, por sua vez, traduzia a vontade política do Estado em um determinado tempo e espaço.

Aqui, a aplicação da doutrina positivista à norma trabalhista encontrou respaldo no movimento de constitucionalização dos direitos sociais, ocorrido na primeira metade do século XX. Esse movimento, “[...] consagrou e permitiu a institucionalização do paradigma do Estado Social de Direito no início do século XX, primeiramente por intermédio da Constituição do México, de 1917; e em seguida com a Constituição de Weimar, da Alemanha, de 1919”. (DELGADO, 2016, p. 24).

Posteriormente, com a eclosão da crise econômica ocorrida no final dos anos 1920 nos Estados Unidos da América, o fenômeno de constitucionalização dos direitos sociais se intensificou, ganhando ainda mais força no final dos anos 1940 (DELGADO, 2017, p. 103).

A partir do momento em que os mais diversos documentos constitucionais – posicionados no “topo” do ordenamento – passaram a oficializar o ânimo de fundamentar as normas trabalhistas, estas ganharam a consistência exigida pelo juspositivismo para desfrutarem de juridicidade, de maneira que a eticidade personalista presente em suas fontes primárias pudesse ser, doravante, tida como retrato de uma vontade política, transmudando o “juízo de valor” pela “condição de validade”.

É bem verdade que o fenômeno de constitucionalização dos direitos recebeu nova dosagem de fundamentação após a Segunda Grande Guerra, com a crescente valorização dos direitos fundamentais, a partir da matriz imponderável da dignidade humana.

Porém, a institucionalização positiva das normas trabalhistas precedeu essa “virada” neopositivista, nela inserindo-se já com a marca da objetivação e a abertura da visão econômica.

Em síntese, o processo de adaptação da norma trabalhista ao modelo juspositivista clássico compreendeu três passos de relevo: (i) a desconexão entre trabalho e trabalhador, sobrelevando a condição de dependência econômica deste para com àquele; (ii) o comando normativo impositivo apenas em relação aos sujeitos da relação de trabalho, conferindo caráter programático quando direcionado ao Estado; e (iii) a transferência da valoração material-personalista da norma para o fundamento de validade constitucionalizado, externado através da vontade política reinante em um dado tempo e lugar.

Como decorrência, a norma trabalhista – e o próprio Direito do Trabalho – passaram a assumir, ao menos em teoria, funções supostamente vocacionadas à regulação econômica e ao controle dos níveis de empregabilidade da população, as quais foram ainda mais acentuadas com a crise dos direitos sociais vivida no final do século XX e início do século XXI.

5.2.2 Que funções as normas de Direito do Trabalho poderiam assumir na visão juspositivista?

Ao se adaptar ao modelo juspositivista, a norma de Direito do Trabalho objetiva-se em conteúdo e, ao mesmo tempo, relativiza seu potencial valorativo. Decerto, conferir dignidade ao ser humano trabalhador não seria a "bandeira" funcional da norma trabalhista na visão juspositivista. Por outro lado, a proteção jurídica do labor humano apresentava-se premente e a institucionalização normativa do Direito do Trabalho já não mais podia ser evitada.

Nesse contexto, sobressai novamente a ambivalência no Direito do Trabalho, o qual se fundamenta, ao mesmo tempo, por suas causas personalistas e pelas suas consequências econômicas. O fundamento causal carrega consigo a premissa da dignidade humana. O fundamento consequencial traduz os efeitos que o Direito do Trabalho provoca na economia, tendo em vista a premissa do trabalho como fator de produção.

Diante dos postulados enaltecidos no juspositivismo clássico, parece claro que o fundamento econômico do Direito do Trabalho detinha reais condições de consolidação, o que não significa dizer que o fundamento ético foi abandonado, mas que acabou por ceder espaço à perspectiva econômica do Direito do Trabalho.

Ademais, foi também no início do século XX – mesmo período histórico de institucionalização normativa do Direito do Trabalho e de clímax do juspositivismo – que a doutrina da Análise Econômica do Direito (AED) emergiu.

Ressalte-se que *The Nature of the Firm*, obra do então professor da Universidade de Chicago, Ronald Coase, datada de 1937, é apontada por Richard Posner como precursora da AED (POSNER, 2007, p. 23-26). Posner (2010, p. 95) que, inclusive, veio a reconhecer posteriormente quão importante foi a filosofia kelseniana para a doutrina da AED nos sistemas romano-germânicos, que passaram a enaltecer as preocupações econômicas da norma e das decisões judiciais.

Tudo convergiu para que o fundamento econômico do Direito do Trabalho, na estrutura da norma positivista, afirmasse sua posição, desdobrando-se na assunção de funções igualmente econômicas para a norma trabalhista e, por conseguinte, para o próprio direito do trabalho.

Nesse ponto, merece destaque a prenunciada função do Direito do Trabalho como responsável pelos níveis de empregabilidade.

Sabe-se que a célebre crise econômica de 1929 (grande depressão) representou a culminância de declínio do pensamento econômico neoclássico do livre mercado. A completa ausência de intervenção do Estado nas relações privadas de capital não criaria o círculo virtuoso imaginado por Adam Smith e seus sequazes, sendo certo que o volume de desempregos passou a preocupar os mais diversos governos do ocidente.

Foi neste ambiente que entraram em cena as ideias de John Maynard Keynes (1985, p.171), inauguradas na *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*, obra com primeira edição datada de 1936. Keynes ocupou-se, dentre outras coisas, com a elevação do número de empregos. Para o autor, o emprego é uma variável dependente e, como tal, sofre flutuações. Portanto, é necessário que haja incentivos do Estado para tentar manter os índices de emprego em níveis aceitáveis. Dillard (1964, p.297) resume as propostas mais importantes de Keynes para o aumento do emprego:

> 1ª) impostos progressivos para elevar a propensão da comunidade a consumir; 2ª) investimento público e controle público no investimento privado para compensar e reduzir a envergadura das flutuações [...] 3ª) uma autoridade monetária forte para regular a oferta de dinheiro e diminuir a taxa de juros.

Fazia-se necessário um controle estatal nos investimentos do capital privado, eis que um excessivo fomento desses investimentos poderia gerar um cenário de desregrado otimismo que, em médio prazo, acabaria desestruturando o processo de equilíbrio econômico e afetando

os níveis de empregabilidade. Obviamente que uma das várias possibilidades de intervenção do Estado na economia seria através do direito.

Como bem destaca Bergón (2014, p. 55-57), o principal pilar do pensamento econômico de Keynes é o equilíbrio. O Estado deve intervir na economia para promover o equilíbrio e, a depender da eficiência dessa intervenção, a anomalia do desemprego pode ser controlada (e não eliminada). "Na teoria keynesiana aninha implicitamente a ideia da conciliação entre eficiência econômica e equidade social, assim como a necessidade de conectar a nova concepção das condições de crescimento e a redefinição das relações de classe"[4]. (BERGÓN, 2014, p. 58, tradução livre).

E onde o Direito do Trabalho entraria nesse processo?

Ora, as normas trabalhistas regulam a relação contratual de emprego, de modo que funcionariam como uma espécie ferramenta de redistribuição de renda. Tal processo elevaria o padrão dos salários e, consequentemente, do consumo. Aumentando o consumo, a produção também aumentaria e, a reboque disto, as empresas precisariam contratar mais empregados, elevando os níveis de ocupação.

Ao estabelecer direitos mínimos para os trabalhadores, os níveis de exploração diminuiriam e, como efeito, haveria um crescimento gradativo nos valores dos salários e demais vantagens contraprestativas, potencializando o consumo por parte destes mesmos empregados, fato este que, para os defensores do modelo keynesiano, era fundamental para o equilíbrio econômico e controle do desemprego.

O argumento de que a norma trabalhista influenciaria os níveis de empregabilidade "caiu como uma luva" nas pretensões de positivação do direito do trabalho, segundo parâmetros juspositivistas. A norma trabalhista não precisaria invocar o império de seu fundamento personalista, de matriz axiológica.

A partir do momento em que o desemprego crescente, com o advento das crises vivenciadas pelas principais sociedades ocidentais no final dos anos 1920, passou a ser considerado um problema da economia e, em especial, da postura interventiva de um Estado

[4] No original: "*En la teoría keynesiana anida implícitamente la idea de la conciliación entre eficiencia económica y equidade social, así como la necessidade de concectar la nueva concepción de las condiciones de crecimiento y la redefinición de las relaciones de classe".*

assistencial, o Direito do Trabalho fez florescer uma pseudo função de responsável pela elevação das ocupações.

Fala-se em pseudo função porque a elevação quantitativa dos postos de trabalho não depende de se ter mais ou menos Direito do Trabalho[5]. "O desemprego é fenômeno de causa multifacetária e externo ao direito, o qual se limita a regulamentar a tomada de força de trabalho. A legislação trabalhista nunca foi responsável pela criação ou incremento de postos de trabalho [...]". (COUTINHO, 2006, p. 170).

Acontece que o discurso em torno do qual o Direito do Trabalho poderia interferir de maneira vantajosa no preenchimento dos postos de trabalho – o que era uma preocupação econômica, e não ética – fez surgir para a norma trabalhista uma função utilitarista inegavelmente simpática à visão juspositivista de direito, que rechaçava as influências valorativas.

Não tardou para que o Direito do Trabalho assumisse outra função importante na economia, qual seja a de justificar o próprio capitalismo.

Conforme visto anteriormente, as formações sociais capitalistas do final do século XIX e início do século XX mostraram-se ameaçadas pelo contraponto socialista, alicerçado no materialismo marxista e pela teoria da luta de classes. Associe-se a isso o advento da questão social, que expôs as mazelas originadas na exploração desmesurada do trabalho pelo capital.

Era preciso uma reação do capitalismo, amenizando seu ímpeto dissipador e se abrindo à intervenção estatal, a fim de mostrar-se viável, tal como o fez na aurora das revoluções burguesas. O fomento aos direitos sociais – com especial destaque para o Direito do Trabalho – sem dúvidas era uma alternativa plausível ao modelo capitalista reformulado.

O Direito do Trabalho começa a ser colocado como uma espécie de necessidade do próprio capitalismo, justificando-o e, ao mesmo tempo, sendo por ele justificado. "[...] o Direito Social e o seu consequente Estado Social são produtos do modelo capitalista de produção. Significam, entretanto, um modo de o capitalismo tentar demonstrar-se viável [...]". (SOUTO MAIOR; CORREIA, 2007, p. 23).

---

[5] Quando comparados durante certa quantidade de tempo, Estados com maior ou menor proteção social mostram-se capazes de apresentar índices de empregabilidade similares, com oscilações naturais (PIKETTY, 2015, p. 32-34).

Tão logo a ideia de dependência entre o capitalismo e os direitos sociais começa a ser difundida, o Direito do Trabalho passa a ostentar posição fundamental no equilíbrio do conflito entre capital e trabalho. A norma de direito do trabalho objetiva-se ainda mais e, na sua dinâmica de institucionalização, atinge o desejado grau de positivação, na dogmática positivista.

Dessa maneira, ao menos sob o ângulo exclusivo do positivismo jurídico, as normas trabalhistas materializariam o Direito Social e este, por sua vez, agiria diretamente no conflito social de mais aguda tensão no modelo capitalista, qual seja a relação entre capital e trabalho (SOUTO MAIOR; CORREIA, 2007, p. 23).

O Direito do Trabalho funcionaria como uma espécie de catalisador dos conflitos sociais, facilitando o anseio redistributivo imaginado por Keynes. Como enfatiza Bergón (2014, p. 58), Keynes é defensor do capitalismo e sua interpretação dos fundamentos econômicos baseia-se na recondução dos conflitos sociais através da ocupação e da redistribuição de renda.

As normas trabalhistas estariam, com isso, a serviço do capitalismo e, se é verdade que elas humanizam as relações sociais, conferindo maior dignidade ao trabalhador, tal funcionalidade passa a ser perfeitamente aceitável frente às exigências de regulação econômica e aumento das ocupações.

Portanto, tomando em consideração a visão positivista do Direito (avalorado e sem componentes éticos), sustentar que as normas trabalhistas auxiliam a ampliação dos postos de trabalho e viabilizam o capitalismo, permite que o Direito do Trabalho possa ser reconhecido como tal segundo ditames juspositivistas.

Não se quer dizer que o Direito do Trabalho abandonou sua causa personalista. Esta lhe é imanente e tem coerência com suas fontes materiais. O que se quer dizer é que, no paradigma juspositivista, a matriz ética do Direito do Trabalho passa a ser acidental, quando comparada ao seu fundamento patrimonial e às funções que a norma trabalhista pode expressar em termos econômicos.

Difícil dizer se o Direito do Trabalho teria outra saída possível dentro da visão juspositivista. Para falar a verdade, a crítica nem mesmo recai aqui. O que se pretende apontar é como a nódoa do fundamento econômico do Direito do Trabalho, espalhada no período de

sua institucionalização normativa, manchou esse ramo jurídico social a ponto de ele não mais conseguir se desprender e, em meio a crises absolutamente setoriais (inclusive nos dias de hoje), vir novamente à tona como forma de controle dos níveis de desemprego e de fomento da economia, olvidando-se do elemento humano envolvido na regulação.

5.3 Institutos de Direito positivista do trabalho: disrupções e contrapontos

A partir do momento em que a norma trabalhista positivista desprende o trabalho do trabalhador, colocando-o em situação de dependência econômica, e passa a justificar-se no anseio de intervenção, a fim de aumentar os postos de trabalho e equilibrar a economia, diversos institutos trabalhistas, que poderiam ter uma conotação mais personalista, nutrem-se de postulados econômicos.

Obviamente que não se pode atribuir ao juspositivimo responsabilidade exclusiva pelas disrupções que alguns institutos do Direito do Trabalho provocam em suas matrizes éticas, quando analisados sob uma ótica predominamente econômica. Certamente outros fatores, não necessariamente ligados à doutrina do positivismo no direito, exerceram – e ainda exercem – forte influência na análise econômica do direito do trabalho.

Contudo, o descompasso entre as fontes materiais personalistas do Direito do Trabalho e a sua estrutura normativa contribuiu para que o elemento econômico alcançasse um *status* de importância que gera inúmeras deturpações, sendo mais do que oportuna uma abordagem crítica dos efeitos respectivos.

a) O caráter programático das normas sócio-laborais e o condicionamento de sua eficácia à reserva do possível

Já se falou que a postura coativa da norma trabalhista, tão cara ao juspositivismo, evidencia-se sobremodo na regulação dos particulares. É no controle da autonomia privada da relação de trabalho que a imposição do dirigismo estatal mostra sua força. Afinal, a necessidade de equilíbrio entre os sujeitos envolvidos no contrato individual de trabalho afirma a função redistributiva, amenizando o grau de dependência econômica do trabalhador.

Todavia, quando as normas sociais, inclusive as de índole trabalhista, direcionam-se ao Estado, exigindo-lhe ações efetivas, voltadas à prática de direitos cuja eficácia não depende exclusivamente da relação particular de trabalho, o componente econômico do Direito

Laboral abre espaço para o discurso do caráter programático das normas de Direito Social, parametrizando atuações futuras pela disponibilidade orçamentária.

O caráter programático das normas de Direito Social foi, inclusive, um problema identificado nas constituições da primeira metade do século XX. Como assinala Bonavides (1986, p. 192), os direitos sociais concernentes às relações de produção e ao trabalho eram uma grande novidade em termos positivos, de modo a enfrentarem obstáculos na sua conversão em direitos subjetivos, ao contrário dos antigos direitos de liberdade.

Bonavides (1986, p. 191-198) destaca, inclusive, o quão problemática foi a tese da programaticidade das normas de Direito Social para as constituições sociais do início do século passado. Isto porque, a doutrina juspositivista enaltecia a normatividade do Direito, o que pressupunha aplicabilidade e exigibilidade coativa. Porém, dizer que determinados tipos de direito, quando oponíveis ao Estado, não passam de programas futuros, atingia "em cheio" a perquirida normatividade.

Houve, segundo o autor, uma queda no grau de juridicidade dos próprios textos constitucionais que, em matéria social, tinham grande dificuldade de afirmação normativa. Além do mais, a atuação do Estado na consecução dos direitos sociais a si imputados ficaria sempre vinculada à existência de recursos orçamentários, limitando-se naquilo que se convencionou denominar de "reserva do possível". (BONAVIDES, 1986, p. 193)

Torres (2010, p. 73-74) explica a conexão entre a programaticidade das normas de Direito Social e a chamada reserva do possível. Para o autor, as normas sociais seriam meras diretivas ou orientações, sem eficácia vinculativa, visto que as prestações positivas, quando necessárias, dependeriam da prévia existência de numerário capaz de suprir as despesas correspondentes. Portanto, sempre que as exigências sociais fossem direcionadas normativamente ao Estado, com intuito de dele obter prestações positivas, a eficácia das normas de Direito Social – incluindo as trabalhistas – permaneceria condicionada à reserva do possível.

Interessante notar como a referida programaticidade das normas sociais confirma a tese de descompasso entre a causa personalista dos direitos trabalhistas e a estrutura normativa juspositivista prevalente no início do século XX.

O positivismo no Direito, ao associar a norma com a coação, exatamente para justificar sua feição imputativa e lhe retirar os componentes valorativos, encontrava enorme resistência em considerar como direito algo que não pudesse ser de pronto exigido, sob pena de uma sanção.

No tocante aos particulares, signatários do contrato de trabalho, a imputação se fazia viável, ainda que mediante agudas adaptações. Todavia, em relação ao Estado, a imperatividade tal como imaginada pela doutrina juspositivista não se apresentava possível, mesmo que as exigências éticas endossassem uma postura estatal comissivamente efetiva.

As questões econômicas (e os limites orçamentários não refogem a essa matriz) novamente deram o tom da abrangência positiva dos direitos sociais trabalhistas.

b) A tese da dependência econômica do trabalhador e do assistencialismo tuitivo do direito laboral

Parece consenso que um dos preceitos básicos do Direito do Trabalho reside na vocação para equilibrar, no plano normativo, a desigualdade substancial existente entre os sujeitos da relação de trabalho, protegendo o trabalhador hipossuficiente. Embora esse pensamento possa, num primeiro momento, soar como ferramenta de dignidade para o trabalhador, no fundo sua origem está impregnada de implicações econômicas.

Plá Rodriguez (1978, p. 30, grifo nosso), após afirmar que a proteção é a própria razão de ser do Direito do Trabalho, explica que "o legislador não pode mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa *desigualdade econômica* desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável".

Segundo o autor (1978, p. 30, grifo nosso), "[...] a liberdade de contrato entre pessoas com poder e *capacidade econômica desiguais* conduzia a diferentes formas de exploração", de modo que a norma trabalhista teria o condão de conferir equilíbrio entre os pactuantes. Mais adiante, Plá Rodriguez (1978, p. 32, grifo nosso) robustece o argumento dizendo que "[...] a *dependência econômica*, embora não necessária conceitualmente, apresenta-se na grande maioria dos casos, pois em geral somente coloca sua força de trabalho a serviço de outro quem se vê obrigado a isso pela obtenção de seus meios de vida", sendo este um dos fundamentos da proteção laboral normativa.

Note-se que, por mais de uma vez, Plá Rodriguez (1978) utiliza a desigualdade ou desequilíbrio econômico como motivador para o escopo protetivo do Direito Laboral.

Por seu turno, Maurício Godinho Delgado (2017, p. 136, grifo nosso) também destaca "[...] a constatação fática da *diferenciação socioeconômica* e de poder substantivas entre os dois sujeitos da relação jurídica [...]" como argumento para a proteção normativa dada pelo Direito do Trabalho ao empregado. Novamente a desigualdade econômica entre empregador e empregado é colocada como fundamento da aludida proteção.

É bem verdade que a dependência econômica do trabalhador se confirma na maioria dos casos e, sem sombra de dúvidas, reforça sua condição de hipossuficiente. O problema é quando se quer conferir maior destaque à situação de desequilíbrio material em detrimento do núcleo valorativo presente no conteúdo da norma, tendo em vista que a dignidade do ser humano vai muito além da satisfação de suas carências financeiras.

Não se está querendo dizer, aqui, que o Direito do Trabalho não deve expressar em suas normas um tratamento distinto em relação ao trabalhador, dada sua posição de desigualdade substancial frente ao tomador do trabalho. O que se deseja assinalar é que isso deve ser feito para a preservação de sua dignidade e não em virtude da dependência econômica do obreiro.

Dizer que o Direito do Trabalho é protetor porque o empregado é economicamente dependente do empregador fragiliza o próprio princípio tuitivo, eis que o ordenamento positivo, ao recepcioná-lo, passa enfatizar sua conotação meramente instrumental. A intervenção seria uma mera ferramenta de equilíbrio econômico entre os sujeitos da relação de trabalho, relegando as raízes personalistas da norma para um segundo plano.[6]

Ademais, o uso do fundamento econômico para a proteção laboral favorece uma malfadada visão assistencialista do Direito do Trabalho, colocando seus marcos de regulação na agenda política de desenvolvimento econômico e controle dos níveis de desemprego, o que atiça as tendências flexibilizatórias sempre que uma ou outra crise sazonal se apresentar.

Por fim, todas as vezes que se atrela a vocação protetiva do Direito do Trabalho à hipossuficiência econômica do trabalhador, a função interventiva da norma deixa de ser

[6] Aldacy Rachid Coutinho (2006, p. 175) critica essa visão deturpada da proteção, como se fosse um favor da lei ao trabalhador. Nas palavras da autora, "não há que se pensar, portanto, em favor, ou proteção do mais débil, mas em reconhecimento de direitos fundamentais do cidadão-trabalhador [...]".

necessária quando o desequilíbrio material (que é presumido) não se ratificar em termos pragmáticos. Desse modo, trabalhadores que não são economicamente dependentes deixariam de merecer proteção, além de poderem renunciar certos direitos de dignidade, simplesmente por não possuírem carências materiais.

c) Regras de desenvolvimento econômico do trabalho: empregabilidade, qualificação técnica e maior rendimento do trabalhador

Já foi objeto de críticas nesta pesquisa a tese de que o Direito do Trabalho é responsável pelos índices de empregabilidade. Embora os contratos individuais de trabalho recebam a intervenção da norma trabalhista, não é correto dizer que o maior ou menor rigor de suas prescrições seria decisivo para um aumento dos postos de trabalho, afinal, ninguém contrata quem não precisa porque é menos oneroso fazê-lo.

Entretanto, como o escopo personalista da norma trabalhista, pelo seu substrato axiológico, não tinha espaço na doutrina juspositivista, o Direito do Trabalho acabou sendo conduzido – de modo não necessariamente intencional – pela corrente utilitarista que o assenta como variável relevante nas políticas de controle do desemprego.

Não se deve ignorar que, em termos macroeconômicos, os coeficientes de ocupação da população economicamente ativa devem ser levados em consideração pelos programas de governo. Desde Keynes se sabe que a intervenção do Estado provoca resultados na economia, interferindo no acesso ao emprego, o que não significa que tal intervenção deva ocorrer através do direito do trabalho.

Contudo, ao serem instrumentalizadas pela estrutura positivista, as normas trabalhistas terminaram por assumir a pseudo função de influenciar o ingresso nos postos de trabalho, ostentando um equivocado protagonismo nas chamadas regras de desenvolvimento econômico do trabalho. Esse suposto papel de catalisador do emprego criou raízes tão profundas no direito do trabalho que frequentemente volta à baila o discurso político de alteração das normas laborais como forma de contenção do desemprego.

E essa influencia não se resume somente ao momento da contratação ou dispensa do trabalhador, incidindo na própria qualificação profissional do empregado, antes e durante a vigência do contrato. Ora, para ser produtivo, o operário precisar ser tecnicamente qualificado

e, dentro de um sistema capitalista, essa qualificação precisa ser constante para que o emprego possa ser mantido.

Ocorre que a qualificação profissional conduzida a partir de postulados econômicos voltados à empregabilidade acaba por esterilizar o potencial emancipatório do trabalho, acentuando sua dominação pelo capital. Como ressalta Gorz (1996, p. 2016), na conjuntura capitalista, a força produtiva da técnica e da ciência nega as potencialidades libertadoras dos trabalhadores e beneficia a realização de trabalhos parasitários.

O processo de racionalização do trabalho municia-o de métodos e procedimentos, na medida daquilo que é estritamente necessário para que o produto final seja elaborado no menor tempo possível e com o menor custo. O profissional qualificado pode, neste contexto, desempenhar suas atribuições com o maior rendimento. A alta produtividade seria um desdobramento natural do contrato de trabalho.

Plá Rodriguez (1978, p.267) aborda a tese do maior rendimento como sendo algo que recai, fundamentalmente, sobre a figura do trabalhador. Para o autor, três seriam as consequências práticas de sua atuação: (i) determinar que o trabalhador empregue um determinado nível de energia no exercício de suas funções, abaixo do qual estaria violando o contrato; (ii) negar validade a determinados tipos de luta operária, como, por exemplo, a diminuição da intensidade dos serviços; (iii) inspirar outros sistemas de retribuição pecuniária, sobretudo aqueles que variam de acordo com a produtividade e visam estimular a velocidade da produção e a economia de materiais.

E onde o Direito do Trabalho entraria nessa dinâmica?

Ora, a norma trabalhista positivista, ao afastar o conteúdo valorativo de suas fontes materiais, transforma-se em terreno fértil para a regulação das exigências econômicas do contrato de trabalho, que se tornam uma obrigação contratual para os trabalhadores, nascidas a partir da sujeição destes ao poder de mando do empregador.

O Direito do Trabalho, neste particular, acaba por legitimar oficialmente, através de suas normas, a ideia de que o trabalhador, ao alienar sua força de trabalho como a única mercadoria que possui, deve permanecer sempre qualificado, dispendendo o maior rendimento possível no exercício de suas atribuições, a fim de que possa manter o posto de trabalho.

Mais uma vez, a moldura normativa asséptica da norma trabalhista, dentro dos parâmetros juspositivistas, viabiliza o incremento da visão econômica do Direito do Trabalho, dentro de uma narrativa condizente com as necessidades de desenvolvimento da economia.

d) A ficção da liberdade de ação e da autonomia contratual na relação de trabalho: a prestação do trabalho como objeto do pacto de emprego, apartado do trabalhador

Fazendo uma retrospectiva do trabalho humano nas formações sociais pré-capitalistas, sobretudo nas tributárias e nas mercantilistas simples[7], percebe-se que não havia o propósito de separação conceitual entre trabalho e trabalhador. Mesmo nas corporações de ofício, tão presentes na Europa dos séculos XVIII e primeira metade do século XIX, trabalho e trabalhador eram tratados como um só, sob a proteção dos costumes.

Foram as formações sociais capitalistas que paulatinamente quebraram essa união, divorciando aos poucos o trabalho do trabalhador: o primeiro passou a ser tratado como mercadoria, vendida pelo segundo em troca de uma contraprestação que lhe mantivesse a sobrevivência.

No início, porém, o trabalho nas fábricas era desregulado. Por um lado, prevalecia o ideário não intervencionista que impulsionou o Estado Liberal. Por outro, com a urbanização e o deslocamento dos trabalhadores para as cidades, os antigos costumes foram deixando de existir. Marcio Túlio Viana (2013, p.25) escreve sobre essa transição:

> No começo esses homens e mulheres apenas trabalhavam... e sofriam. E sofriam, talvez, até mais do que antes, pois, nos velhos tempos, como vimos, muitos tinham um pedaço de terra para plantar ou uma pequena oficina onde eram mestres, companheiros ou aprendizes. Todos eles, de algum modo, tinham um pouco de proteção. Os costumes o protegiam. Agora, com a fábrica, era cada um por si. Já não havia os costumes, dizendo, por exemplo, quanto se devia pagar, ou por quanto tempo se devia trabalhar. Não havia nada: só o silêncio.

O trabalho passou a ser cada vez mais tratado como mercadoria, simples insumo na composição do produto final. E como os principais anseios do capitalista eram a reprodução e o acúmulo de capital, quanto mais barato fosse o produto final melhor seria para sua circulação rápida e lucrativa.

Quase que sem perceber, os trabalhadores foram se apropriando dessa visão objetivada do trabalho e reivindicando um melhor preço pelo seu dispêndio. Afinal, se o trabalho era

[7] Sobre o assunto, ver capítulo 2.

uma mercadoria, esta deveria render-lhes a melhor contraprestação possível. A união dos operários no pátio fabril impulsionou o surgimento dos sindicatos e, com eles, vieram as primeiras greves. Não tardou para que o Estado, através do direito, começasse institucionalizar normativamente alguns daqueles reclamos laborais.

Como efeito desse processo, a prestação do trabalho começa a ser cada vez mais expressada sob a forma de contrato e esse formato encaixava com perfeição no modelo de norma juspositivista. As relações civis já ocorriam sob o manto da autonomia contratual, de modo que a prestação do trabalho, igualmente privada, também poderia desenvolver-se seguindo o mesmo critério, desde que algumas das cláusulas fossem estabelecidas e controladas pelo Estado.

A fórmula contratual para a prestação de trabalho permite sua racionalização e, por conseguinte, facilita a regulação pelo direito positivo. O trabalhador (sujeito ativo) vende sua força de trabalho (objeto) e recebe, em troca, o pagamento do salário (contraprestação), a ser efetuado pelo tomador (sujeito passivo).[8] Outrossim, o arquétipo do contrato individual de trabalho permite a distribuição de direitos e obrigações entre os pactuantes, revestindo-os de força obrigatória.

Entretanto, ainda que o Direito positivista do trabalho confira estrutura formal à relação de trabalho livre, o certo é que, na prática, o trabalho humano não se desprende do trabalhador. Ambos estão umbilicalmente conectados e, ainda que juridicamente o trabalho possa ser considerado um objeto contratual, materialmente o que se aliena é o próprio trabalhador.

Todavia, a visão personalista da relação de trabalho – com o elemento humano posto em evidência – dificultaria sobremodo sua regulação pela norma positivista. Melhor seria evidenciar a desigualdade econômica do trabalhador e sua debilidade para tratar de algumas cláusulas negociais, desafiando o assistencialismo do Estado através intervencionismo contratual.

[8] Parafraseando Renato Corrado, Délio Maranhão (1982, p. 9) resume o conceito jurídico de trabalho, dentro de uma perspectiva contratual: "[...] o conceito jurídico de trabalho supõe que este 'se apresente como objeto de uma prestação devida ou realizada por um sujeito em favor de outro. Tal ocorre quando: 1. Uma atividade humana é desenvolvida pela própria pessoa física; 2. Essa atividade se destina à criação de um bem materialmente avaliável; 3. Surja de relação por meio da qual um sujeito presta, ou se obriga a prestar, a própria força de trabalho em favor de outro sujeito, em troca de uma retribuição".

Esse tipo de contratualidade acaba por reduzir o Direito do Trabalho ao conjunto de regramentos voltados à garantia do pacto, ainda que em uma ou outra situação, a intervenção possa ser percebida. A construção teórica do contrato de trabalho (com o trabalho apartado do trabalhador) torna juridicamente real a ficção da liberdade contratual e, ainda que em um primeiro momento venha a favorecer a regulação positiva, permite cada vez mais uma análise econômica de seus elementos.

e) Subordinação assimétrica, sujeição aos comandos do empregador e o direito unilateral de punir: os efeitos práticos de uma fictícia autonomia contratual

Contratualmente formalizada, a relação de trabalho fez emergir para os pactuantes uma série de direitos e obrigações. Entretanto, considerando o modelo produtivo vigente nas indústrias do final do século XIX e início do século XX, havia certa homogeneidade (padronização) na maneira de se prestar o trabalho: "o operário trabalhava dentro da fábrica, sob a direção do empregador (ou seu preposto), que lhe dava ordens e vigiava seu cumprimento, podendo eventualmente puni-lo". (PORTO, 2009, p. 43).

Foi essa a conformação absorvida na nascente do Direito do Trabalho, cuja subordinação era identificada através da "[...] submissão do trabalhador a ordens patronais precisas, vinculantes, 'capilares', penetrantes, sobre o modo de desenvolver a sua prestação, e a controles contínuos sobre seu respeito, além da aplicação de sanções disciplinares em caso de descumprimento" (PORTO, 2009, p. 43).

Dentro do contrato de trabalho, a subordinação tornou-se elemento essencial da relação de emprego e fator distintivo entre o trabalho dependente e o trabalho autônomo. A dependência econômica que, em termos objetivos, justificaria a intervenção estatal, tornou-se subordinação jurídica a partir da normatização positiva, conferindo ao empregador uma série de prerrogativas, tais como: "a) dirigir e comandar a execução da obrigação contratual [...]; b) controlar o cumprimento dessa obrigação; c) aplicar penas disciplinares" (MARANHÃO, 1982, p. 54).

O conjunto de tais prerrogativas consubstanciou aquilo que se assentou denominar de "poder empregatício". Havia, portanto, o exercício de um poder dentro da fábrica e esse poder era juridicamente reconhecido pelo direito positivo. Poder que se expressava no comando, regulação e disciplinamento da prestação do trabalho, resultando em sanções para os que descumprissem as determinações.

O caráter coativo de exercício de um poder privado contratualmente vinculante combinava *in totum* com a matriz imperativa do Direito na qual se pautou a teoria juspositivista. Não foi difícil, portanto, a norma jurídica positivista assimilar, em sua moldura, a aludida relação de poder, especialmente se seu fundamento estivesse centrado na concepção privastística da propriedade privada.

Maurício Godinho Delgado (1996, p.165) destaca o fundamento patrimonialista como sendo um dos mais antigos na justificação do poder empregatício, remontando a fase inicial do Direito do Trabalho. Para o autor, "a propriedade privada como título e fundamento do poder empresarial [...] constrói-se sumamente impressionada com a estrutura e dinâmica rigidamente unilateral e assimétrica do fenômeno do poder no âmbito da empresa e do estabelecimento – característica exponencial das primeiras fases do industrialismo".

Mais adiante, o autor critica o fundamento patrimonial, dizendo que o fenômeno do poder empregatício é muito mais complexo, não podendo ser reduzido "[...] a um conjunto de prerrogativas unilaterais deferidas pelo estatuto da propriedade a seu titular". (DELGADO, 1996, p. 167). Nada obstante, o certo é que, na aurora de sua institucionalização normativa, o Direito do Trabalho conferiu validade ao poder empregatício, aferido sob um ponto de vista assimétrico e inibitivo.

A propagada autonomia contratual, na prática, não passava de justificação teórica para a regulação da relação subordinada, visto que, no desenvolvimento do pacto, o trabalhador teria de seguir fielmente as ordens do tomador do trabalho, sob pena de ser punido e, a depender da intensidade da infração, ver rompido o contrato de trabalho por justa causa, com a perda dos direitos indenizatórios correspondentes.

A submissão jurídica do trabalhador às prerrogativas disciplinares do tomador se fez tão presente nos contratos de trabalho que postulados fundamentais básicos – como, por exemplo, o respeito ao contraditório e à ampla defesa – são de difícil exigibilidade nos vínculos de labor subordinado.

É como se a norma trabalhista aquiescesse um poder quase que absoluto ao empregador, cujo exercício – mesmo em dias de hoje – se aperfeiçoa de maneira unilateral. Talvez por isso, não raro são identificadas punições disciplinares abusivamente implementadas e trabalhadores perdendo o emprego sem que lhes seja garantido, ao menos, a faculdade de se defender.

A norma jurídica trabalhista, com sua festejada neutralidade estrutural, novamente mostra seus contornos, no tocante à incorporação dos fenômenos da subordinação e do poder empregatício, dissipados do componente personalista e fortemente atrelados aos fundamentos patrimonial e econômico.

f) A recompensa pecuniária pelo salário e a monetização da vida e da saúde do trabalhador

Se o emprego é o veículo de acesso à subsistência do trabalhador e o trabalho é o objeto da relação contratual subjacente, a consequente alienação da força de labor deve ser acompanhada de uma contraprestação pecuniária equivalente. Afinal, por se tratar de trabalho "livre", não pode o prestador ser forçado a trabalhar em troca de alimento e moradia, como ocorria nas formações sociais escravistas ou servis.

Aparece, na morfologia do contrato de trabalho, o elemento essencial da onerosidade. O contrato de trabalho é oneroso e tem essa qualidade porque a prestação do labor corresponde a uma vantagem econômica para o trabalhador. O que há é uma espécie de troca recíproca entre os sujeitos do contrato e, "no contexto empregatício essa troca faz-se substantivamente através do contraponto prestação de trabalho *versus* parcelas salariais". (DELGADO, 1999, p. 22).

É bem verdade que o pagamento de contraprestações pelo trabalho prestado não foi uma invenção do moderno direito do trabalho. Na antiguidade, trabalhadores livres já recebiam repasse contraprestativo em troca de seus serviços, conforme o costume da época. O mesmo ocorria nas corporações de ofício, em que mestres e aprendizes dividiam os rendimentos pecuniários do trabalho, porém na condição de parceiros. (SUSSEKIND et al., 2005, p. 327).

Contudo, foi nas formações sociais capitalistas que nasceu o trabalho assalariado e, com ele, o salário ganhou posição de destaque. De acordo com o pensamento econômico tradicional, a força de trabalho, enquanto objeto da relação, possui um preço e este se reflete no valor do salário.

A simples troca ou locação do trabalho por um pagamento correspondente monetiza a energia humana e retira seus elementos valorativos, facilitando a regulação pela norma

jurídica positivista. Além disso, torna quase tudo no contrato de trabalho economicamente mensurável.

Não se quer dizer, aqui, que o trabalhador não deve receber o repasse salarial. Evidente que sua sobrevivência numa sociedade capitalista depende de contraprestações pecuniárias periódicas e suficientes. O problema é quando praticamente tudo que diz respeito ao exercício do labor humano passa a ser aferido dentro da ótica patrimonialista.

É nessa perspectiva que entra em cena a monetização dos riscos do trabalho. Inelutavelmente existem trabalhos arriscados e cuja execução insere-se na composição de certos produtos postos no mercado. Como o trabalhador dispende sua energia em troca de dinheiro, nada mais razoável, do ponto de vista econômico, que a compra dos riscos por adicionais ao salário.

A fórmula é simples: o Direito reconhece normativamente a possibilidade de um ajuste monetário mais vantajoso para o trabalhador, sempre que este exercer funções arriscadas. A intensidade do risco e o valor correspondente, por uma questão de segurança jurídica, devem ser preferencialmente definidos pela legislação. As vantagens pecuniárias compensariam os riscos oferecidos e o trabalhador que a eles se submetesse livremente.

Parece claro que a lógica da monetização dos riscos termina por valorizar o patrimônio em detrimento do trabalhador, que passa a vender não apenas seu trabalho, mas sua vida e saúde em troca de retribuições mais vantajosas. Como relata Maria Cecília Máximo Teodoro (2016, p. 56), o Direito do Trabalho ainda carrega "[...] uma forte tendência de monetização do risco do labor, mediante a qual o empregador escolhe pagar pelo direito de adoecer o empregado".

Mais adiante, a autora destaca que, sob premissas personalistas, o tomador do trabalho deveria atuar no sentido de prevenir ou evitar os riscos inerentes a determinados tipos de trabalho, e não substituir tais riscos por pecúnia. E arremata dizendo que "[...] a cultura patrimonialista ainda impõe a preferência à exposição ao agente de risco, com possibilidade de dano à saúde, para que se obtenha o pagamento do adicional. [...] monetiza-se o risco e a saúde, porque há valorização do pagamento da parcela". (TEODORO, 2016, p. 56).

No entanto, a visão personalista que sobreleva a valorização da vida e da saúde do ser humano trabalhador encontra-se impregnada de elementos éticos, os quais sabidamente não

eram bem-vindos na doutrina juspositivista. A objetivação patrimonialista do labor arriscado e a consequente monetização do seu exercício encontraria um espaço muito mais promissor na norma positivista do que a imposição de mecanismos de prevenção.

Não por outra razão é que a visão utilitarista do trabalho e sua respectiva matriz econômica voltam à tona sempre que a economia se sente ameaçada pela valorização do labor e do ser humano que o concretiza. E o Direito do Trabalho, normativamente institucionalizado no mesmo momento histórico de predomínio juspositivista, permanece atrelado aos já mencionados fundamentos econômicos.

5.3.1 Uma crítica necessária

Como se pode notar, o positivismo no Direito inequivocamente favoreceu a visão econômica do direito do trabalho e sua assimilação pela norma jurídica positiva. Decerto não foi essa estrutura normativa que criou os componentes econômicos do trabalho e nem suas premissas patrimonialistas, apenas lhes conferiu evidência.

A teoria da ambivalência ofereceu um apanhado de teorias capazes de posicionar o trabalho como mero fator de produção, objetivado e sem qualquer elemento emancipatório para o trabalhador. Nesse ambiente, os valores éticos de dignidade e reconhecimento não possuem protagonismo.

Ocorre que o Direito do Trabalho, visto a partir de seus fundamentos históricos e culturais, tem compromissos causais com suas fontes materiais personalistas. Como pondera Castelo (2007, p. 90): “os direitos trabalhistas traduzem-se, assim, numa regulação social, com vistas a objetivos emancipatórios, à procura de uma nova ética política e social ajustada com os novos tempos e aos novos ideais de igualdade/distribuição, que possibilitem capacitação/emancipação”.

Trata-se de verdadeiros compromissos éticos, com inspirações inclusivas de investimento no bem-estar da sociedade. Compromissos que, no entanto, enfrentaram enorme dificuldade de se expressar plenamente dentro do padrão teoricamente construído para a norma jurídica positivista, avalorada e tendencialmente neutra.

Não se pode voltar no tempo! Contudo, a constatação aqui apontada, relativa ao descompasso entre as origens personalistas e a estrutura normativa do Direito do Trabalho em

tempos de positivismo clássico, autoriza críticas ao que foi distorcido e reflexões sobre os rumos que o direito do trabalho deve seguir, se quiser se aproximar de suas raízes éticas.

Quem sabe na vigência de um sistema normativo no qual as questões existenciais se sobrepusessem às patrimoniais: (i) as normas sócio-laborais fossem autoaplicáveis, concebendo direitos acima do orçamento; (ii) a dependência econômica cedesse espaço à emancipação e ao reconhecimento pelo trabalho; (iii) o direito laboral estivesse atrelado ao trabalho digno e não ao simples acesso a postos de ocupação; (iv) a contratualidade não separaria o trabalho do trabalhador; (v) a subordinação se transformaria em colaboração, com menos assimetria e maior equilíbrio relacional; e (vi) o salário superaria o caráter retributivo, sendo ferramenta para a consecução da dignidade do assalariado.

6 ALÉM DO POSITIVISMO DOGMÁTICO

Não restam dúvidas de que o positivismo dogmático, tal como teorizado por Kelsen e seus seguidores no início do século XX, representou um verdadeiro marco divisório no Direito. Pode-se dizer, tranquilamente, que o direito foi um antes, e é outro depois da doutrina juspositivista. Porém, a pretensão cientificista de pureza normativa e neutralidade axiológica deixou "brechas" para as mais variadas críticas.

Na verdade, toda visão de mundo – e porque não dizer da própria ciência do direito – modificou-se quando a década de 1940 fez a humanidade experimentar o mais contundente genocídio já praticado. A Segunda Grande Guerra mostrou ao homem o que é ser desumano e o direito viu-se acuado pelo império da matriz ética da dignidade da pessoa humana.

A moldura normativa positivista, asséptica e desprovida de componentes valorativos, cedia espaço para variados conteúdos e, como a validade da norma situava-se no próprio ordenamento, bastava que houvesse coerência deste com a norma fundamental pressuposta, pautada na vontade política consubstanciada na ordem imperativa de cumprimento dos comandos formalmente elaborados, para que fosse juridicamente exigível.

Nesse contexto, muitas atrocidades aperfeiçoaram-se sob o manto da legalidade e, mesmo sem querer, o positivismo dogmático percebeu-se envolvo a um forte movimento teórico reativo, que o colocou diante de críticas vorazes. Duas delas merecem destaque: (i) o positivismo como técnica de aplicação mecânica da lei; e (ii) o positivismo como legitimação incondicional do Direito e sua colaboração com o nazismo. Cruz e Duarte (2013, p. 119-159) abordam as referidas críticas.

No tocante à primeira, os autores explicam que os principais ataques voltaram-se sobre o intitulado legalismo positivista. Dizia-se que a obediência incondicional ao texto da lei até poderia desfrutar de alguma funcionalidade para os chamados "casos fáceis" (*easy cases*). Contudo, em relação aos "casos difíceis" (*hard cases*), a densidade normativa restaria fragmentada, conferindo uma moldura semântica flexível e uma indesejada subjetividade interpretativa.

Sob essa perspectiva, o positivismo legalista daria ao hermeneuta dos "casos difíceis" um perigoso espaço de atuação, como se houvesse "[...] um desejo explícito de conceder aos intérpretes do direito uma 'carta de alforria', a fim de que estes pudessem recorrer livremente a seus valores e percepções de mundo". (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 126). Não por acaso, o Direito reformulou-se para incorporar em seu sistema uma nova estrutura normativa, capaz de assimilar não apenas regras, mas também princípios.

Relativamente à segunda crítica, Cruz e Duarte (2013, p. 134) ressaltam um discurso de aproximação, ainda que ilusória, entre o positivismo ideológico e o regime nazista. Isto porque, na sua versão exclusiva, o positivismo apregoava apenas critérios formais de validade normativa, de forma que regimes de exceção (como o nazismo) poderiam legitimar-se juridicamente através de suas leis.

Mais adiante, os autores salientam que os positivistas jurídicos nunca foram nazistas ou adeptos a regimes totalitários, sendo certo que a visão ideológica do positivismo carece de bases pragmáticas. (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 135). Todavia, o certo é que tal crítica se propagou, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, provocando uma reação ainda maior da filosofia do direito às teses juspositivistas.

Enfraquecido pelas críticas, o positivismo dogmático perdeu progressivamente seu protagonismo e, nada obstante as benesses trazidas enquanto teoria sistematizadora da Ciência do Direito, passou a enfrentar uma verdadeira "virada" pós-positivista, com a incorporação na norma do valor imponderável da dignidade humana e o advento do constitucionalismo ético-humanitário.

6.1 A "virada" pós-positivista e suas bases filosóficas

Logo de antemão, uma advertência terminológica se faz oportuna. O uso da expressão pós-positivismo não tem aqui o condão de enaltecer teorias antipositivistas. Na verdade, o termo é utilizado para denominar muito mais uma remodelagem da doutrina positivista do que a sua pura e simples ab-rogação.

Como cediço, o Direito, especialmente aquele de raízes romano-germânicas, ainda é primordialmente expressado através de normas jurídicas e estas dão o tom de sua abordagem epistêmica. De fato, as teorias normativas não foram abandonadas pela Filosofia do Direito,

apenas passaram a ser desenvolvidas a partir de outros pressupostos, gerando, por consequência, novas compreensões.

Feita advertência, retome-se o rumo da análise proposta.

Conforme dito anteriormente, a Segunda Guerra Mundial provocou uma forte reação teórica ao positivismo dogmático. Alguns chegaram até mesmo a invocar o retorno do jusnaturalismo. Duarte e Pozzolo (2006, p. 52-55) afirmam que o pretendido jusnaturalismo moderno não viria com pretensões universalistas ligadas à moralidade cristã do antigo direito natural, mas com a proposta prescritiva de um valor moral tido como correto. Contudo, a superação teórica dos argumentos jusnaturalistas não permitiu o retorno dessa abordagem filosófica do direito.

Entram em cena as doutrinas positivistas inclusivas, que se pautavam, segundo Duarte e Pozzolo (2006, p. 46-52), por três teses básicas: (i) tese da incorporação da moral, admitindo uma textura normativa mais aberta, capaz de aceitar fundamentos morais para o Direito; (ii) tese do convencionalismo, mediante a qual o direito válido somente incorpora valores morais em virtude da convenção social em torno dos critérios de normatividade; (iii) tese da diferença prática, ou seja, o Direito deve ser capaz, onde quer que ele exista, de fazer uma diferença prática na vida das pessoas.

O positivismo inclusivo representou o início de uma mudança paradigmática na doutrina positivista, sem, contudo, abandonar suas bases conceituais. Progressivamente o Direito e as normas que o compõem começaram a reconhecer a importância dos elementos axiológicos[1]. A pretendida pureza, tão cara ao juspositivismo clássico, começa a dar lugar a um Direito menos neutro e cada vez mais atento aos valores éticos da sociedade.

Porém, a "virada" pós-positivista somente se consolidou com a presença de uma nova dogmática constitucional na teoria do direito. Uma vez superada a crise de humanidade perpetrada pela Segunda Grande Guerra, as principais democracias ocidentais passaram a

[1] O processo de evolução do pensamento jurídico, como sói acontecer em qualquer ramo do conhecimento, não se aperfeiçoa de modo linear, o que significa dizer que o positivismo conceitual exclusivo não foi completamente abandonado com o advento dos positivistas inclusivos. Exemplo disso encontra-se nos escritos de Joseph Raz, tido como um dos maiores expoentes do positivismo jurídico exclusivo, corrente cuja base de sustentação apoia-se na separação entre direito e moral, conforme sustentado em *The Authority of Law* (A Autoridade do Direito), obra original em inglês datada de 1979.

incorporar em seus textos o valor imponderável da dignidade humana, a partir da prevalência dos direitos fundamentais como postulado básico da sociedade[2].

É curioso perceber – e, aqui, cabe um parêntese – que o protagonismo estadunidense na segunda guerra mundial fez aproximar o "direito legalista" do "direito jurisprudencial". Muitos teóricos do Direito europeu (*civil law*) abriram-se ao "Direito dos Juízes" (*common law*) praticado nos países de influência anglo-saxã, cujos valores éticos eram usualmente considerados nos julgamentos (LOSANO, 2010, p. 245).

Os Estados democráticos não poderiam mais prescindir dos valores fundamentais que norteiam a existência humana e o Direito não tinha como conter esse movimento de imbricação ética. Não era mais aceitável que "[...] a centralidade das pessoas e a garantia de seus direitos sejam somente valores externos ou condicionantes axiológicos, observados desde o ponto de vista externo numa perspectiva sociológico-descritivista [...]". (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 57).

A metódica jurídica teria de encontrar um caminho de convivência harmoniosa entre normas e valores, cujo ponto de partida não poderia ser outro senão as constituições, moradias naturais dos direitos fundamentais. O pós-positivismo se desprende do modelo rígido e neutral do juspositivismo clássico e propõe a adoção de um ponto de vista interno, aberto à intervenção dos juízos de valor, na busca de um compromisso axiológico-normativo para Direito (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 68-69).

Nessa dinâmica de aproximação entre Direito e Moral, a partir de novas premissas metodológicas, destacam-se, por sua importância e reconhecida influência no pensamento jurídico moderno, as obras de Gustav Radbruch, Ronald Dworkin e Robert Alexy, todos comprometidos com a abertura semântica do Direito para os valores éticos.

6.1.1 Gustav Radbruch e a contemplação valorativa do direito

Gustav Radbruch é, sem dúvida, um dos maiores representantes da chamada filosofia dos valores, cuja base metodológica reconhece a importância das influências ético-culturais no Direito. Embora as origens de seu pensamento estejam fortemente arraigadas em premissas

[2] É bem verdade que o constitucionalismo social, com introdução de direitos trabalhistas no corpo das constituições, foi historicamente inaugurado com as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919); sem falar da internacionalização de proteção social trabalhista encampada com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919. Entretanto, esse movimento em direção ao social acabou ofuscado pelas instabilidades trazidas pelas duas grandes guerras, especialmente pela segunda.

jusnaturalistas, foi no período posterior à Segunda Grande Guerra que suas críticas ao legalismo positivista ganharam destaque.

A filosofia jurídica de Radbruch (1997) aproxima-se da Teoria do Direito justo, substancialmente pautada na contemplação valorativa do Direito. Segundo o próprio Radbruch (1997, p. 47), tal contemplação baseia-se em dois postulados metodológicos: o dualismo e o relativismo.

O método dualista opõe-se ao monismo metodológico, que confunde os valores com a realidade, isto é, os fatos condicionariam os valores. O dualismo, ao revés, não ignora a importância da realidade no estudo do Direito, porém a coloca em polo distinto dos valores. Estes existiriam a partir de um sistema ético de ideias, associado ao anseio de justiça. (RADBRUCH, 1997, p. 50-51).

Desse modo, juízos de valor e juízos de existência estariam em planos distintos, sendo certo que "[...] as valorações não podem fundar-se *indutivamente* sobre verificações do existente, mas só *dedutivamente* sobre outros preceitos, outros juízos de valor, outras valorações de idêntica natureza" (RADBRUCH, 1997, p. 48). As valorações imanentes ao Direito não poderiam ser, portanto, fundamentadas tão somente nos fatos.

Com isso, Radbruch (1997, p. 56) dissocia os preceitos normativos do realismo factual. Na verdade, ao integrar as valorações a outros juízos de valor, e não a quaisquer concepções de mundo, Radbruch se declara relativista e, ao mesmo tempo, admite a conjugação entre Direito, Moral, Justiça e Equidade.

Nesse sentido, a contemplação valorativa do Direito de Radbruch (1997, p. 47-48) rejeita expressamente "[...] o positivismo, o historicismo e o evolucionismo; o primeiro, porque infere o dever-ser do ser; o segundo, porque infere o dever-ser daquilo que já foi; e finalmente o terceiro, porque infere o dever-ser daquilo que será ou tende a ser".

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, crescem as críticas ao positivismo dogmático, sobre o qual recaiu a pecha de justificação teórica do nazismo. Nesse momento, inicia-se a segunda fase do pensamento radbruchano, levando em conta a ausência dos valores jurídicos pela teoria juspositivista.

> A lei vale por ser lei, e é sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos *Positivismo*, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas (RADBRUCH, 1997, p. 415).

Segundo Lima (2009), é aqui que Radbruch volta-se para a concreção do Direito na sociedade, através da necessidade de proteção dos direitos humanos, nos quais o Direito positivo deve se centrar, a partir de seus componentes axiológicos e da subordinação da lei à justiça.

Existiriam, assim, "[...] princípios fundamentais do direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo" (RADBRUCH, 1997, p. 417), cujos valores éticos afiguram-se indissociáveis e em relação aos quais o direito não pode deixar de render reverências.

Radbruch, portanto, desencadeia um movimento que propõe uma reação ao positivismo dogmático, sustentando a tese de que o direito não pode negligenciar seu substrato valorativo e que os valores figurariam como fundamento desse mesmo direito, a cuja concretude social restaria atrelado.

6.1.2 Ronald Dworkin e os direitos levados a sério

A obra de Ronald Dworkin passa por diversos momentos, sempre possuindo como pano de fundo a abertura semântica do Direito para a introspecção e convívio com os valores. Em *Levando os direitos a sério*, livro com primeira edição em inglês datada de 1977, Dworkin desenvolve uma teoria de combate às teses positivistas, especialmente aquelas sustentadas por Hebert Hart.

Recorde-se que Hart[3] era considerado um positivista inclusivo ou moderado[4], segundo o qual o Direito seria um sistema formado por regras primárias e secundárias, as primeiras estabelecendo modelos de conduta a serem seguidos (concedem direitos e obrigações) e as segundas fixando os modelos de procedimento para a criação das primeiras (forma de edição), todas fundamentadas na chamada regra de reconhecimento, traduzida pela aceitação do grupo acerca dos comportamentos estabelecidos pelo sistema. (HART, 2007).

Dworkin sintetiza suas críticas à teoria de Hart partindo da estratégia de que, sobretudo nos chamados casos difíceis (*hard cases*), os julgadores não podem ficar limitados às regras forçosamente impostas pela imperatividade do Direito, ainda que reconhecidas

[3] Sobre o positivismo de Hart, remete-se o leitor ao capítulo 1, item 1.2.1, "b".
[4] Embora na primeira versão de *O conceito de direito*, de 1961, Hart não estivesse tão claramente afastado dos postulados clássicos do positivismo clássico.

socialmente. Existiriam outros “padrões”, de natureza política e moral, a serem considerados, intitulados por Dworkin (2007, p. 36) como princípios.

Para Dworkin (2007), os princípios podem ser utilizados em sentido *lato* ou *stricto*. De maneira genérica, os princípios seriam o conjunto de padrões políticos e morais. Já no formato específico, os princípios estariam mais próximos das “[...] exigências de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2007, p. 36). A política refletiria um objetivo geral a ser alcançado, ressaltando os aspectos econômicos e sociais da comunidade.

Os princípios, assim como as regras, teriam sua relevância para o Direito. A diferença estaria nas respectivas dimensões. Inaugura-se, com isso, a primeira distinção teórica entre princípios jurídicos e regras jurídicas:

> A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. [...] as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. (DWORKIN, 2007, p. 39 e 42).

Regras e princípios não teriam a mesma densidade jurídica. Se, por um lado, os princípios ostentariam força obrigatória e vinculativa; por outro, não se poderia negar que sua aplicação não ocorreria com a mesma intensidade que ocorre com algumas regras. (DWORKIN, 2007, p. 46-47).

Isso não quer dizer que os princípios não poderiam obrigar: apenas o fazem de maneira diferente. Ademais, quando confrontados, os princípios se comportariam de modo diverso das regras. Estas,

> [...] ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem. (DWORKIN, 2007, p. 57).

O fato é que, a partir do momento que Dworkin (2007) torna os princípios relevantes para o Direito e aqueles refletem em si padrões de justiça e equidade (de índole eminentemente moral), a Filosofia do Direito reabre-se para as influências axiológicas.

A rigor, Dworkin (2007, p. 119) declara seu ataque às teses positivistas, principalmente aquelas que advogam uma estrutura hermeticamente fechada para o Direito e destituída de componentes morais. Para o autor, os juízes, ao se depararem com casos difíceis, não raro precisam se valer de regras e princípios, independentemente de um conjunto fixo de padrões.

Note-se que, até então, as teses positivistas de neutralidade moral do Direito ainda prevaleciam, embora amenizadas pelo positivismo moderado ou inclusivo. Contudo, nem mesmo a pequena permeabilidade dada pelos positivistas moderados às influencias éticas sobre o Direito[5] foram suficientes para afastar a ideia de validez da norma independentemente da moral.

Permanecia, dentre os positivistas, uma clara distinção entre norma jurídica e norma moral, sendo certo que as influências axiológicas não eram determinantes para a validade da norma, de modo que o sentido ético da prescrição possuiria apenas uma conotação acidental e não essencial.

Foi Dworkin que conferiu a teoria da norma uma nova perspectiva, enaltecendo a relevância dos princípios jurídicos e os estruturando a partir das premissas de equidade e justiça. O Direito entraria em uma nova era: a era dos valores.

6.1.3 Robert Alexy e a teoria dos direitos fundamentais

Para compreender a teoria de Robert Alexy, na sua relação com o enfoque argumentativo que aqui se pretende desenvolver, é necessário esclarecer que a análise será feita a partir do paradigma de abertura por ele conferida à inserção dos valores na composição das normas jurídicas.

A proposta de Alexy (2008, p. 51) baseia-se na estrutura das normas de direito fundamental. Segundo o autor, todo direito fundamental deve corresponder a uma norma de direito fundamental, a qual possui estrutura semântica especial. Visando melhor explicar sua teoria, Alexy se vale da diferença entre regras e princípios.

Conforme o autor, o ponto decisivo da distinção não reside no atributo normativo: ambos seriam normas jurídicas, ou seja, espécies do mesmo gênero normativo (ALEXY, 2008, p. 91). A diferença essencial situa-se no fato de que as regras são “mandamentos de

[5] Recorde-se que, em Hart (2007, p. 312), a regra de conhecimento (fundamento último do sistema normativo), poderia incorporar, como critério de validade, valores morais.

determinação" e os princípios "mandamentos de otimização", tratando-se, pois, de uma diferença qualitativa.

As regras, ao contrário dos princípios, são normas que dizem como algo deve ser feito, de modo que ou são satisfeitas ou não são. "Se uma regra vale, ela diz exatamente aquilo que exige; nem mais, nem menos" (ALEXY, 2008, p. 91). Já os princípios são mandamentos de otimização, porque estabelecem como algo deve ser da melhor forma possível, isto é, "[...] podem ser satisfeitos em graus variados". (ALEXY, 2008, p. 90).

A diferença estrutural não para por aí. Como os princípios possuem vários graus de aplicação, eventual colisão entre aquilo que dispõem não pode ser solucionada da mesma maneira que um conflito de regras. Isto porque, as regras antinômicas não conseguem conviver. Assim, "um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida" (ALEXY, 2008, p. 92).

Por seu turno, uma colisão de princípios deve ser resolvida pelo que Alexy (2008, p. 116-120) convencionou denominar de "máxima da proporcionalidade": primeiro o intérprete deve avaliar qual dos princípios em choque é o mais adequado ao caso concreto; em seguida, deve reduzir a incidência de um dos princípios colidentes ao limite do estritamente necessário à salvaguarda do direito envolvido e; em terceiro lugar, deverá sopesar, à luz da situação fática, qual dos princípios deve prevalecer, sem que isso elimine ou extirpe do ordenamento jurídico aquele que fora sobrepujado.

E em que medida Alexy (2008, p. 153) incorpora às normas jurídicas a teoria dos valores? Para o autor, os direitos fundamentais carregam em si os valores mais caros para a sociedade e o modelo normativo que melhor os compreende é estruturado sob a forma de princípios. Desse modo, os princípios teriam uma carga axiológica diferenciada, quando comparados às regras (ALEXY, 2008, p. 151).

Isso não quer dizer que não existam regras de direito fundamental. Porém, como a carga valorativa das regras é estática, os direitos fundamentais nelas expressados acabam restringindo seu campo de incidência e, por conseguinte, seu respectivo teor axiológico.

A partir do momento em que os direitos fundamentais materializam o substrato da dignidade humana, sua conformação normativa através de princípios (mandamentos de

otimização) permite que desfrutem da maleabilidade qualitativa necessária ao implemento fático-jurídico da melhor forma possível, alcançando um maior nível de efetividade.

O preceito de validade normativa – tão presente nas teorias juspositivistas clássicas – cede espaço para fundamentos valorativos no direito, afinal, as normas de direito fundamental possuem um núcleo axiológico que não lhes autoriza abandonar os aspectos morais e culturais em meio aos quais vive a sociedade humana.

Ao sistematizar as normas jurídicas em regras e princípios e infligir a estes uma conotação valorativa superior, Alexy aproxima ainda mais a dogmática jurídica dos componentes éticos intencionalmente afastados pelo juspositivismo clássico. E não apenas isso: também consolida o *status* materialmente constitucional dos direitos fundamentais, conduzindo os direitos privados em direção aos textos constitucionais.

6.2 A instância de valoração normativa e a importância dos princípios no processo de justificação ética do direito a partir das constituições

Uma das principais preocupações do juspositivismo clássico centrava-se na instância de validade da norma. A pergunta essencial era esta: por que o homem, dentro do mundo de liberdade, deve cumprir as normas dispostas no ordenamento? Afigurava-se imprescindível que a lei reunisse condições de imputabilidade, afinal "o decisivo no direito é que sua obrigatoriedade possa fazer-se valer" (VASCONCELOS, 2006, p. 236).

Contudo, a validade normativa não poderia situar-se fora do Direito, sob pena de carecer da merecida juridicidade. Daí porque a teoria kelseniana vincular a validade da norma à sua conformidade com o ordenamento e, por conseguinte, com a norma fundamental pressuposta, pautada num comando imperativo de observância forçada dos modelos de conduta estabelecidos (KELSEN, 1998, p. 148).

É bem verdade que o juspositivismo não ignorava a exigência de eficácia da norma, consubstanciada no assentimento social e no resultado prático medido pela sua respectiva realização. Contudo, mesmo do campo da eficácia, os teóricos juspositivistas rejeitavam a valoração normativa a partir de elementos éticos ou morais.

A norma jurídica positivista "[...] necessitava apenas ter vigência (validade formal) e eficácia (validade material)" (VASCONCELOS, 2006, p. 243), sendo juridicamente

inadequado e cientificamente impróprio reconhecer quaisquer instâncias de valor, visto que contrárias às pretensões de objetividade e certeza.

Todavia, a almejada neutralidade valorativa trouxe consigo uma série de distorções, sobretudo porque a justiça ou injustiça do comando estava reduzida à sua harmonia formal com o ordenamento. A norma se impunha pela simples ameaça de coatividade, e não por ser justa ou legítima.

Com o tempo, notadamente nos anos que sucederam a Segunda Grande Guerra, percebeu-se que as normas não poderiam prescindir das instâncias de valor. O fundamento normativo não deveria isolar-se das influências éticas de suas fontes materiais, tampouco da matriz axiológica que o legitima.

Na verdade, a norma é produto do dimensionamento entre fato e valor, entre forma e matéria, pois, "existindo ordem e justiça, haverá segurança e certeza. O que não pode é prevalecer a ordem sem a justiça, nem esta sem aquela. Sem ordem, não há como fazer justiça, e sem justiça não há meio de manter a ordem". (VASCONCELOS, 2006, p. 18).

Apesar de irrefutável, admitir que a norma sustenta-se sobre instâncias de valor não era suficiente para introduzir, de maneira metodologicamente aceitável, os componentes éticos na moldura normativa. Relembre-se que foi exatamente a neutralidade moral do direito que permitiu sua acomodação científica, e disso a teorética jurídica não poderia dispor.

É nesse ambiente que entram em cena os princípios, como espécies normativas dotadas de carga axiológica diferenciada. A despeito de a contemplação valorativa do direito de Gustav Radbruch ser cronologicamente anterior à filosofia dworkiniana, foi com Dworkin que os princípios receberam o festejado *status* jurídico.

Dworkin (2007, p. 39 e 42) relacionou os princípios a padrões de justiça e equidade, sem retirar-lhes a juridicidade. Ao diferenciá-los das regras, em grau qualitativo, preservou-os normativos e, ao mesmo tempo, introduziu-lhes elementos axiológicos. As regras seriam válidas ou inválidas, enquanto os princípios desfrutariam de uma dimensão de peso e importância, intercruzando-se entre a Política e a Moral.

Robert Alexy (2008, p. 90), por sua vez, propagou definitivamente os princípios como espécies normativas, ao lado das regras. Porém, colocou-os no patamar de mandamentos de

otimização, estatuindo aquilo que deve ser realizado da melhor forma possível, sem olvidar para a elevada densidade valorativa e os vários graus de satisfação, ínsitos ao aludido tipo normativo.

Hoje, não se duvida de que os princípios são espécies normativas e, precisamente por possuírem uma textura permeável à penetração dos valores, mostram-se mais ajustados ao disciplinamento dos direitos fundamentais, cujo núcleo conduz à matriz ética imponderável da dignidade humana. Conforme assevera Comparato (2006, p. 520), "as qualidades próprias dos princípios éticos nada mais são, na verdade, do que uma decorrência lógica do fato de se fundarem, em última análise, na dignidade da pessoa humana, reconhecida como paradigma supremo de toda a vida social".

Sendo os direitos fundamentais direitos humanos positivados (SARLET, 2011, p. 29), as normas que os expressam, especialmente aquelas de natureza principiológica, não poderiam ter outra morada senão o texto constitucional. O catálogo de direitos fundamentais é formal e materialmente imanente às constituições, traduzindo a consciência ética de um povo, num determinado tempo e espaço.

O ser humano não consegue desprender-se de sua consciência ética e, nessa proporção, administra seu agir: "os princípios éticos são normas que nos obrigam a agir em função do valor do bem visado pela nossa ação [...]. Esse valor objetivo deve ser considerado conjuntamente: no indivíduo, do grupo ou classe social, no povo, ou na própria humanidade". (COMPARATO, 2006, p. 500).

Através dos princípios e de sua correspondente conformação jurídica, as teorias normativas passaram a conferir relevância às instâncias de valoração da norma, produzindo a consistência necessária à solidez do processo de justificação ética do Direito, a partir dos direitos fundamentais contidos nas constituições democráticas.

Não é por acaso que o principialismo consiste em uma das propriedades cardeais do constitucionalismo moderno, viabilizando um enfoque personalista capaz de proporcionar uma compreensão mais humana do Direito e das normas que o compõem.

6.3 Neoconstitucionalismo e o primado da dignidade humana: um enfoque personalista

O constitucionalismo da segunda metade do século XX é marcado pelo protagonismo da dignidade humana como núcleo axiológico imponderável dos direitos fundamentais, bem

como pelo fortalecimento de políticas públicas democráticas e includentes, voltadas ao bem-estar da sociedade.

É bem verdade que o constitucionalismo social e o seu correlato paradigma estatal iniciam-se um pouco antes, no final da década de 1920, com as constituições mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919. Também é verdade que a preocupação mundial com a proteção do trabalho humano inaugura-se oficialmente com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no ano de 1919.

Entretanto, foram as constituições do pós-guerra que referendaram em seus textos o primado personalista de reconhecimento dos direitos fundamentais, inclusive os de índole social. E não apenas isso, consolidaram a adoção do modelo prescritivo da constituição como norma, ou seja, a força normativa da constituição.

Konrad Hesse (1991, p. 11) já dizia que a constituição não é apenas um documento político, tendo "[...] uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado". Tal força é adquirida sempre que a constituição "[...] logra realizar a pretensão de eficácia", que, por sua vez, assenta-se não apenas nos fatos que a legitimaram ou na vontade daqueles que a conceberam, mas no seu próprio conteúdo jurídico. (HESSE, 1991, p. 16-20).

Considerar a constituição como norma torna efetivos seus preceitos, exigindo do Estado uma postura ativa, no sentido de concretizar os respectivos comandos constitucionais, que, afinal, possuem conformação jurídica. Ademais, modifica o parâmetro interpretativo, afastando a passividade do hermeneuta e exigindo-lhe um compromisso com as implicações práticas da interpretação.

Associe-se a isso o fato de que os princípios passaram definitivamente a integrar o Direito, como fontes de obrigação e modelos de conduta a serem observados. Os valores ocuparam lugar de destaque nesse processo, tendo em vista a elevada carga axiológica dos princípios, que deram vida ao primado ético da dignidade humana também no plano normativo.

Exsurge, assim, uma nova perspectiva constitucional – ou melhor, neoconsticucional – que, de certo modo, opõe-se às teses básicas do positivismo clássico, carregando consigo outra visão acerca da relação entre *direito* e *valor*. Duarte e Pozzolo (2006, p. 79) sintetizam os principais traços do neoconstitucionalismo:

> a) a adoção de uma noção específica de Constituição como norma; b) a defesa da tese segundo a qual o direito é composto (também) de princípios; c) a adoção da técnica interpretativa denominada 'ponderação' ou 'balanceamento'; d) a consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito.

E não se trata apenas de considerar a força normativa das constituições ou mesmo reconhecer os princípios como espécies do gênero normativo; trata-se de propiciar uma aproximação inelidível entre normas e valores, através da constitucionalização dos direitos fundamentais.

O direito passa a estabelecer verdadeiro vínculo operacional com o humanismo: "É como dizer: o humanismo, alçado à condição de valor jurídico, é de ser realizado mediante *figuras de Direito*, que são os institutos e as instituições que ele, Direito Positivo, se decompõe e pelos quais opera" (BRITTO, 2007, p. 37). E esse vínculo entre direito e humanismo muda toda mentalidade constitucional e, por conseguinte, também do direito.

Em paralelo, a democracia é cada vez mais difundida como único regime político capaz de viabilizar o implemento prático do desiderato constitucional de realização dos direitos fundamentais:

> o quadro institucional no qual se insere a elaboração neoconstitucionalista é aquele das democracias constitucionais, caracterizadas pela positivação de uma Constituição longa e densa, que compreende [...] um mais ou menos extenso catálogo de direitos fundamentais. (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 79).

Não se fala, aqui, de qualquer democracia, mas especialmente daquelas capazes de assegurar o status civilizatório de seu povo. Como diz Ayres Britto (2007, p. 33-34), deve ser, portanto, uma democracia, ao mesmo tempo: *procedimentalista*, quando forma de governo; *substancialista*, quando a capacidade e operacionalizar os direitos e as políticas distributivas; e *fraternal*, expandindo a proteção dos direitos através de ações afirmativas.

O certo é que o paradigma neoconstitucional, dentro das dinâmicas de afirmação histórica dos direitos fundamentais e de evolução do constitucionalismo ocidental, representou emblemática superação da dogmática jurídica tradicional, de raízes positivistas, alinhando interesses públicos e privados em torno dos valores éticos da dignidade da pessoa humana.

6.3.1 Abordagem neoconstitucional do Direito: a evolução constitucional e a superação da dogmática positivista tradicional

O movimento neoconstitucionalista, para além de um conjunto de teorias de Direito Constitucional, representou uma nova abordagem sobre o Direito e suas normas,

desconstruindo algumas das teses mais aplaudidas do juspositivismo clássico: dentre as quais o formalismo legalista e a separação substantiva entre direito e moral.

Acontece que a boa compreensão da abordagem neconstitucional do Direito – e de como ela veio a promover a superação da dogmática positivista tradicional – passa, necessariamente, por uma análise evolutiva do constitucionalimo ocidental, bem como sua influência na afirmação normativa dos direitos fundamentais.

A história do constitucionalismo moderno no ocidente inicia-se com o paradigma do Estado Liberal, instituído a partir dos abalos institucionais gerados pelas revoluções Americana e Francesa, no final do século XVIII (DIPPEL, 2007, p. 1). Naquela ocasião, as constituições consagraram os denominados *direitos de liberdade*, de matriz individual e descomprometidos com os preceitos de isonomia material, o que se justificava tendo em vista a natural reação ao modelo centralizador antecedente.

Entretanto, a excessiva omissão estatal frente aos reclamos da comunidade, cujos integrantes eram tratados de maneira formalmente igual perante a lei, associados ao monopólio do capitalismo industrial, provocou inúmeros problemas sociais, deflagrando a exigência de uma postura estatal interventiva, o que culminou com a superação estrutural do modelo de Estado Liberal pelo de Estado Social.

Delgado e Delgado (2017, p. 26-27) esclarecem que o Estado Social de Direito passou por duas fases bem definidas: uma inicial, na aurora do século XX, com a constitucionalização dos direitos sociais; e outra logo após a Segunda Grande Guerra, com as políticas de *welfare*.

A primeira fase do Estado Social restou maculada pelos abalos bélicos da década de 1940, que impossibilitaram a consecução de políticas públicas inclusivas e igualitárias. Na sua segunda fase, compreendida entre os anos de 1950 e 1970[6], o Estado Social foi conclamado à efetividade, favorecendo a constitucionalização dos *direitos de igualdade*.

Iniciou-se, daí, um processo massivo de expansão constitucional, que alçou os direitos sociais ao patamar de normas formal e materialmente constitucionais, além de remodelar a própria interpretação constitucional pela presença das instâncias valorativas trazidas pelos

[6] O período compreendido entre os anos de 1950 e 1970 traduziu o que Hobsbawn (1995, p. 253) chamou de "anos dourados" para os países capitalistas desenvolvidos.

princípios. O Direito privado, antes relegado aos textos de lei, inseriu-se de uma vez por todas no bojo das constituições.

Todavia, a última quadra do século XX vivenciou um momento histórico de "encruzilhada" para o humanismo: trata-se da passagem do capitalismo industrial para o capitalismo financeiro, com a consequente globalização da economia. Comparato (2006, p. 433) destaca o aprofundamento das desigualdades gerado por essa transposição e sua consequente desagregação social.

Por outro lado, nada obstante a globalização do capital financeiro, cresceu entre os povos a percepção ética de que todos são iguais em dignidade (COMPARATO, 2006, p.433), de modo que o Estado não pode simplesmente negligenciar seu papel de protagonista na promoção e efetivação dos direitos fundamentais, mesmo sob o ataque constante de ofensivas neoliberais.

Para o Direito, a centralidade humana revelou-se alicerce normativo inelidível, o que, aliado à abertura semântica conferida pelos princípios à teoria dos valores, oxigenou o ordenamento com uma visão cada vez mais personalista, especialmente em se tratando de normas constitucionais, através das quais se expressam os direitos fundamentais.

Assim, o final do século XX viu nascer uma reconstrução da dogmática jurídica constitucional: com a releitura de conceitos, elaboração e desenvolvimento de novas categorias jurídicas e interação com outros domínios (BARROSO, 2009).

As normas constitucionais, ao conferirem as bases jurídicas de uma nova postura estatal, tiverem de abandonar o caráter meramente descritivo e se abrir a uma hermenêutica evolutiva, capaz de incorporar não apenas instâncias de validez e legitimação do *status quo*, mas instâncias de valor e transformação da realidade.

Relembre-se que a dogmática positivista tradicional via a constituição como legitimadora do ordenamento, através da qual o Direito poderia mostrar sua força, cabendo à sociedade tão somente primar pela observância das determinações, expressadas formalmente através das leis, desprovidas de substrato axiológico.

Ocorre que as normas constitucionais, estatuídas e interpretadas mediante postulados positivistas tradicionais, sequer conseguiriam juridicizar os direitos fundamentais, impregnados de componentes valorativos. As normas de direito fundamental, tal como hoje

reconhecidas, encontrariam enorme dificuldade de serem consideradas jurídicas em tempos de positivismo dogmático.

Não é por acaso que o Direito pós-moderno propõe um novo panorama constitucional, apto a permitir a *percepção moral da constituição* (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 103), defendendo a prioridade de justiça concreta em detrimento da certeza abstrata da legalidade. Essa composição, jungida à constatação de que a norma – sobretudo a de direito fundamental – é dotada de elementos valorativos, ensejou uma série de novos postulados metodológicos para o direito, intitulados neoconstitucionalistas.

Duarte e Pozzolo (2006, p. 64-73) apresentam um modelo sistematizador das propriedades do neconstitucionalismo, algumas das quais, por sua relevância, serão a seguir destacadas.

A primeira é o *pragmatismo*, segundo a qual as normas constitucionais não podem ignorar as influências sociais e políticas. O pragmatismo opõe-se ao caráter cientificista do juspositivismo, reconhecendo a orientação do direito também para a prática e, por conseguinte, para os fenômenos sociais. (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 64-65).

A segunda é o *principialismo*, acomodando a introdução definitiva das instâncias de valor no direito. Aquilo que o juspositivismo clássico denominava metafísico e pregoava ínsito ao direito natural, passa a revestir-se de juridicidade e fazer parte da categoria normativa dos princípios. O neoconstitucionalismo aceita uma conexão entre direito e moral, expressada "[...] através dos princípios jusfundamentais que servem como pautas morais e jurídicas para a correção dos argumentos jusfundamentais" (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 66).

A terceira consiste no *estatalismo-garantista*, ou seja, o Estado deve ser dotado de mecanismos institucionais para a garantia e tutela dos direitos fundamentais. É imperiosa a segurança jurídica nos meios sociais para a efetivação dos direitos humanos, e o Estado apresenta-se como instância essencial a esse desiderato (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 67).

A quarta é o *judicialismo ético-jurídico*, assim entendido como a possibilidade do uso adequado de juízos éticos nas decisões e interpretações judiciais. Isso não significa dizer que o operador do direito deve abandonar o tecnicismo hermenêutico, nem tampouco que tal postura importaria numa irresponsável discricionariedade interpretativa. Na realidade,

> [...] a tese neoconstitucionalista do judicialismo ético-jurídico propugna que a dimensão de justiça pretendida pela aplicação judicial comporta a conjunção de

> elementos éticos aos elementos estritamente jurídicos, confluindo, portanto, à tese da conexão entre direito e moral. (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 67).

A quinta situa-se no *interpretativismo moral da constituição*, autorizando uma leitura constitucional condizente com os valores constantes no regime democrático, o que possibilita o diálogo entre o discurso jurídico e o discurso moral, tendo em vista o núcleo imponderável da dignidade humana. (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 68).

A sexta é o *pós-positivismo*, que se opõe ao modelo neutro e puro sustentado pelo juspositivismo dogmático. Os teóricos do positivismo clássico advogavam a tese de que o Direito somente seria considerado científico se seu estudo utilizasse exclusivamente o método normativo, desprovido de substrato axiológico. O pós-positivismo flexibiliza essa perspectiva, tornando o Direito mais dúctil aos juízos de valor (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 68-69).

A sétima e última é a assimilação do *juízo de ponderação*. A partir do momento em que o Direito eleva os princípios à categoria normativa, eventuais antinomias constitucionais não podem ser dirimidas pelos critérios tradicionais (hierárquico, cronológico ou de especialidade). É fundamental que a hermenêutica constitucional perfilhe a variação de carga valorativa dos princípios, sopesando aqueles que, à luz do caso concreto, possam melhor efetivar os preceitos constitucionais. (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 69-70).

A conjugação das propriedades centrais do neoconstitucionalismo (pragmatismo, principialismo, estatalismo-garatista, judicialismo ético-jurídico, interpretativismo moral da constituição, pós-positivismo e juízo de ponderação) viabiliza a superação da dogmática positivista tradicional, sem que sua importância para a teoria do Direito seja olvidada.

No paradigma neoconstitucionalista, o conceito de Direito – limitado ao conjunto de normas edificadas sob os pilares de vigência e eficácia – cede espaço para uma nova definição, que associa o arquétipo formal de validez normativa à densidade valorativa, tendo na constituição não apenas um documento imperativo e legitimador do sistema, mas o *locus* principiológico dos direitos fundamentais, dotados de justificação ética e força normativa. (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 72).

6.3.2 Uma aproximação entre o público e o privado

A propagada dicotomia entre o público e o privado não é recente nos domínios do Direito. Os primeiros registros dessa grande divisão no pensamento jurídico ocidental

remonta o *Corpus Juris Civilis* romano, passando pela Grécia antiga e pelo medievo, até atingir seu relevo mais expressivo, em termos normativos, com as codificações oitocentistas (FACCHINI, 2003, p.15-21).

Sabe-se que o Estado Liberal, produto das revoluções ocorridas no final do século XVIII, enquanto movimento de reação à centralização política antecedente, provocou uma separação mais nítida entre o público e o privado. Alie-se a isso o fato de as formações sociais capitalistas abraçarem a burguesia como novo segmento social, gerando uma significativa alteração nas relações econômicas daquela época, delimitando mais claramente o âmbito dos particulares, no qual o Estado não poderia interferir.

Era natural que o anseio de liberdade e o individualismo, característicos daquele momento histórico, desencadeassem uma ética social de proteção à propriedade privada e à autonomia da vontade, de modo que o direito, através das leis, deveria garantir esse espaço de convívio particular, com o mínimo possível de intervenção estatal.

Juridicamente, os códigos civis, analíticos e pretensamente completos, fariam o papel de conferir a merecida segurança jurídica às relações privadas, mediante um tratamento formalmente igualitário de todos em direitos e obrigações. "Os códigos civis deste período caracterizam-se por estarem centrados na propriedade [...], no voluntarismo jurídico, na liberdade e autonomia contratual, na igualdade meramente formal" (FACCHINI, 2003, p. 20).

Na medida em que os códigos colocavam o indivíduo em uma realidade abstrata, por meio de uma textura normativa parametrizada pelos interesses subjetivos dos particulares; as constituições, na qualidade documentos essencialmente políticos, prescreviam apenas os programas de gestão e os limites gerais de governo, pouco ou nada versando sobre as relações intersubjetivas. Havia, pois, um nítido distanciamento entre as leis civis (direito privado) e os preceitos constitucionais (direito público).

Essa distância começa a diminuir na segunda metade do século XIX, com o advento do capitalismo industrial e a necessidade de o Estado intervir no sentido de minimizar o fosso social gerado pelo crescimento das desigualdades substanciais. Nesse particular, abre-se um parêntese para destacar a importância das relações de trabalho no processo de aproximação entre o Estado e a Sociedade.

Como cediço, a exploração do trabalho humano e as consequências sociais dela decorrentes tornou visível o equívoco absenteísta. “O Estado legislador movimenta-se então mediante leis extracodificadas, atendendo às demandas contingentes e conjunturais, no intuito de reequilibrar o quadro social delineado pela consolidação de novas castas econômicas [...]”. (TEPEDINO, 2008, p. 4).

Ressalte-se, contudo, que a postura interventiva do Estado, iniciada no final do século XIX, não representou a consolidação da dinâmica de constitucionalização do direito privado. Como bem esclarece Tepedino (2008, p. 5), constituiu um momento de edição da chamada “legislação de emergência”, que, apesar de extracodificada, “[...] pretendia-se episódica, casuística, fugaz, não sendo capaz de abalar a dogmática do direito civil”.

No que tange aos direitos sociais, embora as constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, tenham inaugurado a positivação dessa categoria de direitos fundamentais, não se pode dizer que as demais constituições do ocidente fizeram o mesmo em idêntico período.

Foi somente em meados do século XX, após o encerramento da Segunda Guerra Mundial, que os direitos sociais – notadamente trabalhistas e previdenciários – passaram a ser expressamente contemplados nos textos constitucionais.

“O período do constitucionalismo social dos países ocidentais que sucede o pós-guerra procura endereçar o Estado no sentido da promoção da igualdade substancial, mesmo que por vezes isso implique reduções ao espaço de liberdade econômica” (FACCHINI, 2003, p. 22). Diferentemente do que ocorrera em momento anterior, o público, através do Estado, passa a liminar a autonomia privada, interferindo com mais intensidade nas relações particulares, em prol do bem coletivo.

Paulatinamente, o Direito Privado volta-se em direção às constituições, que passam a ter sua força normativa reconhecida e, ao mesmo tempo, projetam-se nas formações sociais democráticas como expressão positiva dos direitos fundamentais, cujo núcleo essencial reside na proteção e fomento da dignidade da pessoa humana.

O empenho de constitucionalização dos direitos privados, por intermédio do princípio básico e imponderável da dignidade humana, consolida-se nas décadas finais do século XX, alterando definitivamente o alicerce sobre o qual se sustentava o direito privado, que

abandona o eixo patrimonialista de outrora e se foca na matriz existencial, cujo ser humano é o centro das preocupações.

Disso resulta que público e privado passam a estabelecer um diálogo cada vez mais próximo, ficando a distinção relegada a um plano secundário, eis que a vida humana habita, concomitantemente, os dois polos: "são dois lados da realidade do homem, entre cujas constantes históricas e antropológicas [...] se inclui esta constante, de ser particular e ser público, de viver consigo mesmo e com os outros" (SALDANHA, 1986, p. 26).

Uma das importantes contribuições da aproximação entre o público e o privado revela-se na eficácia dos direitos fundamentais. Não é mais possível ignorar a oponibilidade dos direitos fundamentais aos particulares, dada a difusão dos centros de poder e a sujeição de todos aos postulados axiológicos da constituição.

Referida eficácia pode ser mediata ou imediata. A primeira é mediada pelo legislador, na edição de leis que concretizam os direitos fundamentais; ou mediada pelo juiz, que materializa tais direitos em suas decisões. Já a segunda se perfaz sem qualquer mediador, expandindo-se a partir do próprio texto constitucional (UBILLOS, 2003, p. 309-317).

É bem verdade que a diluição social identificada no início do século XXI, pautada pela superfluidade e pelo consumismo excessivo, minou o núcleo personalista dos direitos fundamentais, trazendo consigo um esboço de retorno ao individualismo patrimonialista.

Isso não quer dizer, todavia, que o substrato axiológico da dignidade humana, presente em todo e qualquer direito que ostente a qualidade de fundamental, deva ser esquecido. Ao revés, trata-se de um aceno claro à necessidade de criar todo um conjunto de proteção jurídica aos valores constitucionais consagrados, não apenas vedando o retrocesso, como difundindo o catálogo de direitos fundamentais.

6.3.3 O exemplo do Direito Civil

Parece consenso que o Direito Civil apresenta-se como expressão maior do Direito Privado. Ao regulamentar as relações havidas entre os particulares, as leis civis desde há muito ostentam seu protagonismo do campo privatístico, disciplinando os contratos, a propriedade, as relações familiares, a capacidade e as responsabilidades das pessoas.

Obviamente que o Direito do Trabalho não foge a essa tendência, pois seus mandamentos destinam-se à regulação de um vínculo intersubjetivo igualmente privado. Contudo, a significativa incidência de normas cogentes na relação laboral torna o Direito do Trabalho um segmento diferenciado, eis que pautado por um dirigismo estatal mais visível, dada a necessidade de minimizar as desigualdades substanciais entre os sujeitos da relação.

Nada obstante, foi em torno do Direito Civil que, durante a maior parte do século XIX, vigorou a ideia de completude do ordenamento, associada à pretensão de disciplinamento dos vínculos privados em uma única lei. Trata-se da denominada *Era das Codificações*, na qual "o Direito Civil codificado, em sua construção conceitualista e formal-dedutiva, pretensamente completa, cumpria com excelência as funções para as quais fora concebida." (FINGER, 2000, p. 88), criando uma vala entre aquilo que interessava normativamente ao direito e aquilo que não interessava.

É que, em termos normativos, as codificações oitocentistas (bem como aquelas consideradas tardias, como o código civil brasileiro de 1916), promoviam uma ruptura entre os direitos que deveriam ser mantidos dentro do sistema jurídico e aqueles que não teriam espaço de regulação. "Ao eleger e juridicizar determinadas categorias [...], o sistema codificado permite somente a entrada das situações reais a elas correspondentes, permanecendo as que não sofrem a incidência das normas no campo não jurídico". (FINGER, 2000, p. 89).

E o que verdadeiramente interessava às leis civis do século XIX? Ora, em meio ao fato histórico e social do liberalismo econômico, na autora do capitalismo industrial, o interesse não poderia ser outro senão a proteção da propriedade privada. Na realidade, era "a propriedade (em especial a imobiliária) que cumpria, na época, o papel de materializadora da riqueza, proclamada sagrada, representando o fundamento da liberdade entre os indivíduos perante o Estado" (FINGER, 2000, p. 87).

O Direito Civil codificado era, portanto, essencialmente patrimonialista, pois o patrimônio expressava, a um só tempo, a liberdade individual e a autonomia da vontade, de modo que o homem livre poderia, através dos contratos e sob o manto da segurança jurídica conferida pelas leis, acumular e fazer circular suas riquezas, sem qualquer intervenção do Estado. Não havia preocupações evidentes com questões existenciais ou personalistas, já que

a força motriz da sociedade centrava-se da propriedade privada e o poder político situava-se cada vez mais nas mãos dos grandes proprietários.

Nem é preciso dizer que a propriedade privada das grandes codificações civis não exercia qualquer função social. Aliás, o uso e disposição dos bens sequer poderiam sofrer limitações nas exigências de bem-estar coletivo. Cabia ao indivíduo – e somente a ele – decidir o que fazer com seu patrimônio, relegando-se às leis a incumbência de conferir segurança jurídica aos contratos e demais pactuações intersubjetivas.

O mito de completude e autossuficiência dos códigos civis começa a ruir no final do século XIX e início do século XX, sobretudo em razão da propagada questão social. O excessivo absenteísmo estatal abriu espaço para a intensificação das desigualdades e a matriz patrimonialista das leis civis foi subvertida por uma realidade de dominação e degeneração sociais.

Paulatinamente, o eixo do ordenamento desprende-se das codificações em direção à legislação extravagante (extracodificada). "Trata-se do deslocamento do monossistema simbolizado pelos códigos totalizantes, em direção ao polissistema legislativo, adotando-se microssistemas que gravitam ao lado do Código Civil. É o advento da chamada *Era dos Estatutos*". (FACCHINI, 2003, p. 23).

Note-se que as constituições, até então, não figuravam no topo da pirâmide do ordenamento, visto que sua capacidade de incidência direta e imediata continuava maculada pelo ceticismo normativo. Todavia, o movimento de descodificação deflagrado, embora em direção a leis extravagantes, já representava uma dinâmica de introdução de alguns ditames constitucionais nas relações privadas.

Nesse ponto, abre-se um parêntese para dizer que, mesmo nas *Eras dos Códigos ou dos Estatutos*, o Direito ainda detinha enorme dificuldade de ser considerado científico, a partir de métodos e padrões epistemologicamente objetivos. Isto porque, os postulados do chamado Direito Natural permaneciam exercendo forte influência na compreensão e aplicação do Direito Civil, de modo que os valores éticos do moralismo cristão continuavam dando o tom da normatização privada.

Não é à toa que uma das teses do juspositivismo clássico residia na neutralidade normativa, com retorno a um legalismo avalorado, que espelhasse no comando da norma a

força da coação estatal. Tem-se, pois, que a lei do sistema positivista, especialmente aquele inaugurado a partir do purismo kelseniano, enaltecia uma norma diferente daquela formalizada nas codificações e estatutos civis, transitando de mandamentos moralistas para ordens desprovidas de qualquer substrato valorativo.

Acontece que todo o contexto político-normativo do ocidente foi modificado pelas duas grandes guerras mundiais. O ser humano e a defesa de sua dignidade adquire o núcleo das preocupações normativas. As constituições começam a atrair direitos antes relegados aos estatutos civis e os princípios constitucionais assumem um papel inspirador de todo o ordenamento. O Direito Civil inicia um processo gradativo de caminhada rumo às constituições.

Nas décadas finais do século XX, a globalização econômica e o pluralismo social provocaram uma verdadeira difusão de novos direitos, com valores e ambições sociais diferentes. É o início da intitulada *Era dos Direitos*, na qual a ciência jurídica se depara com uma incômoda sensação de incapacidade do modelo normativo tradicional em conferir plena eficácia ao rol de direitos conquistados, delineando seus fundamentos através de outras espécies normativas, passíveis de melhor prescrever suas prioridades axiológicas. (TEPEDINO, 2006, p. 8-9).

O patrimônio e a propriedade privada perdem sua centralidade, de maneira que "[...] os princípios adotados no Texto Maior configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento". (TEPEDINO, 2006, p. 13). Ocorre uma reconstrução das categorias de direito civil, ensejando o que Finger (2000, p. 93) chama de "modificação do centro geométrico do ordenamento jurídico", com a mudança de paradigma normativo e a repersonalização do Direito Civil.

"O Direito Civil constitucionalizado parece estar em busca de um fundamento ético, que não exclua o homem e seus interesses não patrimoniais, na regulação patrimonial que sempre precedeu o ser" (FINGER, 2000, p. 95). As questões existenciais passam a se mostrar relevantes para o Direito Civil, que se desprende definitivamente de suas origens exclusivamente patrimonialistas, dando azo a uma nova dogmática do Direito Privado.

> Disto tudo decorre a necessidade de construção de uma nova dogmática do direito privado, com coerência axiológica. Para tanto, na construção dessa dogmática, há de se diferenciar, em primeiro lugar, as relações jurídicas patrimoniais das relações jurídicas existenciais, já que fundadas em lógicas díspares. Tal diversidade valorativa deve preceder, como premissa metodológica, à atividade interpretativa. A pessoa humana é

> o centro do ordenamento, impondo-se assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais. Em outras palavras, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais. (TEPEDINO, 2009, p. 32).

Olhar o Direito Civil sob a ótica existencial significa aproximá-lo das constituições democráticas modernas, cujos preceitos refletem a tessitura dos direitos fundamentais, concebidos na gênese da dignidade da pessoa humana. Trata-se de uma inovadora dinâmica na estrutura sistêmica do Direito Privado, desencadeando uma tendência jurídica que se convencionou nominar *direito civil-constitucional*.

Tepedino (2008, p.1-23) exemplifica algumas consequências normativas da constitucionalização dos direitos civis, com amparo nas respectivas premissas metodológicas: (i) a função social da propriedade, colocando o patrimônio a serviço da pessoa e não o contrário; (ii) o dirigismo contratual, com limitação da autonomia da vontade; (iii) a família funcional, que deixa de ser valorada como instituição e passa a ser entendida como meio de realização da dignidade de seus componentes; (iv) a responsabilidade objetiva, preocupando-se mais com a vítima do que com o infrator; (v) a igualdade enquanto respeito às diferenças, estabelecendo um diálogo entre retribuição e distribuição.

> A constitucionalização do Direito Civil pode ser suscintamente compreendida como o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais deste ramo. Os princípios constitucionais civilistas passam então a ser de observância obrigatória e vinculam a legislação civil infraconstitucional, seja no momento de sua elaboração, seja na sua interpretação e aplicação (TEODORO, 2016, p. 54).

Hoje, o direito civil-constitucional é uma realidade normativa e hermenêutica, desnudando as leis civis para a importância das questões existenciais, de caráter ético-valorativo. O neconstitucionalismo, por sua vez, exerceu importante função, ao promover uma "[...] remoralização do fenômeno jurídico, mitigando a separação entre o direito e a moral" (ALENCAR; BRITTO, 2015, p. 158). Na medida em que o neoconstitucionalismo apregoa a expansão constitucional a partir dos direitos fundamentais, o Direito Civil nutre-se de uma concepção normativa impregnada de eticidade e umbilicalmente atrelada aos preceitos de dignidade.

6.4 Direito privado contemporâneo e o esboço de uma contradição: o direito civil personalizado e o direito do trabalho patrimonializado

O século XXI colocou o Direito Privado diante de novos desafios. A *Era dos Direitos* demonstrou a insuficiência da dogmática tradicional, alicerçada nos códigos e na rigidez legislativa, para o disciplinamento da moderna dinâmica social. O mundo jurídico abriu-se

para as normas principiológicas, a partir do valor ético da dignidade do ser humano, conferindo uma conotação personalista à convivência coletiva.

Por outro lado, o pluralismo social associado à superfluidade do capital financeiro, gerou o fenômeno da globalização econômica, acirrando a competitividade empresarial e criando um movimento reverso, de reavivamento do núcleo patrimonial nas relações e fomento ao consumo desenfreado. No campo da economia, as influências patrimoniais têm sido evidentes.

Dentro desse "turbilhão", o Direito Privado desenvolve-se em meio a uma contradição: enquanto o Direito Civil abandona sua origem patrimonial rumo à personalização consagrada nas constituições democráticas; o Direito do Trabalho desprende-se de suas fontes materiais personalistas e se apega aos componentes econômicos deixados pelo juspositivismo, caminhando em direção à patrimonialização.

É visivelmente paradoxal o momento vivido pelo Direito Privado.

O Direito Civil aproximou-se definitivamente das constituições, reconhecendo o eixo existencial da dignidade humana e a importância dos valores éticos que a suportam. Imbuídos por um "espírito personalista", os civilistas concebem e interpretam seus institutos de acordo com elementos culturais humanitários, impregnando de moralidade o arcabouço normativo correlato.

Já o Direito do Trabalho vem lidando de maneira diferente com as tendências neoliberais da alta modernidade, que fragilizam os laços laborativos e descentralizam a produção. Como destaca Teodoro (2016, p. 55), "este novo modelo de Estado Neoliberal que se delineia visa romper com as 'relações diplomáticas', firmadas no Estado Social, entre capital e trabalho".

A análise econômica do Direito do Trabalho é cada vez mais frequente e a função econômica da norma trabalhista tem tomado conta dos discursos político-jurídicos, especialmente por parte daqueles que atribuem ao Direito Laboral uma indevida responsabilidade pelos índices de ocupação e empregabilidade.

As temidas crises da economia, apesar de cíclicas e constantes, renovam no ambiente capitalista a pseudo necessidade de flexibilização dos direitos trabalhistas, sempre alimentada em diagnósticos de desemprego e empobrecimento social.

Obviamente que o Direito do Trabalho, ao disciplinar as relações individuais e coletivas estabelecidas em uma atmosfera de produção e circulação mercantil, acaba criando veias na economia. Isso não quer dizer, todavia, que a norma trabalhista deva ser analisada estritamente a partir de postulados econômicos, sob pena de desnaturação.

Flexibilizar em tempos de crise econômica é, na verdade, uma abertura inconteste para a desregulamentação. É esquecer que a causa do Direito do Trabalho não está em fomentar modelos econômicos, sejam eles quais forem. Daí a necessidade de resgate do cerne personalista e humanístico que pautou o Direito do Trabalho na sua origem e que, atualmente, emerge como matriz axiológica imponderável na quase totalidade das constituições democráticas do século XXI, inclusive na brasileira.

O Direito Privado precisa urgentemente superar essa contradição pós-moderna – que humaniza o Direito Civil e patrimonializa o Trabalhista, a despeito de ambos restarem consagrados constitucionalmente, mediante reconhecimento da respectiva fundamentalidade em torno do ser humano e de sua dignidade.

7 DIREITO DO TRABALHO E A FLUIDEZ NEOLIBERAL: NECESSÁRIO RESGATE DOS FUNDAMENTOS ÉTICOS DA NORMA TRABALHISTA

Se, no campo jurídico, o neoconstitucionalismo representou um divórcio da teoria normativa com algumas das teses mais aplaudidas do juspositivismo dogmático; no âmbito econômico, o neoliberalismo trouxe consigo uma nova roupagem para o capitalismo pós-moderno, tendo em vista a massificação do consumo e a globalização da economia.

O modelo neoliberal recuperou o discurso não interventivo de outrora, desta feita de modo bem mais sofisticado, aproveitando-se dos efeitos da globalização econômica para sustentar um revigorado império do mercado sobre o ser humano. Globalização que, hoje, se apresenta não apenas como uma simples fase do capitalismo, mas como processo, mediante o qual, a depender da intensidade e da maneira como incide sobre o catálogo de direitos fundamentais, pode ou não representar um fenômeno destrutivo do primado do trabalho no âmbito dos direitos sociais (DELGADO, 2007, p. 12).

Paralelamente, a fluidez do consumo passou a ditar os rumos das demandas econômicas nos mais variados países, fazendo com que o mercado de produção – ora influenciando, ora sendo influenciado pelos inúmeros indicadores financeiros – paute-se por uma agenda cada vez mais volátil, não raro criando novas (des)necessidades para o incremento das vendas, sempre com o auxílio de agressivas campanhas publicitárias.

Inevitavelmente, a hegemonia capitalista acaba por fortalecer, nos domínios do Direito, a orientação de que a norma deve legitimar a economia (e vice-versa), reduzindo o ordenamento à racionalidade do mercado, como se todas as avaliações do Direito devessem se esgotar em análises econômicas, sem perceber que as soluções jurídicas, embora possam se tornar mais eficientes com o emprego de sistemas e critérios econômicos, também passam pelo consentimento formulado em termos eminentemente éticos e políticos (PERLINGIERI, 2007, p. 64).

Por outro lado, de forma curiosamente contraditória, talvez em tempo algum a dignidade humana haja desfrutado de tamanha evidência nos textos constitucionais do

ocidente, enquanto núcleo axiológico dos direitos fundamentais. A Segunda Grande Guerra deixou a certeza de que o zelo pelo ser humano não pode ser ignorado, persuadindo o Direito a voltar os olhos para os fundamentos éticos.

O Direito Privado (notadamente o civil), antes essencialmente patrimonialista, aproximou-se das constituições justamente em torno da matriz personalista, criando barreiras para a expansividade das teorias que apregoam uma análise exclusivamente econômica da norma jurídica. Como sustentáculo desse movimento desponta o neoconstitucionalismo, com sua percepção moral da constituição, conduzindo as qualidades necessárias a uma conotação pós-positivista do ordenamento.

Por ser ambivalente, o Direito do Trabalho, nos anos finais do século XX e início do século XXI, vê-se novamente inserido na realidade dicotômica que permeia o jurídico e o econômico, agora marcado pelas adaptações que sofrera no processo de institucionalização inicial, em tempos de positivismo dogmático.

Diferentemente do que parece ocorrer com o Direito Civil, as normas trabalhistas vêm sendo alvo de um progressivo processo de desconstrução, intensamente chancelado por avaliações predominantemente econômicas, que confundem causa com consequência e minam os pressupostos personalistas que tanto impulsionaram as fontes materiais do Direito Laboral.

Em meio a esse cenário de fluidez neoliberal, o Direito do Trabalho, propositalmente ou não, termina sendo significativamente impactado pelo "pecado original" positivista, que sobrelevou seus fundamentos econômicos para torná-lo jurídico em tempos de assepsia moral da norma jurídica. Não por acaso, o Direito do Trabalho tem encontrado enorme dificuldade de reafirmar-se no mundo contemporâneo, embora se saiba que o desenvolvimento econômico somente caminhará bem se for ao lado de um desenvolvimento democrático, social e inclusivo.

Daí a necessidade de resgate dos fundamentos éticos do Direito do Trabalho, revisitando suas fontes materiais personalistas, com vistas a aproximar as normas laborais dos princípios que regem os direitos fundamentais constitucionalizados, permitindo não somente a concepção, mas a implementação dos postulados metodológicos de um verdadeiro direito constitucional do trabalho.

7.1 A fluidez neoliberal e a desconstrução da norma trabalhista

Hoje não se duvida que o neoliberalismo, muito mais do que um modelo econômico, constitui uma opção política, pautada pelo resgate de teses não intervencionistas, alicerçadas na ideia de que o livre mercado é capaz de, por si só, gerar um círculo virtuoso de desenvolvimento social: "sua lógica é simples e se reduz a desregular a economia, retirar os entraves estatais à livre-iniciativa e resgatar o mercado e o sistema de preços com as forças soberanas na alocação dos fatores produtivos." (PRADO, 2009, p.23-24).

Contudo, a compreensão do neoliberalismo e de seu avassalador crescimento nos anos finais do século XX passa pelo entendimento da própria sociedade e de como a fluidez das relações, inclusive as de trabalho, arou campo fértil para a ascensão do desejo de retorno à desregulação econômica e ao consequente império de um *laissez-faire* pós-moderno.

O século XX retratou o exemplo mais claro de uma reviravolta semântica em torno da economia e dos anseios que, a partir dela, puderam se disseminar nas formações sociais do ocidente.

Ao se regressar às três décadas posteriores à Segunda Guerra Mundial, em época que a história convencionou denominar de "anos gloriosos", vê-se um movimento de significativa abundância, com os valores sociais influenciando a organização do mundo produtivo: "direitos humanos, trabalhistas, pleno emprego, distribuição de renda e cidadania invadiam as relações sociais e econômicas". (PRADO, 2009, p. 16).

A dinâmica da sociedade era diferente, na medida em que se desenvolvia dentro de um panorama bem mais estável, num ambiente em que as pessoas primavam por uma ordenação duradoura de suas vidas, características estas que fizeram Bauman (2001, p. 36) intitular tal período de "modernidade sólida ou pesada", dada a homogeneidade compulsória das diversas expressões elementares de vivência coletiva.

Ocorreu que a última quadra do século XX não apenas viu nascer como, de fato, presenciou um significativo avanço na desintegração da solidez de outrora. Três elementos podem ser apontados como os principais responsáveis por essa fluidez pós-moderna: (i) o trabalho e a mudança no modo de produção; (ii) o consumo e as novas (des)necessidades; e (iii) o capitalismo financeiro-especulativo e a globalização.

Nos domínios do trabalho, os modelos de produção *fordista*[1] (com predomínio do início do século XX até os anos de 1970) e *toyotista*[2] (com predomínio a partir do final da década de 1970) certamente perfazem aqueles que melhor representam as alterações sofridas pelas relações laborais.

O modelo de produção *fordista* é, no dizer de Prado (2009, p. 54), de "escala e de régua", sustentado no sonho capitalista de que a oferta gera a sua própria demanda: é o modelo da "[...] produção em massa, em grande escala, que empurra a oferta para o mercado. É o mundo dos grandes estoques". Prevalecia a ideia de que, quanto maior a produção, menor o preço por unidade, de modo que, primeiro deve-se produzir, para depois vender.

Entra em cena o arquétipo industrial centralizador dos grandes pátios fabris e da produção em série, cujos investimentos voltavam-se para dentro do empreendimento, racionalizando os procedimentos e tornando-os cada vez mais padronizados. O modelo *fordista* não ficou restrito a Ford Motor Company, expandindo-se para outras indústrias, que "[...] também passaram por uma dinâmica de concentração e centralização de capitais" (PRADO, 2009, p. 65).

Todavia, a concentração que, no modelo *fordista*, visava acelerar o processo produtivo e intensificar a elaboração das mercadorias, aglomerou os trabalhadores no mesmo espaço fabril, favorecendo o surgimento de uma consciência de classe até então inimaginável. Não por acaso, a modernidade sólida revelou o trabalho – especialmente o emprego – como o maior expoente de sua ambiência, cuja pretensão de perpetuidade afigurava-se evidente.

O trabalho assalariado é colocado como condição normal do ser humano, sem o qual desregrariam a miséria e as privações (BAUMAN, 2001, p. 172-173). A realidade do trabalhador, enquanto empregado, demonstrava uma situação de conforto material que propagava para si e para os demais uma satisfação guiada por um projeto de vida duradouro e próspero, condicionando a própria ética social.

"A relação de emprego era marcada por uma dependência libertária. O trabalhador, enquanto fixado ao empregador, dele podia exigir melhores condições. Os vínculos de trabalho subsistiam sob o signo da confiança" (MOTA, 2015, p. 31). O capital investia no

[1] Expressão cunhada em referência a Henry Ford (1863 – 1947), empreendedor estadunidense, fundador da *Ford Motor Company*.
[2] Expressão cunhada em referência à fábrica japonesa de automóveis *Toyota Motors*.

trabalho e dele colhia seus frutos, embora, paradoxalmente, também de seus hábitos recebesse massivas reivindicações, resultado de uma organização sindical aparelhada e atuante.

Obviamente que todo esse contexto produtivo era sustentado por políticas de governo programadas ao redor da estabilização, no dorso da matriz keynesiana de conciliação entre a eficiência econômica e equidade social. Contudo, a complexa maquinaria desenvolvida sobre a onda do círculo virtuoso *fordista* e do crescimento sustentável começou, no final da década de 1970, a ter dificuldades de manter seus programas diante de condições econômicas hostis (BERGÓN, 2014, p. 117).

Naquela ocasião, o mercado, sentindo-se aprisionado pelas políticas de bem-estar, passa a transmitir um recado muito claro para a sociedade e esta, por sua vez, começa a alterar progressivamente sua postura, mormente no tocante ao consumo, o que repercutiu diretamente na relação entre capital e trabalho, diante de um modelo de produção baseado na acumulação flexível e na estratégia do estoque zero, intitulado *toyotismo*, em referência à fábrica japonesa de automóveis Toyota Motors.

Diferentemente do modelo *fordista*, serial e centralizador, o *toyotismo* apregoava a multifuncionalidade e a desconcentração produtiva. A força de trabalho e o mercado de consumo japonês rendiam-se aos abalos do pós-guerra. Era preciso inovar, evitar o desperdício e tornar o trabalhador mais produtivo. A produção em série era impraticável e a conservação das mercadorias representava prejuízos manifestos. A fórmula foi tornar os trabalhadores mais competitivos e qualificados, atuando em uma produção orientada pela demanda, com estoques reduzidos ao mínimo, num sistema conhecido como *just in time* (DELGADO, 2007, p. 48).

O modelo de produção *toyotista* decerto provocou uma robusta reestruturação empresarial e o trabalho foi levado a reboque dessa nova tendência. Superando o estágio sólido e condensado da fábrica *fordista*, o *toyotismo* trouxe consigo a fluidez para os espaços de trabalho. As longas jornadas deram lugar ao regime de tempo parcial e os contratos sem prazo transformaram-se em vínculos cada vez mais frágeis. Em vez de fazer "carreira" na empresa, o trabalhador é incentivado a valorizar experiências em diversos segmentos, ainda que isso não represente, necessariamente, um amadurecimento profissional (MOTA, 2015, p. 31).

Rapidamente o capitalismo se apropriou desse processo, valendo-se de crises rotineiras para fundamentar a desconstrução da proteção social. O Direito do Trabalho, como

não poderia ser diferente, é colocado como "vilão" da fábula neoliberal e a análise patrimonial da norma trabalhista ganha respaldo em diversas vertentes hermenêuticas, conferindo nova coloração ao fundamento econômico orquestrado pela textura jurídica da doutrina juspositivista.

Não muito diferente do ocorrido com as relações de trabalho, o consumo também sofreu significativa alteração no período compreendido entre o pós-guerra e os dias atuais. O "consumir para vier" do passado tornou-se o "viver para consumir do presente" e o capital, antes soberano em ditar as regras, hoje se relaciona com os consumidores de modo um pouco mais cauteloso, porém não menos sofisticado.

É preciso, contudo, saber diferenciar *consumo* de *consumismo*. Para Bauman (2008, p. 38-39), o consumo é algo trivial e que, nas formações sociais capitalistas, pratica-se no dia a dia, como consequência natural de todo e qualquer ato de produção, afinal, de que adiantaria produzir se não existisse alguém para consumir? Todavia, no momento em que o consumo passa a ser exercido de modo quase que frenético e a emoção da compra tem que ser experimentada por repedidas vezes, constituindo verdadeiro propósito de existência das pessoas, surge o fenômeno intitulado consumismo.

O consumismo é exatamente aquilo que se vê na sociedade contemporânea. Contraditoriamente, "a sociedade de consumo tem como base de suas alegações a promessa de satisfazer os desejos humanos [...], mas a promessa de satisfação só permanece sedutora enquanto o desejo continua *insatisfeito*" (BAUMAN, 2008, p. 63). A felicidade não se situa no produto consumido, mas no ato de consumir e o capitalismo pós-moderno já entendeu que, quanto mais a atitude consumista for incentivada, maiores serão os ganhos do capital.

Não importam os desperdícios, o consumismo não pode parar, cabendo ao capital empenhar-se na criação de novas (des)necessidades. O consumo tradicional, assim entendido como aquele voltado à satisfação das carências reais, pouco interessa ao capitalismo do século XXI, já que "a sociedade de consumo prospera enquanto consegue tornar perpétua a não satisfação de seus membros" (BAUMAN, 2008, p. 64).

Entram em cena as fortes campanhas publicitárias, que incutem nas cabeças dos consumidores a ideia de que os bens nunca são suficientes; e em seus corações, os desejos de uma felicidade aquisitiva. Bauman (2008, p. 65) chama esse processo de "economia do engano", que aposta na emoção consumista para manter-se firme sobre seus trilhos, em busca

de acelerar a renovação das expectativas e o preenchimento do vácuo com a compra de outros produtos.

Obviamente que a expansão consumista também afeta as relações de trabalho, sobretudo quando o ato solitário de consumir corporifica-se na coletividade, orientando e, ao mesmo tempo, sendo orientada pelo capital. A inserção massiva do consumismo nas formações sociais pós-modernas modifica sua própria cultura, condicionando a subjetividade das pessoas ao imediatismo. Acontece que o consumidor não é outro senão o trabalhador, que, depois de produzir, acessa a mercadoria respectiva com o tempero do lucro.

Naturalmente, o veio do imediatismo consumista irriga o cotidiano das pessoas, em casa e no trabalho, influenciando decisões, especialmente aquelas relacionadas à própria longevidade no emprego. Associe-se a isso o fenômeno da mundialização, que ultrapassa as fronteiras com promessas de prosperidade, nada obstante o que se perceba seja a universalização do mercado, e não dos direitos.

É justamente, aqui, que aparece o terceiro elemento de fluidez pós-moderna: o capitalismo financeiro-especulativo, assim entendido como aquele que não se reverte em produtos ou mercadorias, ao contrário do capitalismo industrial dos anos finais do século XIX e início do século XX. “Trata-se, agora, do capital substancialmente especulativo, que gera sua reprodução essencialmente com o próprio jogo de inversões financeiras, sem compromisso relevante com a noção de produção, tão cara às fases anteriores do capitalismo” (DELGADO, 2007, p. 16).

Esse tipo de capitalismo alinha-se com perfeição ao pensamento neoliberal, que fomenta o individualismo e a ausência de reciprocidade social, eis que, quanto mais as políticas econômicas dos Estados estiverem sob os ditames especulativos de um capital volátil, mais difícil será a redução das desigualdades através de estratégias governamentais intervencionistas, ainda que voltadas à preservação da dignidade das pessoas.

Não é demais destacar que o crescimento do capitalismo financeiro-especulativo conta com todo um aparato de sustentação, que passa, dentre outras coisas: (i) pela ausência de um contraponto eficaz, dada a derrocada dos argumentos socialistas; (ii) por um condicionamento da ética social, pois as pessoas amoldam sua subjetividade à nova realidade; (iii) pelos impactos tecnológicos, com a automação e a diluição da força de trabalho; e (iv) pela globalização, que aguça a concorrência empresarial no mundo (DELGADO, 2007).

Os mercados se internacionalizam e o capitalismo pós-moderno propaga seus preceitos com uma velocidade inimaginável, coligando blocos e demais organismos multilaterais em torno do auspício de generalizar geograficamente o referido modelo neoliberal.

Uma vez reunidos os três elementos de fluidez pós-moderna (reestruturação produtiva, consumismo e capitalismo especulativo-globalizado), pouco resta do antigo fundamento econômico que marcou a norma trabalhista no período de sua institucionalização positiva. Atualmente, permitir que o fundamento econômico do Direito do Trabalho seja o protagonista de existência da norma laboral equivale ao anúncio de sua morte conceitual.

O mesmo Direito do Trabalho, que, em tempos de juspositivismo clássico, sobreviveu juridicamente em função da objetividade presente nos respectivos fundamentos econômicos, no século XXI é fortemente atacado pelas alterações da economia; não lhe restando outra saída senão enaltecer os fundamentos personalistas que jamais deixarão de existir, enquanto o trabalho estiver sendo realizado por um ser humano dotado de dignidade.

7.2 O “pecado original” juspositivista: o fundamento econômico e as dificuldades de um direito personalista pós-moderno em matéria trabalhista

No palco da economia pós-moderna, o fundamento econômico que outrora contribuiu para o *status* jurídico do Direito do Trabalho no paradigma normativo juspositivista fragmenta-se progressivamente. A antiga economia produtiva, concebida a partir de uma realidade cujo trabalho era praticado no interior das grandes indústrias e o capitalismo desenvolvia-se sobre a influência de um modelo condensado, atualmente, dissipa-se na fluidez das relações e na especulação globalizada dos agentes financeiros.

Nesse contexto, a ambivalência da norma trabalhista faz transparecer o “pecado original” juspositivista. Conforme visto, o Direito do Trabalho, de maneira intencional ou não, precisou apegar-se aos seus componentes econômicos para poder desfrutar de reconhecimento jurídico na aurora de sua institucionalização normativa, ocorrida no final do século XIX e primeira metade do século XX.

Naquela ocasião, as normas laborais submeteram-se a inúmeras adaptações, amoldando-se aos padrões da doutrina positivista no direito. Para tanto, o trabalho foi abstratamente desconectado da pessoa do trabalhador e juridicamente alçado ao patamar de objeto de uma contratualidade diferida, movida pela necessidade de subsistência material do empregado.

Não fosse pouco, o Direito do Trabalho deu espaço ao discurso de que seus regramentos interferem nos níveis de empregabilidade, a ponto de ser colocado, por muitos, como pedra de sustentação do próprio capitalismo. A anunciada propensão tutelar, de viés igualmente econômico, transformou o Direito do Trabalho no cabedal de sustentação de políticas intervencionistas, muitas vezes distorcidas e que atentam contra os verdadeiros valores ético-humanitários.

Contudo, para uma melhor elucidação acerca da forma como a adequação das normas trabalhistas ao modelo juspositivista tem afetado a afirmação personalista do direito do trabalho no mundo contemporâneo, oportuno desenvolver duas hipóteses de abordagem: (i) de que modo o positivismo contribuiu para a análise econômica do Direito do Trabalho? (ii) por que a interpretação econômica das normas trabalhistas atende aos interesses neoliberais?

7.2.1 De que modo o positivismo contribuiu para a análise econômica do Direito do Trabalho?

Em capítulo anterior[3], valendo-se das sete teses fundamentais do positivismo jurídico apresentadas por Norberto Bobbio[4], fez-se um recorte epistemológico para atribuir destaque a três delas (abordagem avalorativa do direito, lei como fonte de qualificação do Direito e formalismo científico), acreditando serem as mais importantes para a presente investigação. Não por outra razão é que as três teses escolhidas corroboram com a corrente doutrinária que apregoa a existência de um direito econômico do trabalho.

Não é demais lembrar que o grande anseio do juspositivismo clássico era tornar o Direito uma ciência, com padrões metodológicos bem definidos e dotados de merecida objetividade, pois somente assim se poderia ter "[...] uma ciência jurídica e não política do direito" (KELSEN, 1998, p. 1). Para tanto, era preciso expurgar do Direito aquilo que não fosse considerado normativo, sendo a Moral o grande alvo desta empreitada. Direito e Moral não poderiam conviver dos domínios da ciência jurídica, cujo objeto exigia uma norma cada vez mais avalorada.

Retirar da norma seus componentes axiológicos foi o caminho encontrado pelo juspositivismo para inserir o Direito no rol das ciências, postura que afetou de maneira especialmente relevante o Direito do Trabalho. Isto porque, a despeito de suas fontes

[3] Capítulo 1.
[4] Quais sejam: (i) o modo de abordar o direito; (ii) a definição de direito; (iii) as fontes do direito; (iv) teoria da norma jurídica; (v) teoria do ordenamento jurídico; (vi) método da ciência jurídica; e (vii) teoria da obediência.

materiais personalistas (causais), o Direito Laboral carrega consigo fundamentos econômicos (consequenciais), porquanto ambivalente.

Enquanto os fundamentos econômicos alicerçam-se na premissa do trabalho como fator de produção: mero insumo na composição do preço final da mercadoria; os fundamentos personalistas sobrelevam o caráter emancipatório do trabalho humano, capaz de conferir dignidade ao trabalhador, viabilizando aquisição de cidadania na gênese das democracias sociais.

Não é difícil notar que os fundamentos personalistas estão impregnados de eticidade, preenchendo-se de um substrato axiológico impossível de ser ignorado, eis que a dignidade nada mais é do que o valor imponderável dos direitos mais essenciais do ser humano. Em contrapartida, os fundamentos econômicos possuem aspectos sobremodo objetivados, com índole patrimonial e fortemente influenciados pela lógica do mercado.

Ora, diante desta constatação, indaga-se qual dos fundamentos do Direito do Trabalho o juspositivismo clássico, sob uma perspectiva avalorada e juridicamente científica, aceitaria como pertinente à validade da norma trabalhista. A resposta parece não poder ser encontrada senão no reconhecimento de que, no modelo positivista, o Direito do Trabalho teria de sobrepor os fundamentos econômicos aos personalistas e, ao fazê-lo, como condição de institucionalização normativa, talvez houvesse dado à sua porção patrimonial um realce maior do que aquele condizente com suas fontes materiais.

Quer-se dizer, em síntese, que o Direito do Trabalho da primeira metade do século XX, do ponto de vista normativo, foi cientificamente estimulado a fazer uso demasiado de justificações econômicas, para ser considerado jurídico no paradigma juspositivista e, hoje, paga "com a mesma moeda" o preço das sucessivas tentativas de desconstrução. Nesse sentido, o juspositivismo ostenta inegável protagonismo em torno da corrente doutrinária que advoga a análise econômica do Direito do Trabalho.

Recorde-se que analisar economicamente o Direito significa levar em consideração o conteúdo econômico da norma, bem como seus impactos e influências no comportamento dos agentes econômicos (ZYLBERSZTAIJN; SZTAJN, 2005, p. 3). Porém, o conteúdo econômico do Direito não deve ser confundido com o denominado "Direito Econômico", embora ambos sejam correlatos.

Albino de Souza (1976, p. 24-26) explica que o conteúdo econômico do Direito traduz-se em diversos fatores, tais como empresa, produção, mercadoria, consumo e trabalho, sempre levando em conta uma determinada realidade social. Já o Direito Econômico constitui o conjunto de normas que regulamenta a atividade dos sujeitos, enquanto agentes econômicos.

Por outro lado, aludido autor sustenta que o trabalho é, ao mesmo tempo, conteúdo econômico da norma jurídica e objeto da norma de Direito Econômico. No primeiro caso, o trabalho, tomado como esforço consciente voltado a atender as necessidades do indivíduo, possuiria uma natureza originalmente econômica. No segundo, seria objeto de regulação jurídica, enquanto fato econômico em si. (SOUZA, 1995, p. 80).

A partir do momento em que o trabalho expande-se como conteúdo econômico da norma e objeto da norma de Direito Econômico, o Direito do Trabalho começa a assimilar uma série de postulados jurídico-econômicos, chamados, por Albino de Souza (1976, p. 24-26), de "regras de Direito Econômico do Trabalho".

Merecem destaque algumas das referidas regras citadas pelo autor: (i) regra do equilíbrio, pautada na busca por um ponto de intersecção entre os interesses individuais e coletivos; (ii) regra da equivalência, que aceita a combinação de valores adaptados às oscilações normais da conjuntura econômica; (iii) regra da recompensa, garantindo um proveito econômico para o trabalho; (iv) regra da liberdade de ação, eis que o direito do trabalho não pode ignorar as mudanças na realidade econômica e suas liberdades de atuação; (v) regra da primazia da realidade social, no sentido de que a norma de direito do trabalho não pode distorcer a realidade econômico-social; (vi) regra de interesse social, através da qual o trabalhador é projetado na realidade em que se insere; (vii) regra da oportunidade, sustentando que as políticas de trabalho devem conduzir-se pelas oportunidades oferecidas; (viii) regra da precaução, devendo-se adotar garantias aos membros das relações de trabalho em virtude de determinadas medidas de política econômica. (SOUZA, 1995, p. 81-83).

Percebe-se, neste contexto, a absorção massiva por parte do Direito do Trabalho de uma perspectiva eminentemente econômica, que conduz a norma laboral a interpretações prodominantemente pragmáticas e que, não raro, olvidam seus componentes personalistas, embora se reconheça que, aqui e acolá, os seres humanos, enquanto agentes econômicos, sejam objeto de preocupação da análise econômica do Direito Laboral.

Não se deve, porém, condenar aprioristicamente tal perspectiva, afinal, como pontuado anteriormente, o paradigma juspositivista do Direito do Trabalho deu espaço para que a visão econômica nele se introduzisse fortemente. Também não se está negligenciando o fato de que o Direito do Trabalho provoca consequências na economia e, nessa ordem de ideias, a ela interessa amplamente, o que não impede as críticas que pesam sobre as bases de sustentação do Direito do Trabalho em meio à superfluidade de uma economia fragmentária.

A neutralidade valorativa da norma orientou o Direito do Trabalho em direção aos fundamentos patrimoniais, conjugando imperativos de coerência com as mais balizadas teses juspositivistas, o que favoreceu não só o surgimento como também o crescimento da doutrina que advoga a análise econômica do Direito Laboral.

7.2.2 Por que a interpretação econômica da norma trabalhista atende aos interesses neoliberais?

Se o neoliberalismo propõe um retorno mais elaborado às clássicas teses liberais (autonomia contratual, livre mercado e proteção à propriedade privada), um Direito do Trabalho aplicado e interpretado a partir de fundamentos econômicos decerto atende ao desiderato não interventivo da agenda neoliberal.

É preciso compreensão de que o neoliberalismo, como todo e qualquer modelo político-econômico, encontra-se envolto de fortes elementos ideológicos. Segundo Catharino (1997, p. 19), o neoliberalismo aproxima-se de uma espécie de liberalismo hederodoxo ou atípico, que reaviva postulados do liberalismo ortodoxo ou típico, porém com uma nova roupagem.

Para o autor, ambos estariam inseridos na mesma espiral de racionalidade, com a diferença de que os neoliberais convertem antigos argumentos economicistas do liberalismo em direção a um fractário discurso econômico-social. Enquanto o liberalismo ortodoxo considera os valores individuais e materiais como exclusivos, o neoliberalismo (liberalismo heterodoxo) os considera primários ou preponderantes, admitindo os valores sociais como secundários. (CATHARINO, 1997, p. 26).

A diferença estaria no peso dado ao indivíduo e ao patrimônio, que no liberalismo clássico é maior do que no neoliberalisimo, pois este vem associado a convincentes e utilitárias promessas de socialização da economia, que, do ponto de vista estritamente

filosófico, contrariam a própria bandeira liberal, mas, sob a óptica econômica, atende aos interesses expansionistas do capitalismo contemporâneo.

Uma vez que o neoliberalismo esconde-se por detrás da narrativa de construção de uma suposta economia social, admitindo – ainda que de modo secundário – aspirações que vão além do indivíduo, é natural que o ingrediente da sociabilidade econômica minimize o antagonismo entre Economia e Direito, levantando uma ponte entre o jurídico e o econômico (CATHARINO, 1997, p. 27).

Assim, a concepção de um Direito comprometido com o pensamento econômico ou, ao menos, atento aos seus impactos, calça-se "como luvas" nas pretensões neoliberais, que utilizam as normas e sua interpretação em prol da economia, revestindo de segurança jurídica suas intenções, primariamente patrimonialistas e – quando muito – residualmente sociais.

Obviamente que o Direito do Trabalho não está imune a esse processo. Ao revés, talvez seja um dos mais afetados por ele. Isto porque, o trabalho humano interessa amplamente à economia, destacando-se como fator de produção. Propondo-se o Direito do Trabalho a regular a alienação do trabalho humano, invariavelmente deitará consequências econômicas, restando saber que tipos de fundamentos irão preponderar na aferição de seus institutos.

Tendo em vista sua conhecida ambivalência, o Direito do Trabalho carregará em si justificações econômicas e existenciais, as primeiras tidas como essenciais pelo neoliberalismo, as segundas por ele consideradas meramente acidentais. Com efeito, interpretar ou analisar economicamente o Direito do Trabalho permitirá uma clara sobreposição do econômico ao social, do patrimonial ao humano, alinhando-se ao substrato ideológico do liberalismo heterodoxo.

Acontece que nem tudo que interessa à Economia também interessará ao Direito, e vice-versa. Querer transformar o Direito do Trabalho num "circuito fechado" da economia pode desvelar um fenômeno, batizado por Catharino (1997, p. 24) como "generalização do específico", que ocorre sempre que postulados especificamente econômicos passam a ser utilizados para explicar o todo social, desconsiderando a heterogenia da cultura humana e os demais elementos personalistas nela compreendidos.

Como consequência, inúmeras sequelas terminam por serem deixadas no Direito do Trabalho, sendo a mais profunda – e certamente a mais perigosa – sua própria desconstrução. Como esclarece Catharino (1997, p. 42-43), o artifício inicia-se com uma diminuição de ritmo da intervenção do Estado, mormente mediante o uso das cíclicas crises econômicas inerentes ao capitalismo para, em seguida, propor-se abertamente o abandono da regulação, ou seja, ou puro e simples afastamento das regras incidentes.

O autor enfatiza, contudo, que nem a globalização da economia, nem a difusão de ideias neoliberais podem autorizar o completo abandono do arcabouço jurídico laboral (CATHARINO, 1997, p. 44), visto que a única regulação substitutiva seria a negocial (individual ou coletiva), a qual, mesmo com a mediação das entidades sindicais, exporia as feridas da desigualdade material existente entre os sujeitos da relação de trabalho.

Portanto, a despeito de a análise econômica do Direito do Trabalho atender aos interesses neoliberais, no sentido de colocar os elementos econômicos à frente dos sociais, os resultados – em médio e longo prazo – dessa tendência põem em risco a higidez da norma trabalhista, culminando com seu progressivo enfraquecimento e, a depender da intensidade, com sua malfadada destruição.

7.3 O resgate dos fundamentos éticos: revisitando as fontes materiais personalistas

Já se falou que a norma de Direito do Trabalho, nas fases iniciais do seu processo de institucionalização nas formações sociais capitalistas do ocidente, deparou-se com um verdadeiro descompasso entre conteúdo e estrutura. Suas fontes materiais, de caráter social, político e até mesmo econômico, estavam impregnadas de eticidade personalista, porém os valores a ela atrelados não encontravam espaço merecido na moldura normativa cientificamente aceita, precisando-se apegar, em maior ou menor grau, a fundamentos patrimoniais para ser juridicamente reconhecida, segundo os padrões juspositivistas da época.

Em decorrência, diversos institutos trabalhistas (como o contrato, a subordinação, a retribuição salarial, entre outros), inevitavelmente assumiram uma destacada faceta econômica, relegando à coadjuvância os valores humanos que deram causa à própria regulação positiva das relações de labor, como forma de amenizar os efeitos nefastos gerados por um capitalismo industrial incipiente na vida do ser humano trabalhador.

Esse "pecado original" juspositivista deixou fraturas que, em meio à fluidez pós-moderna, tem atendado fortemente contra o Direito do Trabalho, na medida em que os fundamentos econômicos da norma trabalhista – predominantemente consequenciais – vêm sendo constantemente utilizados pelos entusiastas do liberalismo heterodoxo para apregoarem um Direito do Trabalho mínimo ou, quiçá, a desregulação absoluta das relações de trabalho.

Não raro, esses mesmos entusiastas, valendo-se de crises inerentes ao capitalismo, aplicam e interpretam o Direito do Trabalho exclusivamente com base em postulados econômicos, postura que, embora menos disruptiva do que a pura e simples desregulação das relações laborais, provoca uma deturpação de sua finalidade, como se as normas trabalhistas detivessem uma robusta parcela de responsabilidade por eventuais obstáculos na dinâmica de crescimento e expansão dos interesses empresariais.

Ocorre que o substrato axiológico do Direito do Trabalho, de matriz existencial e índole personalista, não sucumbiu juridicamente. Pelo contrário, visto que a dignidade humana vem progressivamente ostentando maior relevância nas democracias contemporâneas, recebendo de seus respectivos documentos constitucionais o respaldo das sociedades que anseiam pelo respeito e proteção ao ser humano, em todas as suas dimensões, inclusive no exercício do trabalho.

Tanto é verdade, que o Direito Privado – especialmente o Direito Civil – tem-se aproximado das constituições democráticas, assimilando componentes personalistas até então inimagináveis. Esse curso do Direito Privado em direção às constituições democráticas, através da ponte da dignidade, ocorre em virtude de, basicamente, três fatores: (i) o reconhecimento de que a economia não deve ser fonte exclusiva da norma, tampouco o pensamento econômico pode pautar a interpretação normativa; (ii) a dignidade humana não deixou de existir nas formações sociais pós-modernas, nada obstante suas inegáveis transformações; (iii) quanto mais próximo o Direito do Trabalho estiver do ser humano, maior será sua capacidade de sustentação.

Os três fatores acima indicados, conforme expostos a seguir, podem e devem ser adaptados ao Direito do Trabalho, notadamente por ser ambivalente e ter seus componentes econômicos – outrora enaltecidos como ferramenta de positivação jurídica – hoje utilizados de maneira escancaradamente desconstrutiva.

7.3.1 O reconhecimento de que a economia não deve ser fonte exclusiva da norma, tampouco o pensamento econômico pode pautar a interpretação normativa

Analisar economicamente o Direito implica a opção por uma abordagem metodológica que pressupõe a economia como fonte de criação e interpretação da norma jurídica, utilizando a racionalidade do mercado para postular que "[...] todas as avaliações, que no sistema se apresentam como fundamentos dos negócios, podem esgotar-se no aspecto econômico e que todas as escolhas dos sujeitos econômicos são apresentáveis em função de uma unidade social global" (PERLINGIERI, 2007, p. 64).

Considerando que o pensamento econômico é substancialmente atrelado ao binômio custo *vs* benefício, a visão utilitarista da norma jurídica, quando analisada a partir dos mesmos critérios prevalentes na economia, acaba sendo inevitável. Isso não quer dizer que as implicações econômicas de uma lei ou ato normativo devem ser ignoradas. Seria um equívoco hermenêutico tornar opaca a realidade econômica na qual vivem os serem humanos, sobretudo nas formações sociais pós-modernas, marcadas pela hegemonia do capitalismo.

Contudo, é igualmente equivocado reduzir as condutas humanas a algo que possa ser necessariamente depurado em institutos econômicos, transformando os indivíduos em agentes de mercado, como se suas orientações de vida não passassem por soluções que, não raro, destoam inteiramente dos interesses da economia. Fazer do pensamento econômico o critério preponderante de avaliação do Direito deturpa uma série de valores que a cultura humana, ao longo dos tempos, elegeu como fundamentais à dignidade da pessoa.

Na ambiência do Direito Privado, até mesmo os teóricos do Direito Civil – expressão maior de patrimonialismo e liberdade – já perceberam os males que a elevação da economia ao patamar de funcionalidade tendencialmente exclusiva da norma jurídica pode causar nos parâmetros de criação, interpretação e aplicação do direito, subvertendo a dinâmica de legitimação e efetividade de inúmeros institutos jurídicos.

A propósito do Direito Civil, Pietro Perlingieri (2007) desenvolveu quatro argumentos contrários à análise econômica do Direito, em sua franja mais extrema, estimulando importantes reflexões sobre os efeitos do aludido paradigma epistêmico em torno do direito como um todo.

No primeiro deles, sustenta o autor que "a ação humana tem uma pluralidade de motivações que não podem ser reduzidas em termos somente econômicos e utilitaristas" (PERLINGIERI, 2007, p. 64). Isso implicaria uma unilateralidade individualista, materialista e conservadora que atentaria contra as diretrizes constitucionais, na medida em que as

constituições democráticas, em sua quase totalidade, apregoam valores humanos que vão muito além de desideratos meramente econômicos.

Quer-se dizer que o operador do Direito não pode se desconectar, seja na criação ou na interpretação da norma jurídica, da multiplicidade de fontes materiais que a ensejaram, especialmente daquelas de matriz personalista. Afinal, o Direito é feito por homens e para homens, devendo contemplar, sempre que possível, a maior parte de suas potencialidades.

No segundo argumento, Perlingieri (2007, p. 64) assinala que o moderno Direito da economia há se ser socialmente caracterizado, servindo-se de técnicas, programas e controles que, além de levar em consideração as leis de mercado, proporcione intervenções "[...] orientadas a realizar a justiça e os valores de quem 'é', mas não possui".

O Direito não se pode furtar ao reconhecimento dos anseios não econômicos do ser humano, que, no alto de sua complexidade, está vocacionado a conduzir-se em função de estimas que interligam ânimos culturalmente diversificados, mas que guardam a essência personalista inerente à dignidade, cuja existência não necessariamente depende do patrimônio ou dos bens que possui. O Direito deve ser inclusivo, proporcionando também a consecução das aspirações dos materialmente desfavorecidos.

No terceiro argumento, o autor aponta que "o método econômico na interpretação jurídica mostra-se, a rigor, incompatível com os institutos diretamente centrados na pessoa humana (os chamados direitos da personalidade)" (PERLINGIERI, 2007, p. 64). A economia pós-moderna, notadamente quando fundada em premissas neoliberais, constantemente sobrepõe o indivíduo abstrato à pessoa real, criando cenários que, no plano da teoria, acomodam-se às pretensões de seus entusiastas, mas que, na prática, não traduzem os verdadeiros elementos existenciais da pessoa humana.

Não são poucos os direitos de personalidade que ficam comprometidos quando o pensamento econômico domina o Direito. Os pressupostos da escassez e da busca incansável pelo acúmulo de patrimônio conferem aos seres humanos o estereótipo do *homo economicus,* cujo comportamento desconsidera desejos e expectativas não vinculadas à dinâmica do mercado.

No quarto e último argumento, Perligieri (2007, p. 64) afirma que o método econômico "[...] descuida da verdadeira questão jurídica que é aquela de resolver cada *fatti-specie* respeitando suas peculiaridades subjetivas e objetivas". Ao estabelece a preponderância

da economia na criação e aplicação do Direito, a análise jurídico-econômica cria uma racionalidade pautada em uma unidade inexistente, visto que, como cediço, a economia não é a mesma em todos os povos.

Se existe uma unidade global a ser considerada pelo Direito, esta não pode ser outra senão a dignidade dos seres humanos, cujas condutas serão normativamente reguladas. É a dignidade das pessoas que o Direito deve-se alinhar, sendo os efeitos econômicos desse alinhamento uma mera consequência, e não a razão de existência da norma jurídica.

Os quatro argumentos de Perlingieri contrários à análise meramente econômica do Direito encaixam hermeticamente no Direito do Trabalho. O ser humano trabalhador não deve ser apresentado sob as vestes do *homo economicus*, cujo comportamento baseia-se tão somente na necessidade de sobrevivência e nos ganhos pecuniários que o trabalho assalariado pode lhe proporcionar.

De igual modo, o Direito do Trabalho precisa ser inclusivo, tendo em conta que a dignidade do trabalhador, enquanto núcleo imponderável dos direitos fundamentais trabalhistas, jamais pode ser relegada ao plano secundário, alcançando os detentores de bens e, em especial, aqueles que não o possuem.

Outrossim, os direitos da personalidade são inteiramente oponíveis aos sujeitos da relação privada de trabalho, tais como o respeito à honra e à imagem, proteção à higidez psicofísica do trabalhador, vedação à não discriminação no trabalho, entre outros. O Direito do Trabalho não pode esquecer que a matriz existencial da pessoa humana vai muito além da contraprestação pecuniária que o trabalhador recebe pelo exercício do labor.

Por fim, a norma trabalhista, na sua aplicação e interpretação, necessita adaptar-se aos casos concretos que regulamenta, haja vista que, uma vez inserida no caldo cultural da sociedade contemporânea, não pode tratar o trabalhador como simples agente de mercado e desprovido de interesses não motivados pelo salário ou pelo instinto de sobrevivência.

Repita-se: as fontes materiais do Direito do Trabalho estão impregnadas de eticidade personalista, sendo inadequada a tentativa de atribuir à economia fonte única de criação e interpretação do direito do trabalho, sob pena de lhe macular na essência.

7.3.2 A dignidade humana não deixou de existir nas formações sociais pós-modernas, nada obstante suas inegáveis transformações

Muito do que se tem escrito ultimamente acerca das formações sociais pós-modernas dá conta de suas constantes transformações. A fluidez das relações é, sem dúvida, a marca mais expressiva do século XXI, fruto não apenas do aumento demográfico da população global, mas da velocidade que a tecnologia imprime na vida das pessoas, difundindo as informações ao tempo de um "clique". Todas essas mudanças provocam fraturas em antigos paradigmas, eis que o respeito às diferenças passa a ser necessário ao convívio comunitário.

Obviamente que o mundo do trabalho não está imune a essas transformações. A longevidade dos vínculos laborais outrora vigentes cede espaço a contratos cada vez mais precários, não raro com a concordância do próprio empregado. Os trabalhadores, tal qual ocorre com o mercado de consumo, são diuturnamente estimulados a novas experiências profissionais e o capitalismo aproveita-se dessa volatilidade para desconstruir tudo aquilo que ainda lhe possa obstar o crescimento.

Todavia, mesmo diante dessa inequívoca metamorfose social – presente não apenas nas relações de trabalho, mas igualmente fora delas – a dignidade do ser humano não perdeu relevância, enquanto núcleo axiológico dos direitos fundamentais nas democracias constitucionais; afinal "no Estado Democrático de Direito, os valores jurídicos revelar-se-ão em torno da pessoa humana [...]. Dessa forma, todos os direitos fundamentais deverão orientar-se pelo valor-fonte da dignidade" (SARLET, 2009, p. 84).

Sendo a dignidade humana unidade legitimadora do sistema de direitos fundamentais, sua preservação torna-se essencial, inobstante as oscilações sociais e econômicas pós-modernas. O respeito ao ser humano digno constitui freio à voracidade do capital, pois, se o dinheiro é "alcoviteiro universal[5]", a dignidade é a blindagem ética necessária à contenção de um avanço indevido.

Ao se transportar a matriz ética da dignidade humana para os domínios do trabalho, reavivam-se as fontes materiais personalistas do Direito Laboral, sobretudo porque o direito fundamental ao trabalho, reproduzido como princípio básico nas mais diversas democracias constitucionais do ocidente, reafirma-se no valor social do trabalho digno. (DELGADO, 2016, p. 178).

É o trabalho digno – e não qualquer trabalho – que deve ser garantido ao ser humano trabalhador, alcançando-o em sua dimensão existencial e transbordando a visão utilitarista

[5] Expressão cunhada por WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

enaltecida pelo pensamento econômico, que reduz o trabalho a um mero fator de produção. O direito fundamental ao trabalho digno expressa-se na garantia de dignidade àqueles que vivem do trabalho, reconhecendo-lhes enquanto seres humanos, impassíveis de instrumentalização.

Conforme destaca Gabriela Neves Delgado (2016, p. 181-182), a dignidade veda a instrumentalização ("coisificação") do ser humano, ou seja, a sua utilização como meio ou ferramenta para alcançar determinada finalidade. Somente quando prestado em condições dignas, "o trabalho não violará o homem enquanto fim em si mesmo. [...] O valor da dignidade deve ser sustentáculo de qualquer ser humano".

Mais adiante, enfatiza a autora que o direito fundamental ao trabalho digno implica um correspondente dever de proteção, cabendo ao Estado, através do Direito do Trabalho, a função de concretizá-lo. Destarte, é papel do Estado utilizar a regulação jurídica para revestir de indisponibilidade absoluta todo e qualquer direito capaz de dignificar o ser humano trabalhador. (DELGADO, 2016, p. 183-184).

A superfluidade presente nas formações sociais pós-modernas, bombardeadas pelos argumentos utilitários de economia e consumo, não será capaz de suplantar o protagonismo jurídico conquistado pela matriz ética da dignidade humana, inerente aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, especialmente no exercício do labor humano.

O trabalho digno é, portanto, veio por dentro do qual o Direito do Trabalho deve pulsar, pois é ele que humaniza em tempos de crise e confere ao trabalhador o mínimo de segurança para enfrentar, com maior tranquilidade, as disruptivas transformações sociais vivenciadas neste início de século XXI.

7.3.3 Quanto mais próximo o Direito do Ttrabalho estiver do ser humano, maior será sua capacidade de sustentação

A dissociação artificial entre trabalho e trabalhador constituiu expediente jurídico assimilado pelo juspositivismo para permitir a expressão normativa da relação de trabalho através do contrato, cujo labor seria um objeto apartado daquele que o executa. Tal dissociação, embora, na prática, não se verifique, atendeu aos interesses do pensamento econômico, que analisa o Direito do Trabalho sob o ponto de vista patrimonial, na medida em que objetiva a relação, permitindo uma maior liberdade e autonomia da vontade dos agentes envolvidos.

Não há dúvidas de que a redução da complexidade de determinado instituto facilita sua compreensão epistêmica, dada a inserção em um sistema metodológico de investigação pautado em postulados pretensamente científicos. Sendo interesse manifesto do juspositivismo criar uma genuína Ciência do Direito, parece inevitável o desejo de afastar da norma jurídica os componentes ético-personalistas que naturalmente carregam, propagando uma pseudo neutralidade capaz de lhe conferir o *status* de objeto da ciência do direito.

Com o Direito do Trabalho, esse processo de objetivação científica acabou se tornando, ao mesmo tempo, sua "salvação" e seu "pecado". Em tempos de juspositivismo, historicamente coincidente com a institucionalização da norma trabalhista nos mais diversos ordenamentos do ocidente, seus fundamentos econômicos acabaram sendo alçados a um patamar de importância superior, já que a matriz existencial, de índole personalista, continha elementos axiológicos inconciliáveis com os dogmas positivistas.

O problema é que o embasamento econômico do Direito do Trabalho, essencialmente consequencial, transformou-se em um dos principais argumentos de sua sustentação jurídica. É comum a afirmação de que, na consecução do Direito do Trabalho, "[...] o Estado se viu forçado a consagrar em leis as reivindicações dos trabalhadores, como condição para o desenvolvimento do próprio capitalismo". (RAMOS FILHO, 2012, p. 48).

Tal afirmação não deixa de ser verdadeira, sendo inegável que o Direito do Trabalho teve dentre as fontes materiais a luta de classes, advinda da consciência dos trabalhadores de sua condição de exploração. O que, todavia, se anseia evitar é a inversão dos papéis, dando a essa dinâmica o arquétipo de postura que serviu a ambos os lados, como se os capitalistas tivessem, nas palavras de Ramos Filho (2012, p. 48), "cedido os anéis para não perderem os dedos".

O discurso de que o Direito do Trabalho serve ao capitalismo, sendo condição de sua existência, vem se tornando extremamente perigoso nas formações sociais pós-modernas. O capitalismo contemporâneo, volátil e sem contrapartidas, tem superado progressivamente suas barreiras, criando uma ideologia superfluida que se expande em progressão geométrica nos mundos do consumo e do trabalho. Muitos trabalhadores, hoje, rejeitam as normas de intervenção laboral, preferindo mobilidade profissional à liberdade que lhes anuncia permitir.

Acontece que o próprio conceito de liberdade deve ser revisto à luz dos direitos fundamentais. A antiga liberdade individual, garantidora dos direitos civis, passou por

constantes atenuações, tendo em vista as oportunidades sociais primadas pelo ser humano no seu convívio coletivo. Como assinala Amartya Sem (2010, p.27), o desenvolvimento econômico pressupõe a interconexão de distintas liberdades instrumentais (política, econômica, social, de transparência e de proteção), cada qual voltada ao aumento das capacidades humanas.

O certo é que, a partir da segunda metade do século XX, praticamente todas as constituições democráticas elegeram a pessoa humana como centro de suas preocupações normativas, recebendo a dignidade o prestígio de figurar como núcleo axiológico imponderável dos direitos fundamentais. Até mesmo o comportamento econômico, por mais objetivo e utilitarista que possa apresentar-se, encontra-se condicionado às escolhas constitucionais, dentre as quais o valor social do trabalho e o respeito à dignidade daqueles que laboram.

Portanto, o uso restritivo de argumentos catalogados pela análise econômica do Direito do Trabalho não tardará em atentar contra a existência desse ramo especializado, acaso olvide os componentes éticos que o situam no patamar dos direitos fundamentais. Daí a necessidade de aproximação da norma trabalhista com o ser humano trabalhador, pois, quanto mais próxima estiver de seus fundamentos personalistas, maior será sua durabilidade em meio à liquidez pós-moderna.

Se o Direito do Trabalho possui uma função econômica, esta não pode ser outra senão a de garantir a dignidade daqueles que trabalham, frente às oscilações e crises estruturais do capitalismo contemporâneo. Os lucros deverão existir sem prejuízo dos direitos e, quando aqueles estiverem escassos, que sobrem, ao menos, os direitos.

7.4 A Expansão transnacional de um Direito do Trabalho humanizado: o valor social do trabalho como pressuposto para um desenvolvimento democrático e inclusivo

Se, no plano econômico, o capitalismo escancara sua hegemonia global; no plano jurídico, os direitos humanos despontam como norteadores de todos os ordenamentos democráticos e inclusivos. Formalmente proclamados nos textos constitucionais através dos chamados direitos fundamentais, os direitos humanos buscam concretizar o conteúdo ético da dignidade, expressão maior de sua essência personalista.

É bem verdade que os direitos fundamentais, por serem limitados no tempo e no espaço, porquanto consubstanciados em documentos constitucionais, refletem as especificidades da realidade de cada sociedade. Isso não quer dizer que os direitos humanos não tenham a pretensão de expansividade. Pelo contrário, pois, uma vez havendo interesse no

respeito à plenitude da dignidade humana, as garantias normativas e institucionais de proteção devem atingir a maior quantidade de pessoas, no mais extenso espaço geográfico possível.

Flávia Piovesan (2010, p. 115) fala sobre a existência de um verdadeiro sistema internacional de proteção dos direitos humanos, cujos primeiros marcos de institucionalização estariam na criação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, ambas concebidas logo depois da Primeira Guerra Mundial.

Porém, foi após a Segunda Grande Guerra que o fenômeno de internacionalização dos direitos humanos consolidou-se: "a internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na História, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo". (PIOVESAN, 2010, p. 122).

O fato de a internacionalização dos direitos humanos ter ocorrido de maneira mais consistente apenas nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial não significa dizer que, até então, os Estados soberanos não se relacionassem internacionalmente. No decorrer do processo de aproximação internacional, as práticas mercantis, essencialmente pautadas por interesses econômicos, foram fundamentais para o estreitamento das relações internacionais.

Na realidade, a ideia de comércio internacional precede historicamente o sistema de proteção internacional dos direitos humanos, afinal a integração econômica tem suas origens no prelúdio da era moderna. Acontece que, ao longo de todo o século XIX e início do século XX, as trocas internacionais foram dominadas por um regime jurídico liberal, já que, "na visão da época, o papel do Estado deveria restringir-se a assegurar o respeito às 'regras do jogo', isto é, interferir o menos possível no sistema de trocas internacionais". (CRETELLA NETO, 2012, p. 71).

Contudo, o quadro das relações internacionais começa a ser alterado em função das consequências sociais geradas pela exploração desmesurada do capitalismo industrial no final do século XIX, impondo preocupações em âmbito internacional, sobretudo pelo impacto da encíclica papal *Rerum Novarum*, que, desde 1881, já recomendava a ampla adoção de normas de direito social do trabalho (SÜSSEKIND, 2000, p. 94).

No início do século XX, a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) conferiu ao Direito do Trabalho *status* de novo ramo jurídico-normativo, incentivando a internacionalização das normas de proteção ao trabalho e motivando sua interação com o

direito interno dos Estados-membro (SÜSSEKIND, 2000, p. 106). Aliás, boa parte dos países europeus incorporou as convenções da OIT aos seus ordenamentos nacionais.

Ocorreu que, ainda na primeira metade do século XX, a visão positivista do Direito Internacional representou uma barreira de contenção normativa da dinâmica de expansividade dos direitos laborais, diante da perspectiva de necessária unidade entre as normas de direito internacional e de direito interno, em prejuízo da soberania dos Estados e de suas eficácias constitucionais.

Tal barreira perdurou até o final da Segunda Guerra Mundial, momento em que a expansão transnacional dos direitos humanos, dentre eles os sociais, retoma sua rota de ascensão. Destarte, a compreensão da internacionalização de um Direito do Trabalho humanizado perpassa pela investigação da visão juspositivista do Direito Internacional, bem como do papel da OIT na transnacionalização da norma trabalhista, sem esquecer a primazia da segurança social como premissa ao desenvolvimento econômico na sociedade contemporânea.

7.4.1 Juspositivismo e Direito Internacional: entre a indiferença política e o cosmopolitismo neconstitucional

Quando Kelsen, em sua Teoria Pura, resolveu dedicar um capítulo à relação entre Estado e Direito Internacional, acabou relativizando a coerência metodológica que conseguira implementar na primeira parte de sua obra.

Isto porque, embora o autor haja buscado justificar cientificamente seu posicionamento monista acerca da relação entre as normas de Direito Internacional e os ordenamentos jurídicos nacionais, terminou por criar um grave problema de fechamento sistêmico em sua teoria, provocando um efeito contrário à expansividade do próprio Direito Internacional.

Kelsen, partindo da premissa de que o Direito é uma ordem jurídica coativa, sustenta pela existência de uma dicotomia entre Direito Internacional geral e Direito Internacional particular.

O primeiro, criado pela via consuetudinária, assemelha-se a uma ordem primitiva, vez que “a formação das normas gerais processa-se pela via do costume ou através do tratado, ou seja, por intermédio dos próprios membros da comunidade, e não por meio de um órgão

legislativo especial" (KELSEN, 1998, p. 226). Caso ocorra uma violação de suas normas, o Direito Internacional geral admite o uso de represálias, inclusive declaração de guerra, como sanção pelo delito cometido (KELSEN, 1998, p. 225).

Já o Direito Internacional particular, criado com base em norma convencional ou pactícia (KELSEN, 1998, p. 226), estaria territorialmente limitado, incidindo diretamente sobre os indivíduos e cujas cominações seriam muito mais eficientes, vez que impostas pelo próprio Estado nacional.

Em resumo, o Direito Internacional geral estabeleceria direitos e obrigações para os Estados e estes, através do Direito Internacional particular ou do próprio ordenamento interno, estenderiam os preceitos para os indivíduos. Desse modo, o Direito Internacional geral somente chegaria às condutas das pessoas pela mediação do Direito Internacional particular ou do ordenamento estatal (KELSEN, 1998, p. 228).

Contudo, numa escala evolutiva, Kelsen (1998, p. 231) vaticina a unidade entre os Direitos Internacional e Nacional. Considerando que as normas de Direito Internacional não operam diretamente para os indivíduos, seu conteúdo material seria progressivamente incorporado pelas normas de Direito Nacional, a ponto de se tornarem um só. Neste momento transparece o posicionamento monista do autor, atentando, ainda que de maneira sofisticada, contra a soberania dos Estados nas suas relações internacionais.

O problema é que Kelsen esquece que o Estado, especialmente nas suas relações internacionais, atua politicamente. Entretanto, o purismo kelseniano – tal como fez com a Moral – inseriu a Política fora do Direito. Neste ponto, salta aos olhos a contradição teórica do autor, não se podendo admitir uma unidade entre Direito Internacional e Direito Nacional sem que os componentes políticos da convivência entre os Estados soberanos sejam considerados.

A expansão do Direito Internacional necessita, antes de tudo, de uma agenda política, capaz de convencer as democracias constitucionais acerca da importância de seus preceitos e, respeitando a soberania e a autodeterminação de cada Estado, criar condições jurídicas para a exigibilidade interna dos modelos que apregoa.

Se os direitos humanos interessam transnacionalmente, enquanto direitos de dignidade e com pretensão de universalidade, a teoria política e a soberania dos Estados não podem ser

desconsideradas, sob pena de ensejar uma famigerada crise nos ordenamentos constitucionais dentro dos quais as normas internacionais haverão de desempenhar seus papéis, explícita ou implicitamente.

A situação agrava-se ainda mais com o fenômeno da globalização, pois, como preleciona Duarte (2014, p. 118-119), "[...] é preciso observar que os efeitos da globalização sobre a configuração do Estado, seu Direito e sua Constituição são devastadoras". Assim, se a visão global e o poder político que a assegura não receberem uma "imersão constitucional", corre-se o risco de uma debilitação do princípio democrático e malsinado enfraquecimento do constitucionalismo nacional.

Aqui, a visão neoconstitucionalista do denominado cosmopolitismo constitucional ganha corpo, no sentido de que as constituições dos Estados nacionais sejam capazes de fornecer um conjunto de parâmetros para lidar com os influxos gerados pela globalização, sem perder de vista sua aptidão para legitimar o poder e fazer valer o catálogo de direitos fundamentais, sobretudo aqueles provenientes dos tratados e convenções internacionais (DUARTE, 2014, p. 120-121).

O sistema internacional de direitos humanos deve encontrar respaldo nas constituições nacionais, vez que o Estado soberano, enquanto "território administrado pelo mais alto nível de institucionalização de poder" (DUARTE, 2014, p. 124), desenvolverá mecanismos jurídicos suficientemente fortes para conter o avanço desordenado e excludente imposto pela globalização pós-moderna, assegurando o mínimo de dignidade aos seus cidadãos.

O mesmo se diga em relação aos direitos trabalhistas, que precisam de um constitucionalismo nacional robusto que, a um só tempo, lhes garanta exibilidade e reconheça a importância de mundializar o sistema de proteção ao trabalho, como barreira de contenção do temido *dumping* social.

Portando, a tese juspositivista de unidade entre os Direitos Internacional e Nacional, sem considerar as inflexões políticas inerentes às relações internacionais, acaba criando uma barreira à expansão do sistema internacional de direitos humanos, que não pode ignorar as ordens constitucionais e a soberania dos Estados, sob pena de não se mostrar viável, tampouco exigível.

7.4.2 O papel da Organização Internacional do Trabalho (OIT) na transnacionalização do Direito do Trabalho

Atualmente, não se discute que o Direito do Trabalho ostenta a qualidade de direito humano de natureza social. As fontes materiais não deixam dúvidas acerca dos componentes personalistas de suas normas, expressando um conteúdo ético elementar. Do mesmo modo, afigura-se inquestionável que as relações de trabalho assalariado espalharam-se por todo o mundo, dada a hegemonia capitalista, tornando cada vez mais visível à exploração do trabalho humano e à necessidade de respeito à dignidade do trabalhador.

Assim como ocorre com todo e qualquer direito que se ofereça ao ser humano, considerado como tal em todas as suas potencialidades, o Direito do Trabalho busca estabelecer um padrão de tratamento às relações de labor, reconhecendo o diálogo existente entre capital e trabalho, a ponto de viabilizar que as relações econômicas não suplantem, de maneira irresponsável, o mínimo de dignidade a ser preservado àquele que vive do trabalho.

Quando, a partir da segunda metade do século XIX, o capitalismo industrial ganhou notoriedade na Europa ocidental, a matriz liberal imperante não conseguia prever as consequências sociais que a exploração desmesurada da mão-de-obra humana poderia gerar. A chamada questão social, que eclodiu nos anos finais daquele século, colocou em xeque a própria sustentabilidade do sistema, embora a gênese da crise fosse motivada pelas condições indignas de labor da classe trabalhadora.

Era preciso, pois, que as normas de proteção ao trabalho fossem implementadas, não apenas no ordenamento interno dos Estados, mas no plano internacional. Afinal, o ser humano é o mesmo, não importa o lugar em que trabalhe; sem falar no maior equilíbrio concorrencial que a internacionalização dos direitos trabalhistas poderia gerar.

Süssekind (2000, p. 86) registra que a primeira tese consistente de internacionalização dos direitos trabalhistas foi lançada por Daniel Legrand (1783-1959), um industrial alsaciano que, desde 1841, desenvolveu uma “ação meritória e contínua, com indiscutível sucesso, visando à internacionalização das normas social-trabalhistas”, basicamente focada em proteger a classe operária de um trabalho prematuro e excessivo. Como se pode perceber, a pauta central consistia na idade para o trabalho e nas jornadas extenuantes a que eram submetidos os trabalhadores.

Após a iniciativa de Legrand, diversos movimentos de internacionalização dos direitos trabalhistas se sucederam[6], até o advento das conferências de Berlim (1890) e de Berna (1905), quando começaram os primeiros tratados multilaterais sobre Direito do Trabalho. Não se pode esquecer que boa parte dos debates em torno da internacionalização do Direito do Trabalho sofreu influência da igreja católica que, através da célebre encíclica papal *Rerum Novarum*, assinada pelo papa Leão XIII, em 1891, apontava injustiças sociais e a necessidade de amparo à classe operária. (SÜSSEKIND, 2000, p.88-95).

Com o advento da Primeira Grande Guerra (1914-1918), os movimentos pacíficos de internacionalização do Direito do Trabalho recrudesceram, como é natural em tempos de beligerância. Porém, foi com o Tratado de Versailles, assinado na conferência de paz de 1919, consolidando o fim a primeira guerra, que o reconhecimento de um organismo internacional que cuidasse exclusivamente de questões sociais trabalhistas tornou-se realidade: nasce a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Velasco (2008, p. 366) relata que, antes da OIT, as questões internacionais atinentes à proteção do trabalho ecoavam, sobretudo, em virtude de iniciativas privadas. Entretanto, com o encerramento da Primeira Guerra, por ocasião da conferência de paz, decidiu-se discutir a elaboração de uma legislação internacional do trabalho, criando o primeiro organismo temático em matéria trabalhista, capaz de conclamar os Estados soberanos a oficializarem, em sues territórios, normas desta natureza.

Desde então, a OIT vem desempenhando importante papel na transacionalização dos direitos humanos trabalhistas. Trindade (2003, p. 304) identifica várias convenções internacionais da OIT que, nas suas palavras, fornecem mecanismos que tendem a lograr complementariedade entre os direitos humanos, tais como: convenção (nº 87) sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical (1948); a convenção (nº 98) sobre o direito de organização e de negociação coletiva (1949); a convenção (nº 29) sobre trabalho forçado (1930); a convenção (nº 105) sobre a abolição do trabalho forçado (1956); a convenção (nº 100) sobre igualdade de remuneração (1951); a convenção (nº 111) sobre discriminação em

[6] Süssekind (2000, p. 87) destaca: pronunciamento de socialistas alemães, em 1864 e 1868, a favor de acordos internacionais para a regulamentação do trabalho; elaboração de um tratado internacional entre Alemanha e Áustria, em 1871, sobre seguros sociais obrigatórios; assembleia nacional na França, em 1873, para que o país envidasse esforços no sentido de regulamentação internacional do trabalho; congresso internacional operário, em 1884, reivindicando uma série de normas de proteção ao trabalho.

emprego e profissão (1958); e a convenção (nº 156) sobre trabalhadores com responsabilidades familiares (1981).

Mesmo após a Segunda Grande Guerra, a OIT não perdeu seu protagonismo no âmbito internacional, uma vez que a Organização das Nações Unidas (ONU) a vinculou como entidade internacional especializada, dotada de autonomia e personalidade jurídica próprias (SÜSSEKIND, 2000, p. 120).

Contudo, a mera existência da OIT, apesar de representar um avanço na transnacionlização do Direito do Trabalho, pouco conseguirá, em termos de efetividade, se seus normativos não receberem o respaldo dos ordenamentos nacionais dos Estados que pactuam os diversos tratados e convenções internacionais em assuntos trabalhistas. Nesse particular e considerando o fato de que os direitos humanos positivados têm sua morada natural nos textos constitucionais, é preciso uma aproximação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional.

O Direito Internacional e o Direito Constitucional se aproximam na medida em que se dedicam a estruturar as comunidades políticas que proclamam os direitos humanos (PAGLIARINI, 2012, p. 46). Ora, é através da dignidade humana, considerada um metadireito humano, que a comunidade internacional deve se aproximar, a partir de uma opção política de fazer valer as normas humanitárias em todo o globo.

Contudo, dada a merecida vênia àqueles que advogam pela superlatividade absoluta do Direito Internacional dos direitos humanos, entende-se ser necessário certa cautela, neste particular. É que, tal como dito anteriormente, o constitucionalismo cosmopolita sustentado nas teses neoconstitucionais propõe o respeito aos ordenamentos constitucionais internos, como ferramenta de institucionalização e efetividade das normas internacionais.

A teoria monista preconizada pelo juspositivismo clássico, dotada de indiferença política, não reúne condições de fazer valer os preceitos dispostos nos tratados e demais acordos internacionais, especialmente aqueles que interessam ao Direito do Trabalho. O raciocínio é bem simples: a globalização pelo mercado pode trazer consequências devastadoras aos direitos humanos trabalhistas de modo que um ordenamento constitucional interno forte e que saiba conviver com as regras de Direito Internacional do Trabalho terá muito mais condição de conter o avanço desregrado do capitalismo pós-moderno do que as retaliações internacionais.

Nesse sentido, a Constituição brasileira de 1988 assumiu uma postura relevantíssima ao reconhecer como fonte de direitos humanos os tratados internacionais (art. 5º, §2º), que podem, inclusive, inserir-se formalmente no texto constitucional, mediante procedimento de aprovação qualificado (art. 5º, §3º, inserido pela Emenda Constitucional nº 45).

Obviamente que as críticas em torno do dispositivo acima mencionado – inserido por emenda à constituição no ano de 2004 (art. 5º, §3º) – notadamente pelo fato de criar uma maior burocratização formal para a internalização dos direitos humanos internacionais no bojo da Constituição brasileira, devem ser levadas em consideração. Como bem destaca Sarlet (2007, p. 339), o §2º do art. 5º constitucional já trazia uma abertura do sistema de direitos fundamentais brasileiro aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

Por outro lado, a pura e simples manifestação do constituinte reformador em torno da constitucionalidade formal dos tratados internacionais de direitos humanos, ainda que mediante procedimento de votação qualificada, impulsionou uma mudança na jurisprudência da suprema corte brasileira, que deu aos preceptivos internacionais humanitários, mesmo quando não positivados formalmente no texto constitucional, o *status* de norma supralegal, e não mais a simples posição de legislação ordinária, conforme Recurso Extraordinário nº 466.343-1 (BRASIL, 2008).

Entendendo-se as convenções internacionais que versam sobre temáticas trabalhistas como tratados internacionais de direitos humanos (com destaque para as convenções da OIT), nada impede que o *status* de supralegalidade seja conferido aos seus preceptivos, impondo uma coerência da legislação nacional com as previsões trabalhistas debatidas e já internalizadas no ordenamento nacional, ensejando verdadeiro controle de convencionalidade. Não fosse pouco, para os novos tratados trabalhistas ratificados pelo Brasil, recomendável a adoção do procedimento qualificado de internalização, a fim de lhes introduzir formal e materialmente no documento constitucional, com toda a rigidez e impositividade inerentes aos seus comandos.

O certo é que, quanto mais os direitos humanos internacionais aproximarem-se das constituições e dos ordenamentos internos dos países, observadas a soberania e as peculiaridades materiais de cada sistema, maior será o compromisso de efetivação de suas normas. E com o fortalecimento da OIT, a transnacionalização do Direito do Trabalho, apesar

de tortuosa, deve ser não apenas festejada como fomentada, a fim de mundializar o arcabouço normativo de proteção laboral.

7.4.3 Desenvolvimento econômico com segurança social

Muito se tem falado sobre a necessidade de desenvolvimento e de como isso pode afetar a qualidade de vida das pessoas. Contudo, do ponto de vista comparativo, é de se pressupor a existência de parâmetros objetivos, que possam ser levados em conta para definir, corretamente, quando uma nação pode ou não ser tida como desenvolvida. Na verdade, o desenvolvimento não é propriamente um ponto de chegada, mas um processo, cuja dinâmica permite a adoção de medidas eficientes para a superação dos variados problemas que acometem as formações sociais.

Não raro se tem associado o desenvolvimento ao crescimento do produto interno bruto (PIB), aumento de renda, industrialização, entre outros aspectos de natureza essencialmente econômica. Todavia, seria extremamente reducionista dizer que um país é desenvolvido simplesmente porque possui uma economia forte, pois de pouco adiantará a robustez econômica, se esta não vier acompanhada da segurança social necessária à salvaguarda da dignidade das pessoas. É preciso, portanto, um mínimo de ética na economia, sob pena de o desenvolvimento, na sua adequada percepção, não passar de ficção.

Amartya Sem (2010, p. 32-33) assinala que a liberdade é central para o processo de desenvolvimento. Segundo o autor, a liberdade vai muito além da faculdade de fazer ou não fazer alguma coisa sem que haja interferências: "a liberdade envolve tanto os processos que permitem a liberdade de ações e decisões, como as oportunidades reais que as pessoas têm, dadas as circunstâncias pessoais e sociais". A liberdade seria, assim, um misto de *processo* e *oportunidade*, cuja junção possibilita a "[...] expansão das capacidades das pessoas de levarem a vida que valorizam".

Com uma peculiar coerência de raciocínio, Sen (2010) concentra-se no que denomina de sistema avaliatório das liberdades, transcendendo os padrões tradicionais de aferição que costumam vincular a liberdade com o nível de renda das pessoas ou com suas satisfações individuais. Em seguida, critica a colocação do mercado como sendo o melhor dos mecanismos de promoção das liberdades, eis que pautado em critérios prevalentemente econômicos, esquecendo-se de outros fatores que também contribuem para o desenvolvimento (SEN, 2010, p. 34-48). Arremata dizendo que:

> A liberdade individual é essencialmente um produto social, e existe uma relação de mão dupla entre (1) as disposições sociais que visam expandir as liberdades individuais e (2) o uso de liberdades individuais não só para melhorar a vida de cada um, mas também para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes. (SEN, 2010, p. 48-49).

Para tanto, Sen (2010, p. 49) ressalta que a existência de políticas públicas, bem como a participação democrática das pessoas nas decisões de governo, são elementos essenciais para a consecução dessa dupla relação entre indivíduo e sociedade, no contexto das liberdades. Estas, por sua vez, seriam instrumentos ou ferramentas indispensáveis à consecução do desenvolvimento.

Existiriam, assim, "liberdades instrumentais que contribuem, direta ou indiretamente, para a liberdade global que as pessoas têm para viverem como desejarem" (SEN, 2010, p. 58). Conforme o autor, tais liberdades são: (i) *liberdades políticas*, que possibilitam as pessoas determinarem quem deve governar e com base em que princípios; (ii) *facilidades econômicas*, que permitem as pessoas utilizarem os recursos econômicos com o propósito de consumo, produção e troca; (iii) *oportunidades sociais*, que permitem que as pessoas possam desfrutar da verdadeira liberdade subjetiva de viver melhor, tais como educação e saúde; (iv) *garantias de transparência*, que permitem a liberdade de os indivíduos lidarem uns com os outros sob o signo da confiança e com a merecida clareza; e (v) *segurança protetora*, consubstanciada em uma rede de proteção das pessoas contra a miséria e desemprego. (SEN, 2010, p. 58-61).

A interconexão entre as liberdades instrumentais ensejaria uma espécie de "princípio organizador" para a realização do desenvolvimento. As liberdades assumiriam um "[...] papel instrumental da expansão das capacidades na geração da mudança social (indo mundo além da mudança econômica)" (SEN, 2010, p. 376). Apenas com a expansão das liberdades e com o fomento das capacidades das pessoas para promoverem o bem-estar coletivo, é que o desenvolvimento restará alcançado.

Fica claro que o autor insere, no conceito de liberdade, componentes éticos que vão além do individualismo utilitarista tendencialmente resgatado pelo neoliberalismo pós-moderno. É preciso um compromisso social para que o diálogo entre os diversos tipos de liberdades instrumentais possam gerar o desenvolvimento. A ausência de oportunidades ou de uma segurança protetora para os desvalidos importará em verdadeira privação de liberdade, ferindo de morte o processo de crescimento.

Partindo desta perspectiva, o Direito do Trabalho não seria um mero coadjuvante no cenário do desenvolvimento. Ao proporcionar o respeito à dignidade do trabalhador, a norma trabalhista conferirá o temperamento de que a economia precisa para se mostrar viável. A propósito disso, Amartya Sen (1999, p. 94) escreveu sobre a relação entre ética e economia e de como o sistema de valores lhe pode ser benéfico: "o fato de a economia ter se distanciado da ética empobreceu a economia do bem-estar e também enfraqueceu a base de boa parte da economia descritiva e preditiva".

A economia não deve se centrar no pensamento clássico de que os indivíduos se comportam exclusivamente em função do benefício individual, num mundo de escassez. As escolhas comportamentais perpassam interesses sociais, que carregam valores compartilhados pelos membros do grupo:

> o comportamento, em última análise, também é uma questão social, e pensar em termos do que 'nós' devemos fazer ou qual é a 'nossa' estratégia pode refletir um senso de identidade que encerra o reconhecimento dos objetivos de outras pessoas, e das interdependências mútuas existentes (SEN, 1999, p. 101).

Equivocam-se aqueles que pregam o desenvolvimento sem o mínimo de segurança social e o Direito do Trabalho, mormente no que se refere aos seus elementos personalistas, exercerá a contenção ética exigida para que as relações de trabalho, a despeito da fluidez capitalista pós-moderna, possam se aperfeiçoar sob o signo da dignidade, ainda que a economia possa vir a ser consequencialmente afetada.

É preciso, ademais, que esse mesmo Direito do Trabalho, na qualidade de direito humano social, expanda-se transnacionalmente e, internamente, fundamentalize-se nos textos das constituições, recebendo respaldo jurídico que os regimes democráticos valorizam para suas políticas de igualdade e inclusão.

8 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E SEUS POSTULADOS EPISTEMOLÓGICOS: UM OLHAR PERSONALISTA

Embora as Constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919) sejam apontadas como as primeiras a prescreverem um rol significativo de direitos sociais trabalhistas, o constitucionalismo social no mundo ocidental somente ganhou força após a Segunda Grande Guerra, com o advento da declaração da Filadélfia (1946) e da declaração universal dos direitos do homem (1948), cujos princípios formaram a base dos direitos sociais consagrados nos documentos constitucionais contemporâneos (SÜSSEKIND, 2010, p. 13-18).

A ideia de um Estado Social, capaz de fazer valer os direitos de igualdade, dependia de um constitucionalismo dirigente, que impusesse tarefas voltadas à implementação dos fins sociais positivamente consagrados. Canotilho (1994, p.166-169) esclarece que o paradigma da constituição dirigente enseja um verdadeiro propósito de efetividade constitucional, conferindo legitimidade suficiente para a transformação da realidade social.

Com efeito, a segunda metade do século XX foi marcada por uma pujante constitucionalização dos direitos de igualdade, com especial destaque para os direitos trabalhistas e previdenciários. Era indispensável, na perspectiva das democracias sociais, que os textos constitucionais proclamassem abertamente a fundamentalidade de tais direitos, a fim de enunciá-los não apenas como programas governamentais, mas como preceitos dotados da força normativa necessária à sua exigibilidade concreta, com todas as garantias institucionais correlatas.

O fato de o constitucionalismo social ter ganhado corpo nos anos seguintes à Segunda Grande Guerra – como de resto acabou ocorrendo com a própria ideia de constitucionalismo normativo – não significa dizer que a institucionalização positiva do Direito do Trabalho tenha iniciado no mesmo período histórico. Conforme visto anteriormente, as fontes materiais do Direito do Trabalho remontam às décadas finais do século XIX, já havendo registro de inúmeras leis trabalhistas positivadas (e constitucionalizadas) no início do século XX.

Contudo, não se pode negar que o movimento de constitucionalização deflagrado após a Segunda Guerra Mundial foi marcado por uma característica diferente, qual seja: a presença da dignidade humana como princípio unificador do catálogo de direitos fundamentais[1]. Foi a partir da dignidade humana, considerada em suas várias dimensões, que as constituições democráticas do pós-guerra rechearam-se positivamente com direitos essenciais à pessoa humana, tornando-os, com isso, direitos fundamentais.

A dignidade humana foi o caminho que levou (e ainda leva) os direitos sociais ao patamar de fundamentalidade, preenchendo-lhes o conteúdo e apontando-lhes importantes funcionalidades. Além disso, ao se reconhecer a dignidade humana como núcleo axiológico dos direitos sociais (inclusive dos trabalhistas), a aptidão de perpetuidade passa a dar o tom de sua existência, protegendo-os contra os discursos desconstrutivos tão corriqueiros em momentos de crise econômica.

Contudo, a compreensão do processo de constitucionalização dos direitos trabalhistas pressupõe a superação da tese juspositvista de neutralidade normativa, bem como o entendimento das dimensões da dignidade e da materialidade constitucional dos direitos trabalhistas, viabilizando a sua eficácia nas relações privadas e a consequente construção dos postulados epistemológicos de um verdadeiro Direito Constitucional do Trabalho.

8.1 A constitucionalização expansiva dos direitos trabalhistas e a superação neoconstitucional da neutralidade juspositivista

Já se discorreu, no presente trabalho, sobre a superação da dogmática positivista tradicional pela abordagem neoconstitucionalista do Direito, doutrina que, tendo em conta uma percepção moral da Constituição, reconhece a inserção de valores nos textos constitucionais e, sobretudo, a força normativa de seus preceitos, com a introdução dos princípios no sistema normativo concebido no âmbito das democracias constitucionais.

Do ponto de vista neoconstitucional, a Constituição vai além de um simples mecanismo modelador do ordenamento jurídico infraconstitucional, na medida em que "[...] regula e estrutura as atividades jurídicas, política, social, econômica e cultural do Estado e a

[1]Afirma Sarmento (2009, p. 272) que "as constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contém importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados nas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família".

vida em sociedade, limitando os poderes do Estado e garantindo os direitos fundamentais dos cidadãos" (BONIFÁCIO, 2009, p.211).

Morada natural dos direitos fundamentais, a Constituição os unifica através do princípio imponderável da dignidade humana, núcleo ético dos comandos tidos como materialmente constitucionais, referenciando uma postura estatal comprometida com a concretização de suas previsões.

Embora o constitucionalismo moderno tenha nascido atrelado ao anseio de contenção do poder estatal (no paradigma do liberalismo clássico), o certo é que, hoje, no contexto dos Estados democráticos de direito, a sociedade tem exigido muito mais do que a exclusiva proteção das liberdades individuais, condicionando a atuação constitucional em prol da supremacia da dignidade humana também em relação aos direitos sociais.

Não por acaso é que os direitos trabalhistas, enquanto direitos humanos de índole social, não podem deixar de cerrar suas fileiras na direção dos documentos constitucionais, especialmente após a Segunda Grande Guerra, momento histórico a partir do qual a dignidade humana foi alçada ao degrau mais alto de valoração normativa, irradiando, como nunca antes imaginado pelos teóricos do juspositivismo clássico, o conteúdo ético das normas.

Note-se que a expansão do sistema normativo constitucional, ao valer-se dos postulados jurídico-axiológicos abraçados pelo neoconstitucionalismo, encerra, de uma vez por todas, a tese purista de neutralidade moral da norma jurídica, pondo em evidência seus elementos personalistas. Conforme prenotam Peixinho e Merçon (2009, p. 322-323), o neoconstitucionalismo traz consigo um atributo inovador e oposto à teoria juspositivista, superando a tese do Direito centrado em normas moralmente neutras para inserir uma verdadeira axiologia constitucional.

Portanto, se é verdade que o Direito do Trabalho nasce impregnado de humanidade, é pelo veio da dignidade que deve concretizar-se, enquanto direito fundamental constitucionalizado; e não pelo fundamento econômico que precisou enaltecer para ser reconhecido como Direito dentro dos padrões juspositivistas.

Seguindo essa linha de raciocínio, três seriam as premissas básicas através das quais o neoconstitucionalismo permite um avanço na constitucionalização expansiva dos direitos trabalhistas: (i) o papel normativo dos princípios constitucionais de Direito do Trabalho; (ii) a

postura inclusiva e garantista do Estado democrático de direito; e (iii) a abertura constitucional para o reconhecimento da fundamentalidade de tratados internacionais em matéria trabalhista.

8.1.1 O papel normativo dos princípios constitucionais de Direito do Trabalho

Sabe-se que o juspositivismo clássico tinha no modelo fechado da lei sua expressão maior, afinal o juízo hipotético e coativo imaginado por Kelsen melhor serviria à Ciência do Direito se consubstanciado em uma moldura bem definida, enxuta e devidamente protegida contra a interferência de valores morais.

Foi com Dworkin[2] que a textura normativa começou a receber a coloração dos princípios, dotados de densidade jurídica diferida e capazes de carregar componentes axiológicos até então indesejados no sistema de prescrições juspositivistas.

Posteriormente, em Alexy[3] os princípios ganham definitivamente o *satus* normativo, como mandamentos de otimização que norteiam a criação, integração, interpretação e aplicação do direito. Aliás, Alexy teve outra virtude teórica, haja vista que, além de robustecer o reconhecimento normativo dos princípios, os associou aos direitos fundamentais. Os princípios passaram a ser, com isso, a espécie normativa que melhor se harmoniza àquela categoria de direitos, dada a abertura semântica para os valores e o correspondente potencial ampliado de incidência.

Atualmente, não se duvida de que os princípios possuem força normativa, acomodando valores que anunciam seu espaço nos domínios do direito, até porque, enquanto teoria, o neconstitucionalismo suplanta a "[...] tese de que o direito é válido não só pelo cumprimento de requisitos formais de elaboração, mas também pela satisfação de critérios morais de correção", ou seja, o neconstitucionalismo inclui "[...] a correção moral como critério de validação do direito". (TAVARES; CAMARGO, 2009, p. 363).

Uma vez constatado que a doutrina neoconstitucionalista incorpora os princípios no contexto normativo, dotando-os de elevada carga axiológica e, por isso mesmo, transformando-os no modelo mais ajustado às prescrições de direitos fundamentais, não parece haver outro caminho senão a introdução dos princípios de Direito do Trabalho,

[2] Sobre Dworkin ver item 5.1.2 retro.
[3] Sorbe Alexy, ver item 5.1.3 retro.

enquanto garantidores do labor digno e humanizado, no rol de fundamentalidade constitucional.

Não é à toa que o constitucionalismo contemporâneo, além de enunciá-los, propõe-se massivamente à consecução de princípios constitucionais em matéria trabalhista. Escrevendo sobre o tema, Godinho Delgado (2017, p. 37) observa que, nas formações sociais capitalistas, a maioria das pessoas integra-se à comunidade através do trabalho, que precisa ser valorizado e eficientemente protegido, como meio de engrandecimento do próprio ser humano.

Mais adiante, o autor elenca uma série de princípios constitucionais de Direito do Trabalho, que, no geral, figuram nas mais variadas constituições contemporâneas do mundo democrático ocidental, dentre os quais se destacam: (i) princípio do valor social do trabalho e do emprego; (ii) princípio da justiça social; (iii) princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica; (iv) princípio da igualdade e não discriminação no trabalho; e (v) princípio da vedação ao retrocesso social (DELGADO, 2017, p. 38).

No tocante ao princípio do valor social do trabalho e do emprego, Delgado (2017, p. 46-50) assinala a necessidade de assimilação constitucional da premissa de que o ser humano afirma-se individual e coletivamente através do trabalho, garantindo um mínimo de poder social à grande parte da população, sobretudo àquela desprovida de riquezas. Dentre as várias modalidades de trabalho, o emprego regulado e protegido seria o que melhor infirmaria um patamar consistente de realização social do trabalhador, disso decorrendo sua superioridade e presunção de existência.

O princípio da justiça social, na visão de Delgado (2017, p.60-61), denotaria que, independente de suas aptidões ou talentos, cada pessoa humana deve ter acesso às utilidades essenciais de existência comunitária. Dessa maneira, aludido princípio funcionaria como um comando instigador ao desenvolvimento do Direito do Trabalho, cujas normas expressariam uma importante franja da justiça distributiva.

Por sua vez, o princípio constitucional da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica traduz o ditame de que o ser humano situa-se no epicentro das preocupações econômico-sociais, constituindo núcleo basilar da ordem jurídica constitucional. Portanto, é a figura humana do trabalhador que interessa ao Direito do Trabalho constitucionalizado, sendo em função de sua dignidade o empenho de incidência das normas laborativas. Como

consequência, veda-se o uso do trabalho como mercadoria, na medida em que o labor não se desprende do ser humano que o executa. (DELGADO, 2017, p. 42-46).

Já o princípio da igualdade e não discriminação no trabalho materializa-se de diversas formas. Logo de antemão, o autor enfatiza que a igualdade indica uma diretriz mais ampla do que a não discriminação. Esta impediria um tratamento diferenciado em virtude de fatores injustificadamente desqualificantes. Relativamente ao trabalho, tal princípio atuaria em frentes distintas, seja no momento da contratação, ou na fixação do salário, critérios de promoção ou mesmo no ato de dispensa do trabalhador. É, por assim dizer, um princípio de equilíbrio e justeza para com aqueles que vivem do trabalho, conferindo-lhes um piso mínimo de civilidade e tratamento digno (DELGADO, 2017, p. 63-65).

Finalmente, o princípio da vedação ao retrocesso social imprime a diretriz constitucional de que a ordem jurídica não pode incentivar a adoção de normas e institutos que instiguem ou promovam a piora ou degradação do padrão socialmente civilizatório já atingido, tão caro à afirmação histórica dos direitos fundamentais. Delgado (2017, p. 97-99), contudo, vai além para dizer que o cenário normativo constitucional, mormente no que toca aos direitos fundamentais trabalhistas, deve ser encarado progressivamente (princípio da progressividade dos direitos sociais), mediante uma postura de fomento à elevação dos parâmetros estabelecidos.

É de se notar que todos os princípios constitucionais de Direito do Trabalho citados por Delgado (2017, p. 99) desenvolveram-se por ação de um fio condutor conectado à dignidade humana, razão pela qual se sustentam no tripé conceitual humanístico, democrático e social, impondo claras barreiras ao avanço de uma visão meramente econômica das normas trabalhistas.

Dotados de força normativa, referidos princípios, associados a tantos outros que não foram necessariamente lembrados pelo autor e que igualmente desfrutam de materialidade constitucional, evidenciam o elemento personalista como vetor do ordenamento laboral, resgatando e disseminando os valores éticos das normas trabalhistas, capazes de mantê-las sustentáveis mesmo diante das inevitáveis crises econômicas inerentes ao capitalismo contemporâneo.

Além disso, levando em consideração que os princípios são também inspiradores da criação e interpretação do Direito, os comandos principiológicos constitucionalizados em

matéria trabalhista formarão o alicerce sobre o qual todos os demais preceitos infraconstitucionais deverão edificar seus pilares**,** seja no processo de institucionalização positiva, seja na hermenêutica aplicada.

8.1.2 A postura inclusiva e garantista do Direito do Trabalho no Estado Democrático de Direito

A inclusividade e o garantismo têm despontado, nas democracias constitucionais, como desdobramento indissociável do paradigma neconstitucional, trazendo consigo elementos intimamente ligados aos direitos sociais trabalhistas.

Quanto à inclusividade, ganha respaldo um modelo de sociedade cada vez mais voltado à adoção de medidas destinadas à redução das exclusões sociais, dadas as pretensões de pluralismo e universalidade dos direitos fundamentais (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 28).

Ocorre que tratar de inclusão social pressupõe, na esteira do pensamento de Bussinguer (2013, p.17), admitir a existência de pessoas socialmente excluídas: "não faz qualquer sentido falar de inclusão onde não existem excluídos, mas ao mesmo tempo toda inclusão provoca, em certa medida, uma exclusão".

Por outro lado, a exclusão social é consequência natural do capitalismo, que não costuma nutrir maiores preocupações com a condição dos marginalizados (BUSSIGUER, 2013, p.16). Aliem-se a isso os obstáculos impostos pelo neoliberalismo, que resiste aos reclamos de equalização social, tendo em vista sua índole superfluida e individualista (BUSSIGUER, 2013, p.85).

Nada obstante, o constitucionalismo contemporâneo tem colocado a inclusividade como uma das dimensões da democracia, cabendo ao Estado produzir ou, pelo menos, incentivar a produção de mecanismos reais de inclusão social (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 36-37).

O caráter inclusivo aqui destacado não está restrito ao âmbito do Estado, equacionando-se também entre os particulares. Onde quer que haja poder – e este, na pós-modernidade, encontra-se profundamente descentralizado – haverão de existir preocupações legítimas com a inclusividade social. E qual seria, neste particular, o papel do Direto do Trabalho?

Ora, “na sociedade contemporânea, a vasta maioria das pessoas vive dos rendimentos propiciados por seu trabalho”, de modo que a ordem jurídica trabalhista, se bem estruturada, cumprirá “[...] a função decisiva de realizar social e economicamente a Democracia, concretizando, em boa medida, seu objetivo de permanente inclusão das correspondentes populações” (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 108).

Em termos de inclusão, o Direito do Trabalho funcionará como uma espécie de catalisador social, assegurando, ao menos no que toca às relações que regulamenta, direitos básicos àqueles que vivem do trabalho, a ponto de lhes viabilizar uma progressiva inserção comunitária, como consequência do padrão civilizatório inicial estabelecido pelas normas trabalhistas.

Já no que pertine ao garantismo – definido por Ferrajoli (2015, p. 30) como um “[...] modelo de Direito baseado na rígida subordinação à lei de todos os poderes e nos vínculos a eles impostos pela garantia dos direitos, primeiramente, dentre todos, os direitos fundamentais garantidos pela Constituição” – parece claro que o Direito do Trabalho também exerce importante papel, relativamente aos direitos fundamentais de natureza social.

O constitucionalismo garantista rege-se por alguns postulados básicos, de acordo com os quais suas premissas podem ser mais bem dimensionadas. Segundo Ferrajoli (2015), os postulados do protótipo garantista no Estado Democrático de Direito são: (i) *legalidade*, entendida no sentido de que, onde quer que haja um poder (estatal ou extraestatal) e seja ele de que qualidade for (público ou privado), seu exercício deve estar submetido aos direitos e interesses constitucionalmente fixados; (ii) *completude deôntica*, por força da qual onde quer que existam direitos ou interesses constitucionais, deverão existir garantias e deveres correspondentes; (iii) *jurisdicionalidade*, o qual impõe a existência de normas ou institutos jurisdicionais capazes de conter possíveis violações aos direitos constitucionalmente assegurados; e (iv) *acionabilidade*, pois onde quer que exista jurisdição, haverá mecanismos para sua ativação nos casos de violações aos direitos constitucionalmente assegurados (FERRAJOLI, 2015, p. 62-65).

Para o autor, todos os postulados citados estariam interconectados, de forma a construir “[...] um sistema de limites, de vínculos e controles impostos a quaisquer poderes, para a garantia primária e secundária dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos” (FERRAJOLI, 2015, p. 67). É, portanto, o garantismo constitucional que

permite não somente a preservação como o efetivo exercício dos direitos fundamentais, inclusive os de natureza social.

Conduzindo os postulados garantistas em direção ao Direito do Trabalho, não é difícil notar sua coerência com modelo. Levando em consideração que os direitos laborais foram alvo de um processo massivo de constitucionalização, evidente que as garantias de seu cumprimento enxertaram nas constituições o reconhecimento de supremacia normativa necessário ao condicionamento do exercício das liberdades privadas, no contexto das relações de trabalho.

Hoje não se duvida de que os poderes estão descentralizados. Nas formações sociais capitalistas, o Estado deixou de exercer o monopólio do poder, já que boa parte das riquezas encontra-se nas mãos dos particulares. Inafastável, pois, a incidência e irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas, a fim de que tal categoria de direitos seja oponível e exigível também nos domínios da sociedade civil.

Sem falar na ampliação do controle jurisdicional, acessível sempre que um direito fundamental trabalhista estiver sendo violado ou ameaçado de violação. Disso exsurge, como corolário dos postulados garantistas de jurisdicionalidade e acionabilidade, a clara propensão do constitucionalismo democrático à existência de jurisdições especializadas em matéria social – seja através de um ramo judiciário específico, seja mediante a instituição de órgãos tematizados – como vistas fornecer um instrumental compatível com a importância e peculiaridades dos direitos laborais.

Assim, tem-se que a postura inclusiva e garantista do Direito do Trabalho nas democracias constitucionais favorece uma clara aproximação das normas trabalhistas com os valores éticos personalistas, carregando de humanidade todo o cabedal de direitos fundamentais em assuntos laborais, contribuindo, de modo decisivo, com a expansão constitucional desse tipo de preceito.

8.1.3 A abertura constitucional para o reconhecimento da fundamentalidade de tratados internacionais em matéria trabalhista

Se é verdade que o sistema internacional de proteção dos direitos humanos propõe a "cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito" (PIOVESAN, 2010, p. 453); também é verdade que o Direito do Trabalho, em sua matriz personalista, não pode ficar alheio a essa pretensão de

universalização, sobretudo em tempos de globalização econômica e fluidez neoliberal. Nesse sentido, a expansão transnacional dos direitos trabalhistas funciona como uma espécie de contraponto humano à mundialização do capital.

Parece natural que, tendo em vista à aproximação das fontes de direito internacional com o núcleo axiológico da dignidade humana, os sistemas constitucionais dos diversos Estados democráticos, que inserem no bojo de suas preocupações políticas à inclusão e ao desenvolvimento com segurança social, abram-se ao reconhecimento da fundamentalidade dos tratados internacionais em matéria trabalhista, revitalizando a opção de cooperação global em torno da tutela dos direitos laborais.

Embora prevaleça o desígnio de supremacia das constituições, no desenho institucional das fontes normativas preconizadas pela doutrina neconstitucional, aludidos documentos normativos, enquanto *locus* natural dos direitos fundamentais, não devem estatuir-se através de um sistema cerrado, antipático à oxigenação por tratados e convenções internacionais de direitos humanos, inclusive os de índole social.

Nesse particular, Canotilho (1993) realiza importante diferenciação entre o que denomina constitucionalização e fundamentalização dos direitos humanos. Para o autor, a constitucionalização representa a incorporação dos direitos humanos nos textos constitucionais. Já a fundamentalização ou fundamentalidade pode ser formal ou material. Por fundamentalidade formal entende-se a consagração dos direitos humanos no ordenamento constitucional positivo, adquirindo, com isso, grau superior frente aos demais direitos, bem como rigidez no processo de revisão e vinculatividade do Estado e dos particulares. (CANOTILHO, 1993, p. 498-499).

A fundamentalidade material, que exerce um papel mais decisivo na presente investigação, dispensa a exigência de que um direito humano, para ser considerado fundamental, deva encontrar-se expressamente descrito na Lei Maior. Tal atitude teórica fornece suporte para “a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente, mas não formalmente fundamentais” (CANOTILHO, 1993, p. 499). Evidencia-se, com isso, a ideia de cláusula aberta ou não exaustividade dos direitos fundamentais.

Canotilho (1993, p. 499-500) arremata dizendo que “[...] uma compreensão aberta no âmbito normativo das normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais,

possibilitará a concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional". Obviamente os direitos materialmente fundamentais citados pelo autor não só podem como constantemente são conduzidos aos Estados soberanos pelos tratados internacionais.

Acontece que o convívio dos ordenamentos constitucionais com as normas dispostas em tratados internacionais de direitos humanos perpassa, necessariamente, pela questão da soberania dos países e de como seus comandos normativos internos deverão assimilar os compromissos de humanização dos direitos. Quando os temas abordados nos referidos documentos internacionais envolvem assuntos sociais, especialmente aqueles de gênese trabalhista, a problemática se torna ainda mais delicada, do ponto de vista da necessária acomodação dos interesses humanos com os econômicos.

A síntese dialética da norma com a realidade de cada Estado soberano denota a difícil tarefa de harmonização das expectativas manifestadas pelos mais diversificados atores sociais e econômicos. Sem falar que, em se tratando de democracias constitucionais, a opção político-governamental pela prevalência de uma ou outra matriz (social ou econômica) não pode ser desconsiderada, sob pena ineficácia interna do preceito de Direito Internacional.

Não é à toa que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com a merecida cautela e sabedora de possíveis resistências internas sobre seus normativos, admite que os mesmos possam assumir a forma de convenções ou recomendações. As primeiras, enquanto verdadeiros tratados internacionais, costumam impor aos Estados signatários o dever de aplicação, ainda que o processo de internalização possa seguir regras do ordenamento nacional. As segundas, geralmente aventando temáticas mais complexas e polêmicas, estabelecem diretrizes para que os Estados membros da organização apresentem projetos de legislação interna sobre os assuntos recomendados. (SÜSSEKIND, 2000, p.188-197).

Outrossim, as normas internacionais oriundas da OIT possuem, justamente em função da aspiração de universalidade, fórmulas de flexibilidade, que incluem: (i) aceitação parcial da convenção; (ii) aplicação do normativo apenas em relação a determinados setores; (iii) previsão de clásulas escalonadas, que podem ser ratificadas em diferentes níveis de obrigação; (iv) técnica de generalidade, mediante a qual as cláusulas convencionais estatuem princípios gerais, sem precisão ou detalhamento; e (v) diversas soluções para um mesmo problema identificado, conferindo opções ao Estado signatário. (SÜSSEKIND, 2000, p. 184-185).

Nada obstante, a OIT não impede que os Estados signatários disciplinem o procedimento de internalização das convenções internacionais celebradas no âmbito da OIT, tampouco o *status* que assumirão uma vez internalizados. Valério Mazzuoli (2005, p. 82-86), falando da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, mormente no que toca a internalização dos tratados, destaca duas concepções doutrinárias: (i) monista, que defende a incidência direta das normas internacionais nos ordenamentos internos, sendo fonte e fundamento de sua validade; e (ii) dualista, segundo a qual o Estado soberano deve mediar a internalização dos tratados internacionais, transformando-os em leis nacionais.

Todavia, a despeito da corrente doutrinária escolhida (monista ou dualista), o fio condutor desse processo não pode ser outro senão o reconhecimento de que o ser humano, independentemente de sua cultura, heterogenia ou condição social, é dotado de dignidade, cuja pretensão é claramente voltada à universalização. A mesma dignidade que permeia a vida pessoal e familiar, também está presente no mundo do trabalho e não pode ser escamoteada, razão pela qual os preceptivos internacionais em matéria trabalhista estão plenamente autorizados a assumirem o *status* de direitos fundamentais, formal e/ou materialmente constitucionais.

Na moderna teoria dos direitos humanos, consolidou-se a tese de inserção dos direitos sociais trabalhistas no rol de fundamentalidade. Delgado e Ribeiro (2014, p. 64-66) esclarecem que a dimensão ética dos direitos humanos revela-se a partir das noções de dignidade, cidadania e justiça social, todas convergindo para o que denominaram solidariedade social, no sentido de cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais. O Direito do Trabalho, segundo as autoras, responderia pela expressão da referida dimensão ética nas relações laborais.

No plano internacional, as convenções e recomendações da OIT, tendo em conta uma perspectiva pluridimensional de proteção ao trabalhador, relativa às dimensões humanitárias, políticas e, até mesmo, econômicas, retratam-se em fundamentalidade sob a diretriz do trabalho digno para todos, ressaltando os valores éticos de justiça e equidade, que rechaçam a utilização do trabalho como mercadoria (DELGADO; RIBEIRO, 2014, p. 69-70).

Com efeito, os tratados internacionais trabalhistas, de maneira direta ou mediatizada, irradiam-se nos ordenamentos internos das mais diferentes democracias constitucionais que,

por sua vez, têm desenvolvido mecanismos para uma recepção eficiente daquelas diretivas, a fim de, no uso pleno de sua soberania, implementá-las perante seus cidadãos.

Não há dúvidas de que o reconhecimento de fundamentalidade dos tratados internacionais trabalhistas, com ou sem introdução formal nos textos constitucionais, representam importante avanço na superação da neutralidade juspositivista, aproximando o direito de seus componentes éticos e consolidando a expansividade dos direitos laborais como preceitos de dignidade e emancipação desejados por todo o globo.

8.2 Direito do Trabalho como direito humano social constitucionalizado

Já foi abordado anteriormente acerca do rumo que o Direito Privado tomou em direção às constituições, a partir da segunda metade do século XX, especialmente sob o signo da dignidade humana. A doutrina neoconstitucional propõe um constitucionalismo irradiante e com força normativa, que injeta na vida real das pessoas os valores éticos consagrados nos textos constitucionais, orientando não apenas o legislador infraconstitucional, mas a rotina no próprio cidadão.

Com o Direito do Trabalho, o caminho não pode ser diferente, apesar de o seu fundamento econômico impor certas barreiras a uma aproximação plena das normas laborais com os preceitos fundamentais e humanos constitucionalmente positivados. Ressalte-se que o constitucionalismo pós-moderno não ignora a importância da economia, afinal o capitalismo é uma realidade hegemônica e cada vez mais globalizante. Contudo, o Estado constitucional assume um novo papel no ambiente econômico, regulando e conformando o mercado, alocando recursos, desenvolvendo parcerias e, sobretudo, fomentando a economia (MOREIRA NETO, 2009, p. 216).

Há, dentro do paradigma neoconstitucional, uma matriz a ser seguida, em relação à qual não se permite relegar a um segundo plano quaisquer das dimensões da dignidade humana, mormente o direito fundamental ao trabalho digno. Note-se que, embora a economia moderna, sabedora da fluidez das relações, exija um vínculo de trabalho mais maleável, a dignidade no trabalho sempre comporá a pauta constitucional, na medida em que o trabalho não tem como ser substancialmente apartado da pessoa do trabalhador.

O Direito do Trabalho, na qualidade de direito humano social, tem seu lugar na constituição material, consagradora dos valores éticos mais importantes de uma sociedade

democrática e inclusiva. A constitucionalização dos preceitos trabalhistas representa uma salvaguarda necessária do ser humano no mundo do trabalho e um combustível indispensável à contenção de movimentos desconstrutivos dos direitos sociais.

Como acentuam Delgado e Delgado (2017, p. 69), "a condição de dignidade no trabalho se afirma por meio da declaração, afirmação e concretização dos direitos fundamentais, ou seja, as múltiplas possibilidades de trabalho digno se constroem na dinâmica histórica com suporte constitucional". Daí a inserção do Direito ao Trabalho no patamar constitucional. Mas não qualquer trabalho, e sim o trabalho digno, construtivo e emancipatório, que afasta o mero assistencialismo estatal, em busca de uma preocupação legítima com a proteção social.

A compreensão da fundamentalidade constitucional do Direito do Trabalho desafia a investigação de dois aspectos: (i) o direito fundamental ao trabalho digno como dimensão da dignidade humana; e (ii) o reconhecimento da materialidade constitucional dos direitos trabalhistas. Tais aspectos serão analisados a seguir.

8.2.1 As dimensões da dignidade e o direito fundamental ao trabalho digno

Muito se tem escrito acerca da dignidade como princípio unificador dos direitos fundamentais. Enquanto metadireito, a dignidade, a um só tempo, imprime coerência ao catálogo de direitos fundamentais e é por ele protegida, como vértice de materialidade constitucional, transformando-se numa realidade jurídico-normativa, e não apenas em mera categoria antropológica ou filosófica. Como ensina Sarlet (2009, p. 90), a dignidade é algo real e vivenciado concretamente, razão pela qual constitui conceito juridicamente apropriável, embora dotada de várias dimensões.

É exatamente por conta dessa anunciada muldimensionalidade que os contornos jurídicos da dignidade humana – enquanto instituto reconhecido e protegido pelo Direito – são de difícil precisão, o que não quer dizer que tal porosidade deva permanecer cientificamente inexplorada, até mesmo para facilitar as diversas leituras possíveis.

Com a intenção de alcançar uma compreensão suficientemente operacional do conceito de dignidade humana, Sarlet (2009) apresenta algumas de suas relevantes dimensões.

A primeira delas corresponde à dimensão *ontológica* de dignidade. Nesse particular, a dignidade seria um predicado intrínseco à pessoa humana, inalienável e irrenunciável,

qualificando o ser humano como tal. Constitui mecanismo de autodeterminação que estampa respeito e estima, pessoal e coletivamente, indo além da higidez psicofísica do indivíduo para atingir seu âmago, como ser espiritual e autônomo. Compõe sua condição de existência e o capacita como ser moral (SARLET, 2009, p. 91-95).

A segunda dimensão da dignidade, na visão do autor, compreende sua faceta *comunicativa ou relacional*: "[...] não há como desconsiderar a necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos reconhecidos como iguais em dignidade e direitos". (SARLET, 2009, p. 95). As pessoas vivem em comunidade e, no interior desta, é mais do que natural que desfrutem de reconhecimento. Sobressai, aqui, um caráter instrumental da dignidade, produzindo o viés participativo de contribuição para a proteção do conjunto de direitos inerentes ao ser humano.

A terceira dimensão diz respeito à sua perspectiva construtiva, dentro de um contexto *histórico-cultural*. A dignidade, como de regra tudo aquilo que se refere ao ser humano, insere-se numa realidade cultural, que precisa ser contextualizada no espaço e no tempo. Isso não significa que a dignidade não possa ter pretensões de universalidade ou atemporalidade. É aí que entra a diferença entre *dignidade humana* e *dignidade da pessoa humana*, a primeira "[...] reconhecida a todos os seres humanos, independentemente de sua condição pessoal, concreta"; a segunda "[...] concretamente considerada, no seu contexto de desenvolvimento pessoal e moral". (SARLET, 2009, p. 100).

Ainda conforme Sarlet (2009, p. 102-115), a interconexão entre as referidas dimensões cria, para a dignidade, algumas funcionalidades, no âmbito do Estado Democrático de Direito. A primeira seria unificar e legitimar a ordem constitucional, especialmente no tocante aos direitos fundamentais. A segunda consistiria na sua vocação para critério identificador de direitos fundamentais não catalogados no texto constitucional. A terceira traria uma concepção inclusiva, direcionando todos para seus contornos, a partir de premissas democráticas. As dimensões da dignidade acima expostas, assim como suas funcionalidades, podem e devem ser transportadas para o Direito do Trabalho, pressupondo-se que o Estado democrático de direito, no paradigma neconstitucional, preconiza o direito fundamental ao trabalho digno (DELGADO, 2016, p. 178).

Relativamente à dimensão *ontológica*, não se duvida de que o trabalho, muito mais do que um simples instrumento de sobrevivência, introspecta no trabalhador uma expectativa de emancipação. O trabalho apresenta-se como qualidade intrínseca ao ser humano, aspecto que, inclusive, o diferencia de outros seres vivos. A realização pessoal e o comportamento ético do indivíduo são, sem dúvida, influenciados pelo trabalho, como ato de vontade e realização conscientes.

No que pertine à dimensão *comunicativa*, já se falou anteriormente que o trabalho é mediador do reconhecimento recíproco do indivíduo na comunidade, criando condições para o aprimoramento moral da sociedade (WANDELLI, 2012, p. 161). A estima coletiva dentro de um determinado grupo, especialmente nas formações sociais capitalistas, passa, necessariamente, pelo exercício do trabalho digno, revelando elementos de cidadania e solidariedade interpessoal.

Finalmente, na dimensão *histórico-cultural*, o trabalho, apesar das mutações sofridas ao longo dos anos, expande-se transnacionalmente. A globalização amplia as fronteiras do trabalho assalariado, de modo que as barreiras geográficas devem ser revistas, expandindo o conceito de trabalho digno para além das divisas do Estado, a fim de alcançar o maior número possível de trabalhadores. Nesse ponto, entra em cena a ideia de universalidade, que, a despeito das críticas, tem, para com o trabalho digno, verdadeiro compromisso de internacionalização.

A dignidade no trabalho exerceria, com isso, a importante função unificadora dos direitos trabalhistas em torno de uma inafastável fundamentalidade, abrangendo não somente aqueles consagrados nos textos constitucionais, mas também os previstos em outros documentos legislativos ou tratados internacionais.

Apenas quando prestado em condições dignas, "[...] o trabalho não violará o homem como fim em si mesmo. O valor da dignidade deve ser o sustentáculo de qualquer trabalho humano" (DELGADO, 2016, p. 182). Disto decorre a necessidade de focar na tutela da pessoa do trabalhador, e não simplesmente do trabalho. Reduzir a proteção constitucional à preservação de postos de trabalho dá margem para a conformação de trabalhos precários e indignos, o que não coaduna com o núcleo axiológico dos direitos fundamentais.

Gabriela Delgado (2016, p. 183) aponta duas razões primordiais para explicitar o porquê de o trabalho digno ser valorizado nos textos constitucionais democráticos: "primeiro

em razão do nexo lógico existente entre direitos fundamentais [...] e o fundamento nuclear do Estado democrático de direito, que é a dignidade da pessoa humana"; em segundo lugar, "[...] porque apenas o trabalho exercido em condições dignas é tido como instrumento capaz de consolidar a identidade social do trabalhador e de promover sua emancipação coletiva" (DELGADO, 2016, p. 183).

Se a dignidade presente no trabalho o reveste de fundamentalidade, é através dela que o Direito do Trabalho deve ser positivamente normatizado e concretamente interpretado. Como consequência, as normas trabalhistas permanecerão cada vez mais próximas dos textos constitucionais, sobrelevando seus fundamentos personalistas e se protegendo contra os empenhos desconstrutivos constantemente utilizados por aqueles que advogam sua análise meramente econômica.

Enxergar o Direito do Trabalho sobre as premissas de um direito fundamental ao trabalho digno o coloca em um patamar diferenciado, corroborando com a doutrina neconstitucional que resgata os valores éticos umbilicalmente ligados aos princípios existenciais que regem a vida humana em sociedade.

8.2.2 A materialidade constitucional dos direitos trabalhistas

A tese da diferença entre constituição formal e constituição material não é recente. O conteúdo da distinção é que sofreu alterações ao longo dos tempos.

O juspositivismo clássico já reconhecia os sentidos formal e material da constituição. Tanto é verdade que Kelsen, partindo do pressuposto de que o documento constitucional situa-se no nível mais alto do ordenamento jurídico nacional, explicita a diferença.

Para o autor, "a constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas". (KELSEN, 2000, p. 182). Sobreleva-se, nesse particular, a importância da rigidez constitucional, de modo que as previsões consideradas formalmente constitucionais integram o corpo da constituição especialmente em razão do interesse de perpetuidade, tendo em vista a maior dificuldade de alteração.

Já "a constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação de normas jurídicas, em particular a criação de estatutos" (KELSEN, 2000, p. 182). Os estatutos, por sua vez, seriam não apenas a determinação de órgãos e processos legislativos, como do

próprio conteúdo de leis futuras, a partir de uma determinada técnica ou ponto de partida. Assim, a constituição material pode ou não expressar-se através de um instrumento escrito. (KELSEN, 2000, p. 183-184).

A distinção apresentada por Kelsen, centrada na ideia de que existem prescrições que estão no texto da constituição especialmente por conta de sua rigidez, bem como outras que são genuinamente constitucionais, porquanto desfrutam de um lugar natural na essência da constituição, ainda subsiste. O que muda – e isso decorre, em boa medida, da expansividade dos direitos fundamentais – é a compreensão do próprio sentido material de constituição.

Canotilho (2000, p. 66-67) esclarece que a constituição formal aponta para a qualificação, ou seja, para um ato de vontade ou de escolha do poder constituinte de inserir determinado preceito no documento constitucional. Já a constituição material, que ou autor também denomina constituição real, refere-se ao conjunto de valores e opções políticas de fundo, genéticas e indissociavelmente atreladas ao conteúdo das constituições. A dimensão material, portanto, remete-se à essência da constituição, de maneira que certos assuntos, ainda que não estejam solenemente escritos no texto constitucional, serão considerados substancialmente pertencentes à lei maior.

No rol dos preceitos materialmente constitucionais está o catálogo de direitos fundamentais, cuja importância axiológica o torna merecedor do *status* de constituição real. Por estarem adstritos aos valores mais caros da sociedade, proclamadores e, ao mesmo tempo, assecuratórios da dignidade humana, os direitos fundamentais compõem a substancialidade constitucional, de maneira explícita ou implícita. Evidente que, uma vez expressamente inseridos nos escritos constitucionais, os direitos fundamentais adquirem maior rigidez e estabilidade, o que não significa dizer que não haja abertura para novos direitos, especialmente aqueles provenientes dos tratados internacionais em matéria humanitária.

Portanto, o constitucionalismo contemporâneo assimila a constituição material não somente na determinação dos órgãos políticos e administrativos do Estado, como alude a visão kelseniana; incluindo nesse bojo os direitos e garantias fundamentais, eis que expressão genuína da vontade coletiva de promover uma sociedade democrática e inclusiva, que respeita a liberdade e a dignidade das pessoas.

Obviamente que os direitos trabalhistas, enquanto direitos humanos sociais, fazem parte da materialidade constitucional. Como assevera Bonavides (2010, p. 565), “os direitos

sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo [...] era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade". Impõe-se ao aparelho constitucional uma semântica diferente, na qual o individual (liberdade) e o social (igualdade) devem conviver, haja vista a matriz dignificante que reciprocamente veiculam.

Especificamente no que toca aos direitos trabalhistas, considerando suas fontes personalistas, o reconhecimento da fundamentalidade material representa uma aproximação inequívoca das constituições com o sistema de valores, que desde Radbruch[4] já vinha sendo contemplado pelo Direito, ainda que sem a merecida organização teórico-normativa.

Certamente não se ignora que um grande número de regramentos que disciplinam as relações de labor está disposto em normas infraconstitucionais, constatação esta que de modo algum macula a fundamentalidade de outros tantos direitos de índole social trabalhista, notadamente aqueles construídos sobre as bases da dignidade humana e cuja funcionalidade retrata-se através da tarefa inclusiva e democrática de promover o equilíbrio entre o econômico e o humano.

8.3 Eficácia dos direitos fundamentais trabalhistas nas relações privadas

De pouco adiantaria um catálogo de direitos fundamentais sem que a correspondente exigibilidade prática fosse possível. Até porque os limites e possibilidades do Direito Constitucional situam-se no condicionamento recíproco entre as normas e a realidade social. No momento em que o constitucionalismo contemporâneo reconheceu a força normativa das constituições, sua expansão nas diversas dimensões da vida em sociedade mostrou-se inevitável.

Diante do pluralismo presente nas formações sociais pós-modernas, os poderes se dissiparam, criando novos núcleos de concentração, que não necessariamente estão reunidos em torno do Estado. Não raro, a assimetria entre os sujeitos das relações privadas faz com que o exercício do poder se apresente abusivo, resultando em manifesta violação a direitos fundamentalmente consagrados. Neste contexto, admite-se a oponibilidade dos direitos

[4] Sobre a contemplação valorativa do direito de Gustav Radbruch ver item 5.1.1.

fundamentais aos particulares, ensejando o que se convencionou denominar de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*[5].

Segundo Barroso (2009, p. 81), "eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, seus efeitos típicos". Portanto, falar em eficácia horizontal das normas de direito fundamental significa dizer que seus preceitos estão aptos a produzir efeitos em relação aos particulares, vinculando-os diretamente àquilo que enunciam.

Sobre o tema, Sarmento (2010, p. 187-215) explicita um manancial de teorias, que parte desde a sua total negação, transcorrendo pela chamada eficácia indireta ou imediata (assim entendida como aquela que exige a atuação do Estado para incidir na esfera privada), até culminar com a tese da eficácia direta ou imediata de tal categoria de direitos perante os agentes privados. Especificamente quanto a esta última, o autor esclarece que tem ganhado corpo, desde a segunda metade do século XX, posições no sentido de que os direitos fundamentais possuem exigibilidade imediata junto aos particulares, ainda que o Estado, residualmente, possa vir a ser acionado para assegurar a efetividade prática de tal incidência. (SARMENTO, 2010, p. 204-216).

Sarlet (2009, p. 598-604), por sua vez, chama atenção para argumentos no sentido de que a eficácia dos direitos fundamentais sobre os particulares jamais será direta, pois, mesmo oponíveis aos agentes privados, é preciso atuação complementar do Estado para fazer valer tais direitos, especialmente nos casos de violação. Por outro lado, o autor admite a possibilidade de eficácia *prima facie* dos direitos fundamentais entre os particulares, embora reconheça que tal eficácia não seja absoluta, mas flexível e gradual, de maneira a preservar a autonomia e a liberdade intersubjetivas.

O fato é que – de modo direto ou indireto, imediato ou imediato, com ou sem o auxílio do Estado – a observância dos direitos fundamentais pode e deve ser exigida dos particulares, inclusive nas relações de trabalho, marcadas pelo desequilíbrio material entre os contratantes.

Se hoje não se duvida da fundamentalidade dos direitos trabalhistas e sendo suas prescrições voltadas a assegurar o mínimo de dignidade ao ser humano trabalhador, signatário

[5] A expressão *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, designando sua oponibilidade aos particulares, contrapõe-se à expressão *eficácia vertical dos direitos fundamentais,* traduzindo sua oposição em relação ao Estado.

de um contrato privado, impossível ignorar a incidência desses mesmos direitos na dita relação particular. Quer-se dizer que um tomador de trabalho dependente, como efeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais trabalhistas, não pode, sob pretexto algum, conduzir-se no sentido de violar quaisquer das dimensões da dignidade do trabalhador.

Como ressalta Amaral (2014, p. 100), levando-se em consideração as próprias características da relação de trabalho, na qual o obreiro encontra-se inserido em uma organização e comprometido com o poder exercido pelo empregador, expressando inegável autoridade privada, a tutela jurídica dos direitos fundamentais trabalhistas, especialmente aqueles ligados à liberdade, privacidade e higidez psicofísica do trabalhador, afigura-se imperativa.

O fenômeno do poder tem nas organizações empresariais um de seus centros simbólicos de exercício. De acordo com Lima Filho (2017, p. 46), a empresa é, ao mesmo tempo, um espaço e uma fonte de poder, que se expressa de maneira assimétrica (hierárquica) ou horizontal, seja na divisão do trabalho ou na forma como as atividades são coordenadas, formando um conjunto de prerrogativas ao qual o empregado deve sujeitar-se.

Não se pode, porém, pressupor que o empregado encontra-se sempre em situação de opressão. Generalização desse tipo, além de atentar contra o Direito do Trabalho e sua verdadeira função, ofusca o diagnóstico de realidades nas quais, por vezes de modo sutil, aperfeiçoam-se as mais danosas violações aos direitos fundamentais trabalhistas. Daí a necessidade de encontrar, na multiplicidade de comportamentos que poderão compor o desenvolvimento da relação trabalhista, aqueles cujos direitos de dignidade foram usurpados, viabilizando uma correspondente e eficiente proteção.

Por outro lado, torna-se extremamente difícil – e até mesmo não recomendável – estatuir-se um rol taxativo de direitos fundamentais trabalhistas passíveis de serem violados. Como toda e qualquer relação humana, o vínculo de trabalho está sujeito à dinâmica da vida comunitária que, notadamente nas formações sociais pós-modernas, vem marcada pela nódoa da fluidez, modificando-se com uma velocidade que não permite antever todas as potenciais transgressões aos limites impostos pelo respeito à dignidade do trabalhador.

Nada obstante, Romita (2014, p. 38-49) elenca, ilustrativamente, alguns direitos fundamentais eficazes nas relações de labor, dentre os quais se destacam: (i) igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego, não se admitindo qualquer discriminação por

ocasião da contratação, promoção, fixação de salário ou manutenção do emprego; (ii) sindicalização, sendo livres a filiação e a desfiliação sindicais; (iii) saúde e segurança no trabalho, preservando-se a higidez psicofísica do trabalhador e o meio ambiente do trabalho; (iv) proteção à intimidade, vedando-se a revista íntima e demais atos que violem a vida privada do trabalhador; e (v) liberdade de manifestação de pensamento, não se podendo impedir que o empregado expresse suas opiniões, desde que não atentem contra a ética da empresa.

Renato Rua de Almeida (2010, p. 147), por sua vez, fala que não apenas os direitos fundamentais específicos, assim entendidos como aqueles diretamente ligados ao vínculo de emprego; como os inespecíficos, relacionados à cidadania e à personalidade do empregado, desfrutam de eficácia horizontal, vinculando o empregador à sua observância.

Nessa perspectiva, amplia-se o espectro de incidência dos direitos fundamentais trabalhistas nas relações de labor, conferindo-se a proteção merecida a todos aqueles preceitos que, de alguma maneira, possuem a essência adstrita ao postulado imponderável da dignidade humana, levando em consideração sua multidimensionalidade, mas com especial enfoque às repercussões atinentes à pessoa do trabalhador.

Independentemente do nível de incidência do preceito nas relações privadas de trabalho, o acolhimento da tese de eficácia horizontal demonstra o caráter expansionista e irradiante da norma de direito fundamental em matéria laboral, corroborando com a doutrina neoconstitucional de aproximação com os valores, sobretudo aqueles que compõem o substrato ético da dignidade humana.

Se o juspositivismo clássico, preso ao formalismo científico e à neutralidade moral da norma, não cedeu espaço à exigibilidade de certos direitos nos domínios da relação de trabalho; a postura evocada pelo constitucionalismo contemporâneo não só autoriza, como incentiva a eficácia dos direitos fundamentais trabalhistas perante o empregador, o que por si já evidencia um renovado padrão de aplicação normativa, que não desconhece o elemento humano, tampouco menospreza suas potencialidades.

8.4 Os postulados epistemológicos do Direito Constitucional do Trabalho sob o paradigma personalista

De tudo que se escreveu até aqui, parece indiscutível que o ambiente jurídico no qual o Direito do Trabalho se institucionalizou alterou-se substancialmente. O paradigma asséptico e

pretensamente neutro do juspositivismo clássico, hoje, em tempos de neconstitucionalismo, se oxigena de valores éticos construídos com amparo no reconhecimento de centralidade da pessoa e de sua dignidade.

Decerto, as fontes materiais personalistas que, nas décadas finais do século XIX e início do século XX, impulsionaram a institucionalização normativa do Direito do Trabalho encontrariam um respaldo bem mais consistente no sistema jurídico contemporâneo, comprometido com a dignidade humana em todas as suas acepções, inclusive nos domínios do trabalho.

Acontece que o Direito do Trabalho, por ser ambivalente e considerando a neutralidade axiológica imposta pelo juspositivismo, acabou deixando prevalecer, de maneira mais evidente do que a desejada, a faceta econômica, claramente consequencial e que hoje responde pela grande maioria dos argumentos de desconstrução de suas normas, pois, se o Direito do Trabalho serve à economia, esta poderá simplesmente descartá-lo quando os serviços não forem mais desejados, esquecendo-se do elemento humano presente na relação laboral.

O modo de entender o Direito do Trabalho precisa urgentemente alinhar-se aos ditames do constitucionalismo contemporâneo, que se depura na ótica personalista de resguardo à dignidade do ser humano trabalhador, visto ser exatamente esta a semântica dos sistemas normativos nacionais e internacionais do século XXI. Edificar postulados epistemológicos personalistas para o Direito do Trabalho representa, a um só passo, seu ajuste com os valores ético-humanitários e a segurança de existência desse ramo jurídico social, tão relevante para as democracias pós-modernas.

É nesse sentido que, a seguir, se propõe um olhar personalista sobre alguns dos mais importantes institutos laborais, tais como a garantia de aplicabilidade dos direitos fundamentais trabalhistas, a ressignificação do princípio da proteção, a perspectiva colaborativa da relação contratual, o amparo à saúde e segurança no trabalho e o direito fundamental à sindicalização e à negociação coletiva eficiente.

b) A garantia de aplicabilidade dos direitos fundamentais trabalhistas: uma crítica ao déficit de constitucionalidade

O tema da aplicabilidade das normas constitucionais não é novo. José Afonso da Silva (2004, p. 13), em importante obra sobre o assunto, esclarece que não se deve confundir

aplicabilidade com efetividade da constituição: a primeira refere-se à qualidade de ser aplicável; a segunda preocupa-se em definir se seus efeitos são realmente produzidos.

Para o autor, as normas constitucionais devem ser classificadas, quanto à sua aplicabilidade, em: (i) normas de eficácia plena, que desde a entrada em vigor da constituição já produzem ou são capazes de produzir efeitos essenciais, sem a necessidade de leis infraconstitucionais; (ii) normas de eficácia contida, que o constituinte regulou de modo suficiente, mas deixou margem para uma atuação restritiva do legislador ordinário; e (iii) normas de eficácia limitada, que traça esquemas gerais de estruturação e aplicação, deixando a cargo do legislador ordinário a edição de lei que as estruture em definitivo (SILVA, 2004, p. 101, 116 e 126).

No tocante aos direitos sociais, José Afonso da Silva (2004, p. 144-147) faz menção ao caráter programático dos normativos constitucionais, pois, segundo o autor, não é fácil estabelecer a justiça social e, por isso, o Estado deveria assumir apenas o compromisso de implementação oportuna.

Luís Roberto Barroso (2009), por seu turno, também aborda a programaticidade de algumas normas constitucionais, esclarecendo, porém, que seus efeitos bipartem-se em imediatos e diferidos: os primeiros passíveis de serem realizados de antemão e os segundos transportados para um momento futuro, de acordo com a oportunidade e conveniência do executor. Barroso (2009, p. 116-117), contudo, deixa claro que negar eficácia jurídica a uma norma constitucional, ainda que de caráter programático. Assim, tal espécie normativa, além e invalidar os atos normativos anteriores que com ela colidam, criaria um juízo de inconstitucionalidade aos atos posteriores que lhe contrariem.

A tese de programaticidade das normas sociais, sobretudo quando apregoada de modo generalizante, atende aos interesses da doutrina juspostivista, que, ao demandar exigibilidade coativa para prescrições, deparava-se com enorme dificuldade de inserir preceitos de justiça social dentro dos critérios de normatividade.

Ocorre que as normas de Direito Social devem ser avaliadas com cautela, notadamente no que se refere à sua aplicabilidade. Isto porque, é preciso diferenciar as normas sociais que se dirigem ao Estado, enquanto responsável por políticas públicas de inclusão e equidade; daquelas que regulam relações particulares, como acontece com as normas de direito do trabalho. Uma coisa são normas de natureza prospectiva, que dependem de recursos públicos

e ambiente político adequado para sua consecução; outra coisa são normas que disciplinam vínculos laborais e o modo como eles se desenvolvem na sociedade.

Os direitos trabalhistas expressam-se através de normas com genética social, mas funcionalidades que não permitem sua introdução do rol de programaticidade normativa. Ao incidirem nas relações individuais e coletivas de trabalho, as normas constitucionais em matéria laboral devem ter aplicabilidade imediata e, de preferência, eficácia plena, porquanto marcadas pelo signo da fundamentalidade.

Ignorar tais características seria o mesmo que as normas constitucionais trabalhistas ao que Marcelo Neves (2007, p. 113-116) chama de "constitucionalismo simbólico". Quando o autor aborda o simbolismo das normas programáticas, deixa evidente que há um equívoco na compreensão do que elas realmente são, de maneira que não raro os agentes políticos as utilizam como mero subterfúgio ideológico para o pseudodiscurso de constitucionalismo social. Os direitos fundamentais trabalhistas, além de não serem vazios de significado, desfrutam de uma essencialidade tamanha que, até mesmo quando dependentes de lei infraconstitucional para a produção integral de seus efeitos, não podem ser considerados ineficientes. Barroso (2009, p. 143) assevera que alguns direitos sociais podem ser considerados direitos subjetivos, "[...] tutelando bens e interesses pronta e diretamente exigíveis". Entretanto, aqueles cuja plenitude dos efeitos, por escolha do constituinte, depende de norma infraconstitucional, impõem ao legislador um comando de rápida atuação, sob pena de indesejado déficit de constitucionalidade.

Não se pode admitir que um direito fundamental encontre óbice de exercício por inércia do legislador ordinário. Em tais casos, exsurgem as garantias de efetividade das normas constitucionais, como nas declarações de inconstitucionalidade por omissão ou nas ações de injunção: as primeiras colocando em mora o poder legislativo e lhe estabelecendo um prazo para o desempenho se sua tarefa legiferante; as segundas suprindo, mediante decisão judicial, as lacunas legislativas (BARROSO, 2009, p. 158 e 256).

O ser humano é peça central na fundamentabilidade material das constituições contemporâneas, sendo verdadeiro afronta à sua dignidade impor barreiras factuais ou normativas ao exercício pleno de seus direitos constitucionalmente consagrados. Com os direitos fundamentais trabalhistas não é diferente, já que a dignidade também se espelha na

esfera do trabalho, razão pela qual, no paradigma personalista, é inconstitucional negar aplicabilidade aos preceitos laborais pautados pela constituição.

O olhar personalista não admite outra postura que não aquela que garanta aplicabilidade direta e eficácia plena aos direitos fundamentais trabalhistas, tornando impositiva a superação de todo e qualquer déficit de constitucionalidade nesse particular.

c) O princípio da proteção e o respeito à dignidade do trabalhador

Em capítulo anterior[6], viu-se que um dos institutos trabalhistas que sofreu interferência da adaptação ao paradigma juspostivista foi o princípio da proteção, tão caro ao Direito do Trabalho. Fortemente associado à ideia de desigualdade econômica, o caráter tuitivo da norma trabalhista nasceu imbuído da finalidade de equilibrar a relação, obscurecendo, contudo, o elemento patrimonial que, mesmo sob o argumento de promoção da isonomia material, jamais deixou de justificá-lo.

Não se deseja, aqui, repisar na crítica já elaborada. Contudo, é impossível ignorar as distorções geradas pela visão reducionista do aludido princípio. Isto porque, a premissa basilar que sempre foi utilizada na sua composição teórica pautou-se nos postulados de desigualdade substancial e fragilidade do empregado.

Guilherme Dray (2015, p. 29), inclusive, aborda em que medida o Direito Privado promove a tutela do contratante mais débil, assinalando que o próprio Direito Civil, em virtude de um forte impulso renovador, "[...] tem dado paulatinamente lugar a um ramo de direito suscetível de intervir no sentido de reequilíbrio das prestações, da promoção da igualdade substancial, da procura da justiça contratual comutativa e da tutela da parte mais fraca".

Ocorre que a vinculação umbilical do princípio da proteção com a desigualdade material nas relações de trabalho, bem como com o prenúncio de fragilidade genética do trabalhador, atenta contra sua real finalidade.

Ora, a desigualdade material entre empregado e empregador nem sempre é tão evidente. Especialmente em países com desenvolvimento tardio, é bastante comum a existência de pequenos empreendedores, que, embora assumam os riscos da atividade

[6] Vide capítulo 4, item 4.3, b.

econômica, raramente são patrimonialmente abastados. Em tais casos, empregado e empregador estão mais próximos, do ponto de vista material, do que se imagina.

Outrossim, a presunção quase absoluta de que o empregado é o polo mais fraco da relação, traz a impressão equivocada de assistencialismo da norma laboral, contrariando até mesmo a visão pós-moderna de igualdade como respeito às diferenças. Muitos empregados, nos dias de hoje, não querem ser considerados aprioristicamente frágeis, desenvolvendo em si, muitas vezes, um sentimento de rejeição às intervenções feitas pelo direito do trabalho.

Na verdade, a desigualdade material e a debilidade do empregado não passam de acessórios ao elemento nuclear do princípio da proteção, qual seja: assegurar o respeito à dignidade do ser humano trabalhador. É nessa perspectiva que o olhar personalista do Direito do Trabalho deve consolidar-se, sobrelevando o sistema de valores éticos da norma trabalhista, edificado sobre os alicerces da dignidade da pessoa humana.

Nas formações sociais pós-modernas, superfluidas e regidas pelos ditames de um capitalismo volátil e mundializado, querer sustentar o princípio da proteção nas premissas de desigualdade material e debilidade do obreiro pode representar o seu desfalecimento progressivo, tendo em vista colocar em um plano secundário, ainda que de forma não intencional, o postulado imponderável da dignidade humana nos domínios do trabalho.

Conforme acentua Wandelli (2012, p. 208), “conceber e lutar por um projeto de vida digna dentre de marcos de factibilidade exige considerar as condições estratégicas que se modificam historicamente”. Segundo o autor, os limites e as condições para reconstrução do direito do trabalho passam por essa constatação.

Destarte, manter o princípio da proteção atado à finalidade de nivelação material e salvaguarda dos debilitados abre perigosas brechas para entrada dos argumentos neoliberais de análise meramente econômica do Direito do Trabalho. Para tanto, basta apontar as imperfeições factuais que tais desideratos buscam solucionar e que, por diversas vezes, não se confirmam. Sem falar na porosidade para a renúncia de incidência por parte dos trabalhadores que, conscientemente, não clamam pela assistência normativa.

Se o princípio da proteção promove a igualdade contratual e ameniza a debilidade do empregado, o faz como consequência da salvaguarda da dignidade do trabalhador, pois a afirmação das premissas constitutivas de um direito do trabalho constitucionalizado, fundado

na plataforma constitucional de proteção ao trabalhador, condiciona-se ao prisma da dignidade humana. (DELGADO, 2016, p. 175).

Em síntese, quer-se dizer que, no paradigma personalista, a dignidade do ser humano trabalhador deve ser, a um só tempo, os pontos de partida e de chegada do princípio da proteção. Qualquer tentativa de transformar o trabalho em mercadoria e o trabalhador em instrumento coisificado desse processo malferirá o preceito tuitivo, ainda que não haja desigualdade econômica entre os sujeitos da relação ou fragilidade visível do empregado.

d) O caráter construtivo e emancipatório do trabalho: repaginando a autonomia contratual e a subordinação assimétrica

Assim como ocorre com o Direito do Trabalho, o fenômeno do trabalho goza de ambivalência, na medida em que pode ser enxergado como fator de produção (vertente econômica) ou como ferramenta de promoção da dignidade e do reconhecimento social do trabalhador (vertente personalista). A associação do trabalho aos insumos de produção e a sua regulamentação normativa baseada nessa perspectiva atenderam aos interesses juspositivistas de neutralidade ética do Direito. Porém, em tempos de constitucionalização do Direito Privado e composição axiológica das constituições, o caráter construtivo e emancipatório do trabalho deve assumir o merecido lugar de destaque.

Seguindo a trilha personalista, há de se avaliar o modo como a autonomia contratual deve ser percebida na pós-modernidade. Isto porque, na *Era dos Códigos*[7], prevalecia o ideário de liberdade individual e igualdade formal, sobressaindo a autonomia contratual como garantia do não intervencionismo estatal nas relações privadas. Posteriormente, com a assimilação dos valores pelo direito e a consequente aproximação do Direito Privado com os textos constitucionais, os contratos passaram a assumir uma função social, não mais habitando o núcleo exclusivo da vinculação particular.

Enoque dos Santos (2003, p. 2-3) – após esclarecer que o vocábulo "função" enseja obrigação de cumprimento para uma dada atribuição, e a palavra "social" refere-se à coletividade, ou seja, direciona-se àquilo que envolve uma comunidade – assevera que a função social dos contratos provocou uma erosão no arquétipo da autonomia contratual, deslocando o eixo gravitacional dos pactos, antes restrito aos signatários, para os valores socialmente relevantes.

[7] Entre o fim do século XVIII e maior parte do século XIX.

Segundo o autor, no contexto dos contratos de trabalho, a propagada funcionalidade social se expressa de várias maneiras, seja através da continuidade do vínculo, seja na assimilação de conteúdos não necessariamente econômicos e, principalmente, no resguardo dos direitos fundamentais do trabalhador. Neste último ponto, Enoque dos Santos reforça que a dignidade da pessoa humana é um *standard* mínimo a ser estampado nos contratos de trabalho, como reflexo de sua função social, haja vista consubstanciar um valor coletivamente desejável e juridicamente protegido. (SANTOS, 2003, p.6-11).

Assim, a autonomia dos sujeitos no contrato de trabalho não pode olvidar para a dignidade do ser humano trabalhador, notadamente porque a separação entre o trabalho e a pessoa que o executa não passa de mera ficção. Destarte, toda e qualquer cláusula do contrato de trabalho que violar a dignidade da pessoa humana autorizará a derrogação do preceito do *pacta sunt servanda* em favor do humanismo negocial.

No paradigma personalista, não apenas a autonomia contratual deve ser colorida com os tons da dignidade humana, vez que o conceito de subordinação nos contratos de trabalho precisa ser revisitado com idêntica acuidade. Conforme assinala Rodrigo Trindade de Souza (2008, p. 101), a função social do contrato e a dignidade da pessoa humana mudaram a lógica das relações, fazendo com que a subordinação e a proteção da propriedade privada se curvassem aos referidos postulados ético-normativos.

O elemento da subordinação nos contratos de trabalho movimentou-se de sua matriz clássica, consubstanciada na sujeição vertical do empregado aos poderes de comando assimétrico do empregador (PORTO, 2009, p. 43), para uma significância muito mais maleável, acomodando sob sua égide não somente o obreiro linearmente dependente, mas aquele que, mesmo inserido em um contexto de maior liberdade laborativa, não pode ser considerado plenamente autossuficiente ou verdadeiramente autônomo.

Tanto é verdade que Lorena Porto (2009, p. 264) propõe uma ampliação no alcance das normas trabalhistas para além dos empregados verticalmente subordinados, acomodando em suas prescrições – com medida de equivalência, mas não necessariamente de igualdade – outras categorias de trabalhadores, como os eventuais e os parassubordinados.

A consciência de que as relações laborais se modificaram é essencial para a sobrevivência do próprio Direito do Trabalho. Sendo a subordinação elemento indissociável do vínculo de emprego, torna-se oportuno que seus contornos admitam traços mais flexíveis,

a fim de abarcar situações factuais que, embora não verticalizadas, semeiam solo fértil para a violação da dignidade do trabalhador.

Não é à toa que, ultimamente, tem sido constantemente sugerida uma revisão do conceito de subordinação, pois a organização piramidal do trabalho, que perdurou por longo período, vem ostentando uma nova engenharia, na qual prevalecem a dispersão das atividades, a desconcentração produtiva, a flexibilidade na execução do trabalho e o estímulo à capacidade criativa do trabalhador (FERREIRA, 2017, p. 80-83).

O fato é que, a partir do marco personalista, o caráter construtivo e emancipatório do trabalho, porquanto coligado ao componente ético e imponderável da dignidade, além de não permitir a consumação de abusividades contra a figura humana, sob o pretexto da autonomia contratual; também expande as fronteiras da subordinação para englobar atividades laborativas que, inobstante não retratem uma estrutura verticalizada de comando, desafiam a incidência das normas trabalhistas como forma de evitar o processo de corrosão dos patamares básicos de civilidade do trabalhador.

e) Segurança e saúde no trabalho e a higidez psicofísica do trabalhador: uma visão neconstitucional sobre a responsabilidade por danos acidentários

Segundo Moraes (2010, p. 85), a integridade psicofísica do ser humano constitui elemento essencial ao substrato material da dignidade, tornando imperioso o compromisso constitucional com o bem-estar do indivíduo, em todas as esferas da sua vida, inclusive no ambiente de trabalho. Afinal, o local de labor é espaço para a construção de estima e sobrevivência digna, e não para a ocorrência de acidentes e doenças ocupacionais. Se o ser humano é o ponto de partida e de chegada dos direitos fundamentais, a tutela normativa de sua saúde deve ser a mais ampla possível.

No prelúdio do capitalismo industrial, décadas antes das primeiras preocupações normativas com a segurança e higiene no trabalho, as fábricas eram palcos de constantes infortúnios, que mutilavam os corpos e ceifavam as vidas de trabalhadores. Não é à toa que Souto Maior identifica o acidente de trabalho, ou melhor, a necessidade de se estabelecer obrigações atinentes à sua prevenção e reparação, como um dos principais impulsos para a institucionalização positiva dos direitos sociais trabalhistas (SOUTO MAIOR, 2007, p. 18).

Nesse particular, cabe a lição acerca da evolução de abordagem da responsabilidade por danos acidentários, refletindo uma clara alteração da racionalidade econômica para a

personalista, com o consequente deslocamento da figura do infrator para a pessoa do vitimado.

Numa perspectiva essencialmente econômica, a reparação dependerá da presença dos chamados filtros de responsabilização: (i) conduta ilícita; (ii) dano propriamente dito; (iii) nexo de causalidade; e (iv) dolo ou culpa do causador da lesão. Corroborando com a doutrina liberal de responsabilidade subjetiva do infrator, exige-se, aqui, não apenas a ilicitude da conduta, como a presença do elemento subjetivo da culpa ou do dolo do agente (SHREIBER, 2013, p. 11).

Acontece que, diante da multiplicidade de situações concretas, os filtros tradicionais de reparação iniciaram um progressivo processo de fragmentação, dada a necessidade cada vez maior de se promover uma adequada compensação para os danos que afetam os direitos fundamentais da vida e da saúde do ser humano. Shreiber (2013) aponta para o que denomina de *corrosão dos filtros de reparação*, com especial destaque para a culpabilidade e para o nexo de causalidade.

No tocante à culpabilidade, o autor chama atenção para a dificuldade probatória de sua presença, eis que inserida na subjetividade do infrator, criando indesejado obstáculo à responsabilização (SHREIBER, 2013, p. 17-19). Relativamente ao nexo causal, Shreiber (2013, p. 56-63) fala da imprecisão quanto à natureza da causa: se será a mais adequada ou a mais eficiente; ou, ainda, se interferiu direta ou apenas indiretamente para o resultado danoso.

Note-se que a excessiva vinculação da responsabilidade à culpabilidade do infrator deixa evidente que, no paradigma subjetivo, o foco está centrado no agente causador do dano, que merece ser penalizado pelo que fez. Contudo, a partir do prisma personalista da responsabilidade, no qual prevalece a tutela da dignidade, deve-se deslocar o propósito punitivo do infrator para a salvaguarda do vitimado, isto é, se alguém sofreu um dano indenizável merecerá a correspondente reparação, ainda que o sujeito causador não tenha agido com dolo ou culpa (MORAES, 2010, p. 323).

Exsurge, daí, a teoria objetiva da responsabilidade, que dispensa a presença da culpabilidade e, por consequência, confere ao nexo causal densidade mais flexível à acomodação nas inúmeras situações da vida social que podem gerar danos indenizáveis. O importante é que a vítima de violação à higidez psicofísica seja adequada e prontamente ressarcida, haja vista a proteção normativa de seus interesses existenciais.

A mesma lógica de objetivação da responsabilidade, na matriz personalista, deve ser transportada para a responsabilidade por danos decorrentes de acidentes de trabalho. Aliás, em se tratando de infortunística laboral, não é de hoje que a responsabilidade do empregador por danos acidentários tende à objetivação, criando, em muitos sistemas normativos, a instituição de uma cobertura securitária obrigatória custeada pelo tomador de trabalho, com o intento de reparar os prejuízos gerados pelos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais (OLIVEIRA, 2006, p. 89).

O desdobramento inevitável de elevação do ser humano e de sua dignidade ao núcleo dos ordenamentos normativos, na *Era dos Valores*, responderá pela superação da teoria subjetiva da responsabilidade, alicerçada nos conceitos de dolo e culpa, pela sua objetivação, de modo que o empregador será compelido a pagar seguro acidentário ou responderá, caso o evento esteja descoberto, pelas lesões sofridas pelo trabalhador, sem a necessidade de se recorrer à demonstração dos elementos subjetivos.

Isso não quer dizer que a responsabilidade do empregador será absoluta ou integral, dispensado a presença de todo e qualquer filtro de responsabilização. Significa, ao revés, que a obrigação de reparabilidade, sempre que verificados danos a direitos fundamentais ligados à vida e à saúde do trabalhador, há de ser implementada, ainda que o infrator não tenha agido com culpa ou intenção. A ideia não é penalizar o agente causador, mas compensar o vitimado.

Por outro lado, o paradigma personalista não restringe sua atenção somente para a reparação dos danos acidentários sofridos, mas, especialmente, para sua prevenção. As providências preventivas são salutares e denotam a doutrina de proteção integral ao ser humano trabalhador: "[...] não basta ao sistema jurídico assegurar direitos reparatórios aos lesados (monetização do risco segundo a visão da infortunística); é imperioso, também, exigir que o empregador [...] adote todos os recursos para evitar acidentes e doenças ocupacionais (visão prevencionista)" (ROCHA, 2016, p. 45).

O desígnio de preservar um meio ambiente de trabalho adequado e despoluído ultrapassa as fronteiras dos Estados soberanos, consubstanciando objeto dos mais relevantes tratados internacionais em matéria trabalhista, como nos casos das Convenções da OIT números 148, que trata da contaminação do ar, ruído e vibrações; e 155, que versa sobre a segurança e saúde dos trabalhadores em geral (ROCHA, 2016, p. 45). Tal pretensão

internacional retrata o desejo de que as posturas inibitórias sejam adotadas onde quer que se desenvolva o trabalho dependente, porquanto desempenhado por seres humanos.

A adoção de medidas preventivas alinha-se, de modo muito mais ajustado, à visão personalista do Direito do Trabalho, que rechaça a mera monetização dos riscos acidentários ou mesmo uma sobreposição dos interesses econômicos aos humanísticos. Apenas quando a prevenção não seja eficiente, é que o empenho ressarcitório deverá entrar em cena, sempre com os olhos voltados para a pessoa do vitimado, tornando o mais objetivo possível à caracterização da responsabilidade, sem que isso afete, por óbvio, a segurança jurídica da aferição.

f) O direito fundamental à sindicalização e o exercício da liberdade sindical: uma necessidade para a negociação coletiva eficiente

O paradigma personalista também está presente na dimensão coletiva das normas trabalhistas, que cuidam das relações estabelecidas entre categorias e tem uma amplitude de incidência relevantíssima para a salvaguarda do direito fundamental ao trabalho digno. Até porque o surgimento das agremiações sindicais e fortalecimento de suas conquistas através dos movimentos de reivindicação e negociação coletivas foram determinantes para a institucionalização positiva do direito do trabalho no mundo ocidental.

O direito fundamental à sindicalização e a liberdade sindical compõem, por assim dizer, um dos pilares de sustentação do Direito do Trabalho, na medida em que revitalizam a solidariedade coletiva e criam o ambiente propício aos ajustes de que a realidade social necessita, através dos chamados instrumentos de negociação setorial. É preciso, todavia, compreender as várias facetas da liberdade sindical, bem como sua **influência** na conformação do direito fundamental à sindicalização.

Baylos (2009, p. 13) inscreve a liberdade sindical no rol das liberdades públicas, haja vista expressar uma espécie muito significativa de liberdade de associação, voltada à defesa dos interesses dos trabalhadores. Por seu turno, Hinz (2012, p. 48-52) identifica três dimensões para a liberdade sindical: (i) liberdade de formar sindicatos; (ii) liberdade de filiar-se ou desligar-se de um sindicato; e (iii) liberdade de elaborar estatutos, eleger representantes e organizar suas atividades.

Em todas as suas dimensões, a liberdade sindical traduz, em maior ou menor grau, a desvinculação de interferências estatais, pois, sendo um movimento social, uma *acción*, portanto (PÉREZ, 2011, p. 6), deve legitimar-se através da adesão participativa e espontânea

dos trabalhadores. Devido à sua inquestionável importância, a liberdade sindical mereceu preocupação da Organização Internacional do Trabalho, cuja Convenção nº 87 passou a contemplá-la amplamente, figurando como uma dos mais relevantes tratados daquele organismo.

Somente se pode falar em representação sindical vigorosa quando os integrantes da entidade lá estão por escolha, bem como quando não há qualquer impedimento ou restrição estatal à criação e atuação sindicais. Daí que, na visão personalista, a representação dos trabalhadores através dos sindicatos deve pautar-se por algumas providências essenciais ao exercício pleno do direito fundamental à sindicalização.

Nesse sentido, Otávio Pinto e Silva (2008, p. 77-84) propõe sete medidas para a construção da verdadeira liberdade sindical: (i) inexistência de unicidade, afastando qualquer restrição à criação ou extinção de sindicatos; (ii) eliminação das categorias como forma obrigatória de organização sindical, sendo o critério de instituição da entidade (por categoria, por empresa, por território, por segmento ou setor) de livre escolha dos interessados; (iii) inexistência de base territorial mínima ou máxima para a entidade, podendo a mesma atuar em qualquer extensão geográfica; (iv) inexistência de contribuições compulsórias, de modo que o custeio da entidade deve ser resultado da satisfação dos representados pela atuação da agremiação na defesa de seus interesses; (v) estímulo à representação dos trabalhadores nos locais de trabalho, fomentando a democracia de fábrica e a gestão compartilhada; (vi) proteção contra atos antissindicais, coibindo práticas de filiação ou desfiliação forçadas; e (vii) enfrentamento das crises de representatividade, através de ações desburocratizadas que demonstrem as verdadeiras funcionalidades da agremiação sindical.

Na verdade, o pano de fundo de todas as medidas proposta pelo autor permeia uma visão humanista do direito coletivo do trabalho, já que a liberdade é elemento nuclear da dignidade humana e somente o exercício de uma sindicalização livre e sem amarras permitirá a consecução dos fins emancipatórios almejados nas democracias constitucionais.

Pode-se dizer que o anseio de liberdade sindical encontra-se umbilicalmente atrelado à ideia de “pureza” da entidade, não no sentido kelseniano de neutralidade valorativa, mas na certeza de que o sindicato é genuíno e centrado nos interesses legítimos da categoria que representa, especialmente aquela formada pelo conglomerado de trabalhadores.

Como consequências naturais do direito fundamental à liberdade sindical, no paradigma personalista, emanam duas expressões positivas do sindicalismo contemporâneo: (i) os movimentos paredistas de resistência através da greve; e (ii) a efetividade das negociações coletivas e aplicação prática de seus instrumentos.

No tocante à greve, enquanto demonstração exponencial da resistência coletiva dos trabalhadores, constituindo, no dizer de Viana (1996, p. 284), "[...] a arma mais eficaz que os trabalhadores criaram para fazer face ao poder do capital", tem-se que a liberdade sindical afigura-se indispensável ao seu eficaz exercício. Traduzida na coalização da massa operária que rompe a normalidade da produção, a greve tem o poder de reunir ao torno da entidade sindical uma capacidade de negociação diferenciada.

Isso porque, mesmo admitindo que os trabalhadores agrupados sob a forma de categoria estão em posição de maior equivalência frente ao empregador (do que estariam se individualmente considerados), é certo que o poder de pressão negocial expande-se significativamente quando se permite a paralisação coletiva do trabalho, aumentando o poder das conquistas sociais. O empregador tem no trabalho um insumo da produção e sua ausência lhe provoca inevitáveis prejuízos, equacionando a força do capital a um nível apropriado de pactuação.

Já a efetividade das negociações coletivas, com ou sem o exercício do direito de greve, também se conecta indissociavelmente à liberdade sindical. A criação de entidades independentes e isentas de intervenção estatal, com barreiras de proteção contra práticas antissindicais, torna-se reduto da mais legítima composição, apta a desenvolver um potencial negocial que espelhe os interesses reais da categoria.

Como desdobramento, os instrumentos de negociação trarão em si cláusulas que externam um padrão de direitos condizente com a dignidade dos trabalhadores, não raro superando as prescrições normativamente estatuídas, ou mesmo preenchendo os espaços vazios deixados pelo ordenamento positivo.

Em suma, pode-se dizer que o olhar personalista do Direito Coletivo do Trabalho, preocupado com o respeito à dignidade do trabalhador, depende do direito fundamental à sindicalização e da liberdade sindical, pois apenas num ambiente de escolha livre e autônoma, a solidariedade coletiva poderá ensejar uma negociação eficiente, criando as condições

necessárias para a aplicação prática dos instrumentos celebrados, sem redução do patamar mínimo de civilidade.

8.5 O Direito do Trabalho na medida do ser humano trabalhador

Ao cabo de toda a investigação empreendida, surgem as seguintes indagações: afinal, qual é a medida do Direito do Trabalho? Deve esse conjunto especial de normas trabalhistas, como pressuposto básico de sua própria existência, atender aos interesses econômicos ou personalistas?

Tendo a dignidade sido alçada ao patamar de princípio imponderável nos ordenamentos constitucionais contemporâneos e com os direitos fundamentais expandindo-se em todas as esferas da vida social, parece inevitável uma aproximação do direito privado com a matriz personalista.

Por outro lado, o avanço do capitalismo financeiro e a fluidez das relações vêm tornando a doutrina neoliberal extremamente atrativa, sobretudo entre aqueles que costumam conduzir seus comportamentos segundo as premissas do pensamento econômico.

Em meio a essa dicotomia, o Direito do Trabalho procura seu lugar, ora apegando-se às suas fontes materiais personalistas e, hoje, revitalizadas pela aproximação dos princípios jurídicos com os componentes axiológicos da norma; ora sendo objeto de uma análise meramente econômica, evidenciando sua faceta patrimonial e os efeitos que as respectivas prescrições podem gerar na economia.

Muitas vezes os adeptos da análise econômica do Direito do Trabalho justificam suas posições em uma propagada funcionalidade das normas trabalhistas, relativa ao incremento dos níveis de empregabilidade. Paradoxalmente, o trabalhador é colocado como razão da relativização do ordenamento trabalhista, como se a rigidez de suas prescrições estivesse atentando contra o acesso à ocupação remunerada da massa trabalhadora.

Nas formações sociais capitalistas, o mercado é hábil em criar indicadores para a orientação dos agentes econômicos e o sistema normativo trabalhista tem sido parte integrante desse termômetro de atuação, cujas opiniões aparecem sempre em tom de crítica à postura interventiva da legislação laboral, tida com entrave ao desenvolvimento econômico e, por consequência, à conquista do posto de trabalho.

Acontece que a experiência capitalista nos Estados desenvolvidos dá conta de importantes papéis para o Direito do Trabalho, como fenômeno jurídico peculiar. Delgado (2007, p. 121-126) relata que o Direito do Trabalho, a um só passo: melhora as condições de pactuação da força de trabalho, tanto individual como coletivamente, viabilizando a justiça distributiva; moderniza a vida econômico-social, conferindo sustentabilidade ao sistema; civiliza a democracia, auxiliando na construção de uma sociedade mais justa e solidária.

É bem verdade que, de maneira reflexa, o Direito do Trabalho interessa à Economia ainda que esta resista em reconhecer. Porém, não será isso que responderá pela primazia do valor social do trabalho no mundo pós-moderno. Enquanto desenvolvido por um ser humano, o trabalho não se desconecta materialmente da pessoa do trabalhador. Assim, a franja personalista do direito do trabalho ganha destaque, acentuada pelas inflexões éticas da norma.

No constitucionalismo contemporâneo, o substrato dos direitos fundamentais encontra-se expresso na dignidade da pessoa humana, com suas várias dimensões. A força normativa dos princípios e a postura inclusiva dos Estados democráticos respaldam a consolidação do constitucionalismo material, que, além de definir as premissas sobre as quais devem se pautar as constituições, inserem no rol de fundamentalidade direitos que não necessariamente estão formalmente previstos nos textos constitucionais.

Não fosse pouco, os Estados Soberanos, nas relações internacionais, têm convivido com um sistema cada vez mais pungente de respeito aos direitos humanos. Onde quer que a higidez da dignidade humana possa ser ameaçada, haverá uma especial preocupação com sua preservação e controle dos abusos, tanto daqueles provenientes do poder público, como dos consumados em meio aos particulares, dada a eficácia multilateral dos direitos fundamentais.

O Direito do Trabalho, notadamente quando direcionado aos sujeitos da relação laboral (individual ou coletiva), humaniza a prestação do trabalho, impregnando suas normas com um conteúdo ético inquestionável, cuja conexão com o postulado da dignidade o faz preencher os requisitos necessários ao reconhecimento de sua fundamentalidade material.

Se a pessoa humana é a medida dos direitos fundamentais e as normas trabalhistas os retratam em seus preceitos, o trabalhador desponta como elemento nuclear de todo o sistema jurídico laboral, assimilado por comandos constitucionais em cujos domínios prevalecem os preceitos de dignidade e desenvolvimento com proteção social.

É em busca da consecução dos interesses personalistas que o Direito do Trabalho deve trilhar seu caminho, pois, como enfatiza Maria Cecília Máximo Teodoro (2016, p. 56), essa dinâmica acentuará "[...] a raiz antropocêntrica do Direito do Trabalho e sua ligação visceral com a pessoa e seus direitos", valorizando "[...] a centralização em torno do homem que faz o Direito do Trabalho a expressão máxima da dignidade da pessoa humana do trabalhador".

Não se trata de assistencialismo ou paternalismo estatal, mas da constatação de que o ser humano trabalhador, no alto de sua dignidade, desafia um olhar personalista sobre as normas que disciplinam a execução do labor, propiciando-lhe um verdadeiro ambiente de emancipação e reconhecimento, para além de uma mera ferramenta de subsistência econômica ou insumo de produção. Somente o trabalho digno será capaz de confiar ao Direito do Trabalho uma funcionalidade condizente com a proposta democrática e inclusiva do constitucionalismo no século XXI.

9 DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO NO BRASIL: PESOS E CONTRAPESOS

Não há dúvidas que o processo de afirmação do Direito do Trabalho brasileiro passa pela constitucionalização de seus fundamentos. O constitucionalismo social decerto representou um ganho incontestável de normatividade para os preceptivos trabalhistas, legitimando-os em torno do postulado axiológico da dignidade humana, alicerce sobre o qual foram edificados os pilares de um novo modelo de constitucionalização, na *Era dos Valores*.

O compromisso do novo constitucionalismo com a democracia e com a inclusão social trouxe à tona a "bandeira" de combate às desigualdades em todas as suas esferas, inclusive nos domínios das relações de trabalho, profundamente marcadas por anseios que nem sempre corroboram com a promoção de estima e reconhecimento para aqueles que vivem do labor.

Acontece que a compreensão de como o Direito do Trabalho deve ser encarado na pós-modernidade brasileira exige uma visão global do caminho empreendido por suas normas, iniciando-se com a influência do juspositivismo no Brasil, passando pela evolução do ordenamento infraconstitucional até se chegar à constituição federal de 1988, com seu arcabouço principiológico vocacionado à consolidação da legitimação ética em torno dos propósitos de consecução da dignidade humana e do valor social do trabalho.

9.1 O juspositivismo e sua influência do Direito Privado brasileiro

A história do Direito Positivo brasileiro não está desconectada dos horizontes ideológicos e culturais de seu povo, tampouco se dissocia das correntes teóricas e filosóficas mais influentes, principalmente aquelas de origem europeia, tão marcantes em sistemas normativos que prestigiam o direito legislado (*civil law*).

Entretanto, como sói acontecer em países de desenvolvimento tardio, o Brasil – e, de resto, os demais Estados do continente sul-americano – assimilou as ideias que já fervilhavam na Europa no final do século XIX e início do século XX sem o devido cuidado epistemológico, especialmente em virtude da enorme diferença entre as realidades dos dois continentes naquele período histórico.

Notadamente em relação ao sistema de Direito Privado brasileiro, o século XIX foi marcado pela retórica liberal, pois "numa estrutura agrária e escravocrata, como a brasileira do século XIX, não havia abrigo de concepções avançadas na esfera do Direito Privado" (WOLKMER, 2008, p. 148). Entretanto, mesmo após a proclamação da república e a abolição da escravatura, a elite jurídica brasileira permanecia arraigada aos ditames liberais e individualistas.

Assim, quando o juspositivismo chega ao Brasil encontra, aqui, uma intelectualidade extremamente apegada ao pensamento liberal burguês, de modo que o formalismo metodológico apregoado pela "nova ciência do direito" logo seduziu os juristas brasileiros a se posicionarem contra a metafísica jusnaturalista, embora a maioria deles fosse ideologicamente conservadora (WOLKMER, 2008, p. 166-168).

O juspositivismo foi associado ao ideário patrimonialista e libertário dominante no Brasil nas primeiras décadas do século XX. Sem falar que o país, desde o império, já tinha uma longa tradição de codificações (VALLADÃO, 1977, p. 127), de modo que o culto à lei e à pretensa neutralidade moral do direito preconizados pela doutrina juspositivista encaixaram hermeticamente com o ambiente político-cultural daquela época.

Até a proclamação da república, no ano de 1889, praticamente não havia legislação trabalhista, sobretudo porque a abolição da escravatura ocorrera em 1888, um ano antes de se oficializar o fim da Monarquia. Entre os anos de 1889 e 1902, vários projetos voltados a reger as relações de trabalho foram apresentados, mas nenhum avançou (SOUTO MAIOR, 2017, p. 139-140).

Por outro lado, no campo do Direito Civil, a lei posta já era uma realidade no Brasil do final do século XIX, estando o país vivendo sob a égide da consolidação das leis civis, de Augusto Teixeira de Freitas, jurisconsulto do segundo reinado (MIRANDA, 1981, p. 80). Pontes de Miranda (1981, p. 81) explica que a intenção de Teixeira de Freitas era a sistematização do Direito Civil – ou, quiçá, do Direito Privado como um todo – em um único código. Foi nesse sentido a missão dada pelo imperador ao citado jurista. Contudo, com o advento da república, acabou sendo aprovado, em 1916, o projeto de código civil elaborado por Clóvis Bevilácqua.

Escrevendo sobre o Código Civil de 1916, Wolkmer (2008, p. 154) afirma que, embora o mesmo tenha evoluído em relação à legislação anterior, fortemente influenciada

pelo ordenamento jurídico português, ainda reproduziu muito da realidade brasileira naquele período histórico, estando "[...] mais próximo de um perfil conservador do que inovador, com ênfase muito maior atribuída ao patrimônio privado do que realmente às pessoas".

Dali em diante, o Direito Civil, maior expoente do Direito Privado brasileiro, tinha um código analítico e detalhado, dotado de prescrições organizadas e presumidamente abrangentes, aptas a colocar sob as "rédeas" do ordenamento positivo o disciplinamento das relações particulares, cujo padrão de comportamento pautava-se por um arquétipo liberal de autonomia, não intervencionismo e proteção da propriedade. Consumava-se, com isso, o encontro entre o legalismo positivista e o modelo liberal de sociedade.

O cerco estava fechado em torno daquilo que talvez o positivismo pudesse trazer de melhor para uma jovem república: segurança jurídica e previsibilidade. Mesmo com a abertura nacional para a legislação social, intensificada a partir da década de 1930, o legalismo jamais deixou de prevalecer no Direito Positivo brasileiro. O Brasil, por assim dizer, sempre levou ao extremo a prática legiferante e isso, especialmente no que toca ao ordenamento trabalhista, deu a coloração do Direito Laboral no país.

É bem verdade que os traços do juspositivismo no Direito brasileiro, sobretudo o apego à letra da lei, embora possa conduzir a situações de injustiça e comportamentos moralmente questionáveis, deu ao Direito brasileiro um claro aceno em direção à segurança jurídica e, para um país politicamente instável – como era o Brasil na primeira metade do século XX – tal característica foi tida como fundamental para ordenação das relações (SILVA, 2012, p. 323-324). Não é à toa que, nos domínios do Direito do Trabalho brasileiro, o legislado tradicionalmente sobrepôs-se ao negociado, ao menos até os anos iniciais do século XXI.

Percebe-se que a doutrina juspositivista é recepcionada no Brasil de maneira recortada, com ênfase ao legalismo e ao formalismo metodológico que lhe são característicos, mas não raro sem a profundidade teórica que suas teses procuraram conferir à Ciência do Direito.

Tanto é verdade que Cruz e Duarte (2013, p. 123-124), valendo-se das críticas do jusfilósofo grego Dimitri Dimoulis ao juspositivismo brasileiro, apontam como uma de suas "caricaturas" o suposto apego à aplicação mecânica da lei, inobstante se saiba que os adeptos do moderno positivismo admitem uma maior porosidade normativa, cujo conteúdo possui certa variação de densidade.

Evidente que a tendência positivista de apego ao legalismo, aliada à inclinação nacional de disciplinar em lei os comportamentos humanos mais relevantes da sociedade civil, mormente no âmbito das relações privadas, deixou suas marcas no Direito do Trabalho, o que acabou se confirmando na *Era Vargas*[1], época de maior pujança da institucionalização positiva trabalhista em solo nacional.

Souto Maior (2012, p. 173-259) identifica, durante o governo de Getúlio Vargas, uma quantidade elevadíssima de leis, decreto-leis e decretos em matéria trabalhista, que ora tinha como finalidade viabilizar o capitalismo industrial no Brasil, ora atrair os trabalhadores para ao projeto nacionalista de Estado.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), decreto-lei de 1943, tinha, segundo o Souto Maior (2017, p. 155), a intenção inicial de agrupar em um único compilado as inúmeras normas sobre direito do trabalho já existentes. Nas palavras do autor a CLT teria sido "[...] resultado da acumulação histórica de decretos legislativos, leis e decretos-leis que [...] regularam, ao longo dos anos, as relações de trabalho no Brasil". Porém, em seguida, o próprio Souto Maior (2017, p. 255) reconhece que "a CLT é mais que mero agrupamento de leis", porque não só sistematizou a legislação antecedente como preencheu alguns vácuos do ordenamento com preceitos advindos do direito social estrangeiro e das convenções internacionais da OIT.

O fato é que, nas fronteiras do Direito do Trabalho brasileiro, o formalismo consagrado pela assimilação do juspositivismo clássico em território nacional fez com que os pilares da institucionalização normativa, no que tange às prescrições que regulam as relações de trabalho no Brasil, estejam profundamente edificados sobre bases legais, o que, por um lado, confere maior estabilidade ao sistema e, por outro, o torna menos maleável à natureza dinâmica da prestação do trabalho nas formações sociais capitalistas do século XXI.

Além do mais, exatamente porque o Direito Privado brasileiro, quando das primeiras codificações, encontrava-se inegavelmente preso à cultura liberal-patrimonialista, o Direito do Trabalho Positivo no Brasil acabou dando ênfase à sua faceta econômica.

O conteúdo ético da norma trabalhista teve dificuldade de se apresentar plenamente nas primeiras leis sociais brasileiras, seja porque o padrão do Direito Civil (principal ícone do Direito Privado) era essencialmente econômico, seja porque a recepção do juspostivismo em

[1] Período compreendido entre 1930 a 1945, quando Getúlio Vargas governou o Brasil.

solo nacional se fez em festejo ao formalismo legalista, tendencialmente contrário às interferências axiológicas.

Apenas com a Constituição Federal de 1988, após superar um duradouro regime de exceção, é que o ordenamento brasileiro verdadeiramente se abriu aos princípios, espécies normativas vocacionadas a veicular os componentes éticos e humanos mais relevantes, unificados sobre o postulado imponderável da dignidade humana que, no caso do Brasil, é colocado ao lado do valor social do trabalho como fundamento da república, dando ao Direito do Trabalho, ao menos do ponto de vista constitucional, importante embasamento personalista.

9.2 O Direito do Trabalho no Brasil e o diálogo de suas fontes: fatos sociais e normas trabalhistas

O processo de institucionalização positiva do Direito do Trabalho no Brasil, embora suas origens permaneçam atreladas às fontes materiais personalistas ocorridas na Europa ocidental do final do século XIX e início do século XX, deu-se de maneira sequencialmente distinta. Daí a importância de uma avaliação cuidadosa acerca da ambiência política, social e econômica que permeou o surgimento das primeiras normas brasileiras em matéria laboral.

Como adverte Souto Maior (2017, p. 11-12), é preciso cautela com os pressupostos históricos do Direito do Trabalho brasileiro, para não incorrer no simplismo de associá-lo a arquétipos tipicamente autoritários ou pretensamente paternalistas, desconfigurando a essência de suas prescrições e a autenticidade dos eventos socioculturais que lhe deram causa, a partir do momento em que o trabalho livre e assalariado tornou-se preponderante em solo nacional.

Por outro lado, a proposta da presente pesquisa não permitirá uma incursão histórica aprofundada, que exigiria um retorno ao período colonial, passando pelo imperialismo monárquico, até chegar à realidade republicana na qual o modelo capitalista iniciou seu movimento de afirmação no Brasil.

Assim, optou-se por um recorte na abordagem, que desenvolverá, neste tópico, três momentos do direito do trabalho brasileiro: (i) as primeiras leis trabalhistas, no final do século XIX e início do século XX; (ii) a elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na década de 1940; e (iii) a assimilação constitucional dos direitos sociais pela Carta de 1988.

9.2.1 O Brasil no final do século XIX e início do século XX: as primeiras leis trabalhistas

O contexto político no qual o Brasil estava inserido no final do século XIX, mais precisamente com a proclamação da República em novembro de 1889, expressava um desalento com o regime monárquico, aliado aos interesses de uma parcela da elite brasileira, que desejava maior espaço nos ciclos de poder, mas não convergia sobre os rumos do país (SOUTO MAIOR, 2017, p. 101).

Inúmeras eram as inquietações do primeiro governo republicano que, embora tenha contado com o apoio do exército, não escondia as dificuldades de acomodar correntes ideológicas não necessariamente coesas: ruralistas liberais, militares positivistas e radicais republicanos.[2]

No campo da economia, mesmo após o advento da República, as riquezas nacionais ainda eram baseadas na propriedade rural e na agricultura, principalmente do café, mais importante produto da economia brasileira na época. Até mesmo o processo de industrialização inicia-se no meio agrícola, migrando para os grandes centros urbanos com a percepção de que o país precisaria produzir bens mais duráveis (NAPOLITANO, 2016, p. 20).

Especificamente no que toca à indústria brasileira da Primeira República, parece claro que sua evolução não coincidiu historicamente com o industrialismo europeu, o que não significa dizer que não tenha sofrido influência daquela realidade internacional. Como elucida Souto Maior (2017, p. 123), mesmo sendo a atividade agrícola predominante no período, a exportação do café gerou reservas que, progressivamente, foram destinadas ao fomento da indústria nos meios urbanos, especialmente devido a sazonalidade daquele produto agrícola.

Ademais, o emprego de mão de obra imigrante acelerou a dinâmica industrial. Isso porque, "muitos dos imigrantes que chegavam ao Brasil para trabalhar na lavoura, não encontrando trabalho, deslocavam-se para as cidades e muitos dos que já trabalhavam no campo, diante das condições de trabalho experimentadas, também o faziam" (SOUTO MAIOR, 2017, p. 123). Aliás, a imigração europeia, inobstante haja representando uma tentativa de superação da antiga mão de obra escrava, trouxe consigo algumas teorias anarquistas e socialistas, que já ecoavam na Europa oitocentista, mas ainda estavam em

[2] Napolitano (2016, p. 17) enfatiza algumas indagações dos governantes brasileiros nos anos iniciais da república, dentre as quais se destacam: saber se o governo deveria ser centralizado ou descentralizado; saber se haveria um parlamentarismo ou um regime presidencialista; definir se o direito de voto seria universal ou restrito; entre outras.

estágio embrionário no Brasil, impulsionando o movimento operário e a luta de classes em solo nacional (SOUTO MAIOR, 2017, p. 114).

No início, a questão social era tratada pelo governo republicano como caso de polícia, reprimindo manifestações e encarcerando líderes sindicais. Posteriormente, na primeira década do século XX, as lutas operárias e as agremiações sindicais começaram a trazer palavras de ordem contra a propriedade privada e a concentração de riquezas, estimulando vozes políticas a proporem a criação de uma legislação trabalhista que assegurasse direitos mínimos aos trabalhadores, na medida em que as repressões mostravam-se insuficientes para contenção das agitações. (NAPOLITANO, 2016, p. 76-77).

Souto Maior (2017, p. 139-141) identifica três momentos da legislação trabalhista brasileira na primeira república. O primeiro (de 1889 a 1902), denominado período dos projetos, foi marcado pela existência de importantes projetos de lei que terminaram por não ir adiante[3]. No segundo (de 1903 a 1918), algumas normas começam a ser concretizadas, mormente aquelas que garantiram a sindicalização nos meios rural e urbano[4]. Ainda naquele período, o autor chama a atenção para a publicação do código civil, em 1916, que disciplinou a locação de serviços e inseriu a prestação do trabalho do rol dos direitos privados. Finalmente, o terceiro período (de 1919 a 1930) inicia-se com a adesão do Brasil à OIT, deflagrando um intenso debate parlamentar acerca da legislação social[5].

Segue-se, a partir de então, a edição de uma série de leis esparsas em matéria laboral, cada qual regulando um determinado segmento setorial que, pelo empenho reivindicatório e a capacidade de pressão social, conseguia convencer os parlamentares a disciplinar suas atividades, porém sem o caráter geral, considerando as patentes desigualdades regionais.

É preciso que fique claro, no entanto, que as preocupações legislativas da jovem república brasileira com as relações de trabalho não se deu de maneira desconectada com a realidade social. Na verdade, desde a gestação da economia cafeeira, já existia uma crise da mão de obra no Brasil, que perpassou o escravagismo, a imigração europeia e o subtrabalho

[3] É o caso dos projetos sobre o contrato de trabalho, de 1893; e sobre o contrato de trabalho agrícola, de 1895 (SOUTO MAIOR, 2017, p. 139).

[4] É o caso dos decretos nº 979 de 1903, que regulamentou a sindicalização na agricultura e na indústria rural; e nº 1.637 de 1907, que permitiu a criação de sindicatos em meio urbano (SOUTO MAIOR, 2017, p. 140-141).

[5] Souto Maior (2017, p. 145) salienta a criação da comissão especial de legislação social, da câmara dos deputados, no ano de 1919, com o objetivo de deliberar sobre as obrigações assumidas pelo Brasil no âmbito da OIT.

nordestino e amazônico, até a materialização do trabalho assalariado, no início do século XX (FURTADO, 2007, p. 173-198).

Inúmeros movimentos operários ocorreram no período. Souto Maior (2017, p. 126-139) identifica manifestações e greves, principalmente nos Estados do Rio de Janeiro[6] e de São Paulo, sem falar nos trabalhadores portuários, que também tiveram protagonismo em suas reivindicações. Outrossim, as "[...] concepções anarquistas e socialistas integraram a base do movimento operário da época", reforçando a ideia de que a consciência de classe esteve presente naquele período. (SOUTO MAIOR, 2017, p. 133).

O fato é que, mesmo dotado de uma economia incipiente, o Estado brasileiro, nos anos finais do século XIX e início do século XX, já convivia com ambientes social, político e econômico favoráveis ao surgimento do Direito do Trabalho, que focavam na melhoria das condições do trabalhador, redução das jornadas de trabalho, contenção das explorações dos trabalhos do menor e da mulher e, sobretudo, com os compromissos de expansão transnacional do trabalho digno assumidos perante a Organização Internacional do Trabalho. Tudo isso confirma que, embora inexistindo uma sistematização positiva da legislação trabalhista no Brasil durante a primeira república, já havia influência das fontes materiais personalistas inerentes às normas laborais.

9.2.2 A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): o que ela é e o que ela não é

A *Era Vargas* inicia-se em 1930[7], com a tomada do poder por correntes políticas dissidentes das oligarquias paulistas e mineiras, alimentadas pela crise econômica mundial deflagrada com a queda da bolsa de Nova Iorque, em 1929 (NAPOLITANO, 2016, p. 94). Segundo Napolitano (2016, p. 95), o novo governo queria muito mais uma reforma política do que propriamente uma revolução social, embora a questão operária e os movimentos sindicais já fossem uma realidade no Brasil, naquele período histórico.

Instaura-se um governo provisório que tenta acomodar os interesses das elites com as reivindicações sociais. A tarefa não era fácil, já que a equação envolvia grandes temas, como a questão agrária, as relações do Estado com a burguesia industrial, além da questão social, que tinha como fito viabilizar a constituição de uma classe operária homogênea, a fim de que

[6] Segundo o autor, no período de 1890 a 1906, são catalogadas na antiga capital federal 106 greves de 41 categorias. (SOUTO MAIOR, 2017, p. 127).

[7] Getúlio Vargas chega ao poder em 03 de novembro de 1930, derrocando Júlio Prestes, que sagrou-se vitorioso nas eleições de março do mesmo ano (SOUTO MAIOR, 2017, p. 173).

seus interesses pudessem ser mais bem atendidos pelas políticas governamentais. (BIAVASCHI, 2007, p. 88).

Considerando que a agroindústria ainda dominava a economia nacional no início dos anos de 1930, espelhando uma franja relevante das oligarquias cafeeiras combatidas pelo novo regime; aliada à queda das exportações do produto em virtude da crise internacional, Vargas empreende um projeto de desenvolvimento da indústria urbana e modernização do país, o que pressupunha a elaboração de uma legislação social mais eficaz e que inserisse os trabalhadores urbanos em suas prescrições (BIAVASCHI, 2007, p. 109).

Souto Maior (2017, p. 217-221) identifica vários decretos editados no período de 1930 a 1933, com vistas a regular a questão social no Brasil, tais como: decreto nº 19.433 de 1930, que criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio; decreto nº 19.770 de 1931, que regulou a atuação sindical; decreto nº 21.175 de 1932, que tratava da Carteira de Trabalho; decreto nº 21.364 de 1932, que tratava da duração do trabalho na indústria, além dos decretos nºs 21.417-A e 22.042, ambos de 1932, que versavam sobre o trabalho da mulher e do menor, respectivamente. Muitas das normas, porém, eram setoriais, disciplinando categorias profissionais específicas, nos ramos de atividade mais proeminentes do período.

Entretanto, nada obstante a multiplicidade de normas trabalhistas editadas nos anos iniciais da *Era Vargas*, com vistas a viabilizar o capitalismo industrial no Brasil, não havia sistematicidade, tampouco um real compromisso de eficácia: "a intenção da legislação era atrair os trabalhadores para o projeto nacionalista, mas sem afrontar os empresários" (SOUTO MAIOR, 2017, p. 223). O Direito do Trabalho tem uma ligação genética com as lutas operárias, de modo que a ideia de positivação normativa de regras voltadas à organização dos trabalhadores não passaria sem uma reação do capital.

Souto Maior (2017, p. 223) fala das inúmeras críticas que, nos anos seguintes, a legislação trabalhista sofreu por parte dos industriários, que demoraram a ceder às intervenções normativas. Contudo, a solidariedade coletiva não tardou a se fortalecer no interior das grandes fábricas, impulsionando um ambiente de resistência que culminou com afirmação social das novas regras.

Em paralelo, e por mais paradoxal que possa parecer, o conjunto de leis trabalhistas fortaleceu os desígnios nacionalistas e anticomunistas do Estado Novo (de 1937 a 1946). Em 1937, uma suposta ameaça comunista deu a Vargas a outorga de poderes quase absolutos,

promovendo reações violentas ao levante provocado pela infiltração da doutrina marxista nos meios sociais e políticos do país (SOUTO MAIOR, 2017, p. 238). A postura de repressão a movimentos de influência comunista robusteceu a decisão de trazer para o Estado a regulação sistemática das relações de trabalho.

Assim, antes mesmo da edição da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1943, houve uma série de intervenções legislativas de cunho trabalhista, com destaque para a internalização de convenções da OIT[8] e a criação de mecanismos oficiais para a solução dos dissídios laborais[9] (SOUTO MAIOR, 2017, p. 240-242).

Todavia, as tensões sociais perduravam. Incentivadas pela mudança no centro dinâmico da economia nacional, bem como pela crise gerada com desequilíbrio do mercado externo, as reinvindicações operárias não pararam de acontecer, apesar da repressão violenta do governo de Getúlio Vargas aos anseios comunistas, no prelúdio do Estado Novo (FURTADO, 2007, p. 274-301).

Ocorreu que, a partir de 1942, internacionalmente pressionado pelos países que aderiram a Segunda Grande Guerra Mundial, o governo Vargas buscou uma forma de legitimar-se no poder. A estratégia para pleitear o apoio popular ensejou o fenômeno do *trabalhismo*, cuja "teoria da outorga de direitos trabalhistas por parte do governo Vargas aparece, difundindo-se por uma intensa propaganda governamental" (SOUTO MAIOR, 2017, p. 253).

Acontece que a afirmação massificada de que a legislação trabalhista do Brasil foi uma outorga de Getúlio Vargas deve ser avaliada com muita cautela. Isto porque, da forma como é colocada, faz parecer que não houve em solo nacional movimentos operários voltados à melhoria das condições de trabalho, desconectando a lei de suas fontes materiais personalistas, realidade esta que não se confirma diante do que se viu até aqui.

Ademais, como bem destaca Souto Maior (2017, p. 254), o argumento de outorga dos direitos trabalhistas passou a atentar contra a própria legislação social, através do discurso

[8] Decretos nºs 1.396 e 1.397, ambos de 1937, que internalizaram as convenções acerca do trabalho noturno das mulheres e a idade mínima para o trabalho marítimo (SOUTO MAIOR, 2017, p. 240).

[9] Decreto-lei nº 39 de 1937, que cria as comissões mistas de conciliação e as juntas de conciliação, antes da regulamentação da Justiça do Trabalho, bem como decreto-lei nº 1.237 de 1939, que organizou a Justiça do Trabalho (SOUTO MAIOR, 2017, p. 240 e 242).

desconstrutivo empreendido pela classe dominante, no sentido de que o Direito do Trabalho brasileiro teria uma forte orientação fascista.

Contudo, conforme reverbera o autor, o sistema normativo trabalhista do Brasil não foi iniciado e desenvolvido por um único governo, tampouco no mesmo momento histórico, de maneira que a ampliação da legislação trabalhista brasileira iniciada após anos de 1930 não deve obscurecer tudo que ocorrera até então, especialmente os reclamos sociais advindos do modelo de capitalismo desenvolvido na primeira metade do século XX (SOUTO MAIOR, 2017, p. 254).

A despeito disso, não se pode negar que o ponto alto do fenômeno trabalhista brasileiro se deu com a edição do decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), documento legislativo que inaugura a sistematização infraconstitucional do Direito do Trabalho Positivo no Brasil. Muito se tem discutido sobre as fontes materiais da CLT, cujo texto é frequentemente apresentado como uma cópia da *Carta del Lavoro* italiana, ou mesmo um documento antidemocrático e anacrônico, daí a necessidade de se pesquisar o que a CLT realmente é e o que ela não é.

a) O que é a CLT

Por trás de todo ato humano há sempre uma intenção, embora a realidade não necessariamente a confirme. O decreto-lei nº 5.452, denominado Consolidação das Leis do Trabalho e apresentado "pronto e acabado" em 1º de maio de 1943, teve seu nascimento alicerçado no desejo de compilação das normas trabalhistas existentes no país: "a ideia inicial era fazer mesmo uma *consolidação*, ou seja, uma lei diferente de um código, pois só iria organizar as leis existentes, ou pouco mais do que isso, sem criar algo realmente novo" (VIANA, 2013, p. 76). Porém, o que se completou foi além da perspectiva inicial.

Nesse sentido, as influências da CLT dizem muito sobre sua estrutura e conteúdo. Arnaldo Süssekind – na ocasião, assessor do então Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, Alexandre Marcondes Filho e indicado para compor a comissão responsável pela elaboração da CLT – afirma que as fontes materiais do texto consolidado foram: "as conclusões do 1º Congresso Brasileiro de Direito Social (São Paulo, 1941), as convenções da OIT, a encíclica '*Rerum Novarum*' e os pareceres do consultor jurídico do Ministério – Oliveira Viana – e do seu sucessor Oscar Saraiva" (SÜSSEKIND, 2009, p. 648).

O 1º Congresso Brasileiro de Direito Social, ocorrido na cidade de São Paulo, no mês de maio de 1941, reuniu diversos especialistas brasileiros, com o objetivo de discutir e firmar os pontos básicos de um novo ramo jurídico que se afirmava no Brasil: o Direito Social. Contando com a participação de representantes do governo, da academia, do judiciário, da igreja e da advocacia, o evento resultou na aprovação de várias teses em matéria trabalhista, todas vocacionadas à compreensão da realidade social e dedicadas à construção de soluções para os problemas decorrentes da relação entre capital e trabalho (BIAVASCHI, 2007, p. 125-132).

Relativamente às convenções da OIT, já se falou que o Brasil é membro do referido organismo desde a sua instauração, sendo mais do que natural que participasse do processo de internacionalização do sistema de proteção social. O constitucionalismo social deflagrado no início do século XX, com as constituições do México (1917) e de Weimar (1919), dava o tom das preocupações com a dignidade daqueles que vivem do trabalho, de modo que os pactos internacionais refletiam o desejo de universalização do modelo.

Evidente que o fato de integrar o rol de membros originários da OIT atraiu para o Brasil o compromisso internacional de respeito e disseminação das normas sociais, o que lhe impunha a internalização das convenções e adoção das recomendações provenientes do referido organismo. A CLT foi, portanto, um poderoso instrumento de efetivação desse compromisso (BIAVASCHI, 2007, p. 135-139).

Por sua vez, a encíclica *Rerum Novarum* – publicada, em 1891, pelo papa Leão XIII – denotou uma clara preocupação da igreja com a questão social, especialmente diante dos fatos ocorridos da Europa oitocentista. Havia, naquele documento papal, um forte conteúdo humanista, bem como um alerta para o contraponto socialista que despontava no leste europeu. Muitos de seus ditames dão conta das situações degradantes de trabalho e da inércia do Estado e das classes dominantes para o problema (SOUTO MAIOR, 2011, p. 214-215). Assim, se a mencionada encíclica constituiu fonte material da CLT, esta assimilou, direta ou indiretamente, as lutas operárias europeias intensificadas a partir da segunda metade do século XIX.

Finalmente, os pareceres de Oliveira Viana, consultor jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio na década de 1940, foram publicados em inúmeras revistas especializadas. De formação corporativista, o jurista era favorável à presença de um Estado interventor, inclusive no movimento sindicalista. Polêmico, mas dotado de uma capacidade intelectual invejável, Oliveira Viana era defensor de uma legislação oficial brasileira em

assuntos trabalhistas, impulsionando o Direito do Trabalho nacional. Oscar Saraiva era mais moderado, mas igualmente técnico e atento ao escopo e à importância da legislação social no país. (BIAVASCHI, 2007, p. 150-157).

Destarte, foi sob o estímulo das fontes materiais acima citadas, que a comissão de juristas formada por Arnaldo Süssekind, Luiz Augusto Rego Monteiro, Oscar Saraiva, José de Segadas Vianna e Dorval Lacerda, elaborou o texto base da CLT, que não apenas sistematizou a legislação vigente, mas completou e orientou suas prescrições por princípios de Direito Social (SÜSSEKIND, 2009, p. 647-648).

Nasceu, assim, a principal norma de Direito do Trabalho positivo brasileiro, cheia de imperfeições (como sói acontecer com toda e qualquer produção humana), mas claramente marcada pela lógica do equilíbrio e da justiça social. Mesmo o viés corporativista que Süssekind (2009, p. 648) assumiu ter pautado as previsões referentes ao direito coletivo e sindical, não macularam as influências personalistas das quais a CLT embeberou-se para construir, no Brasil, um sistema normativo minimamente seguro e apto a conferir parcela de dignidade aos trabalhadores.

b) O que a CLT não é

Quando se vulgarizam as críticas sobre a CLT, quase sempre se ouve que o decreto-lei brasileiro constitui cópia fiel da *Carta del Lavoro* italiana, documento fascista editado por Benito Mussolini, em 1927. Süssekind (2009, p. 648), no entanto, é categórico em dizer que tal afirmação é fruto de pessoas que, por infâmia ou má-fé, na verdade nunca leram a carta de Mussolini, cujo teor não contém mais do que duas dezenas de itens, enquanto a CLT possui cerca de novecentos artigos.

Süssekind (2009, p. 648) admite que a CLT assemelha-se a carta italiana em um único ponto: o corporativismo sindical, especialmente no tocante ao controle oficial das entidades. O autor esclarece, entretanto, que a unicidade sindical, por exemplo, não foi criação celetista, já estando presente na constituição federal de 1937.

É preciso que fique claro que o sindicalismo brasileiro não teve o mesmo vigor do europeu, até porque o processo de industrialização nacional se deu de forma tardia, ao contrário do que ocorrera na Europa, cujas corporações de ofício existiam desde o século XVIII e os sindicatos modernos restaram fortalecidos com a Revolução Industrial. O Brasil

teve uma economia predominantemente rural durante o Império e a Primeira República, sendo certo que o ambiente econômico-social aqui vivido não era propício a um sindicalismo consistente e engajado.

Assim, não se pode negar que o sindicalismo oficial[10], tal como pensado e implementado pelo corporativismo varguista, restringiu os espaços de manifestação coletiva organizada. A ideia era ter "[...] uma sindicalização tutelada, mas, ao mesmo tempo, associada a um conjunto concreto de benefícios e garantias legais." (ARAÚJO, 2002, p. 48).

Se por um lado, a intervenção do Estado no sindicalismo brasileiro conteve as negociações coletivas e o ímpeto reivindicatório da massa trabalhadora; por outro, fortaleceu o direito individual e a matriz positiva do Direito Laboral, na medida em que parcela significativa das prescrições passou a ser disposta em lei, tendo a CLT como sua principal expressão formal.

Contudo, não se pode dizer – e esse é outro mito que precisa ser desconstruído – que a CLT contém todo o Direito do Trabalho brasileiro: "ela está dentro dele, mas ele é maior do que ela" (VIANA, 2013, p. 89). Após a CLT, inúmeras leis trabalhistas a modificaram ou complementaram, revogando expressa ou implicitamente vários de seus dispositivos. Sem falar nos textos constitucionais, especialmente a constituição de 1988, que assimilou alguns dos institutos celetistas, mas não recepcionou boa parte deles.

A CLT também não é uma lei tipicamente civil, embora em certa medida possa dela se aproximar. A consolidação trabalhista regula uma relação privada que sofre inflexões por regramentos cogentes de modo bem mais intenso do que os negócios jurídicos civis. Atualmente, algumas disposições do Direito Civil têm-se avizinhado ao Direito do Trabalho, mormente quando disciplinam relações desequilibradas, mas sempre lhe preservando autonomia (VIANA, 2013, p. 90).

Outro argumento que deve ser afastado consubstancia-se nas imputações de que a CLT seria uma norma fechada e avessa às negociações coletivas. Apesar de, como visto, o compilado celetista preconizar o direito individual, as convenções e acordos coletivos de

[10] O modelo de sindicalismo oficial era estruturado sobre quatro pilares: a) financiamento compulsório do sistema sindical b) unicidade sindical; c) poder normativo da Justiça do Trabalho; e d) concessão de poder decisório aos sindicatos no âmbito da Justiça do Trabalho, através da representação classista.

trabalho, além de não serem vedados pela CLT, são por ela regulados, especialmente no que tange ao aspecto formal, estabelecendo-lhes limites e orientações (VIANA, 2013, p. 91).

Outrossim, a CLT não é um empecilho ao desenvolvimento da economia ou entrave à livre iniciativa. Evidente que toda e qualquer legislação, notadamente quando regula relações tão dinâmicas como as de trabalho, necessita de atualização constante, o que não sugere dizer que o Direito do Trabalho tenha a Economia como alvo ou deseje bloquear seu crescimento. A CLT – e não apenas ela, diga-se de passagem – traz previsões de conteúdo inegavelmente ético, que humanizam os vínculos de labor, sendo suas implicações econômicas meramente consequenciais, cujos custos eventuais podem ser perfeitamente absolvidos pelos agentes de mercado.

Finalmente, sem ignorar a sua importância, a CLT não figura no topo do ordenamento jurídico trabalhista, devendo respeito e observância à constituição federal e aos tratados internacionais em matéria trabalhista.

9.2.3 A Constituição de 1988 e os direitos trabalhistas constitucionalizados a partir da matriz ética da dignidade humana

O estudo das fontes do Direito do Trabalho no Brasil estaria incompleto se sua constitucionalização não fosse abordada. Isto porque, antes e depois da CLT, diversas normas infraconstitucionais trabalhistas foram editadas, mas nada pode ser mais relevante, do ponto de vista positivo, do que conferir a um determinado direito o *status* de constitucionalidade, notadamente quando invocado um lugar de destaque dentre as previsões materialmente fundamentais.

Embora o constitucionalismo social brasileiro não tenha sido inaugurado pela Constituição Federal de 1988, resta impossível ignorar que, dentro da teoria do Estado Democrático de Direito, o atual documento constitucional, especialmente naquilo que lhe integra a materialidade, é o mais importante instrumento normativo de consecução dos direitos fundamentais, unificados a partir do postulado axiológico imponderável da dignidade humana, em todas as suas dimensões, inclusive no trabalho.

Delgado (2017, p. 62-63) esclarece que, após a constitucionalização dos direitos sociais pelas constituições do México (1914) e de Weimar (1919), seguiu-se uma tendência, no Brasil, de inserir os direitos trabalhistas no capítulo destinado à ordem econômica e

social[11]. A Constituição de 1988 foi a primeira a elencar os direitos dos trabalhadores no título destinado aos direitos e garantias fundamentais, consolidando uma nova roupagem sobre suas prescrições.

O autor assinala, ademais, que, no plano da Constituição de 1988, o Estado Democrático de Direito é suportado por um tripé inquebrantável: "a pessoa humana com sua dignidade; a sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; e a sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva" (DELGADO, 2017, p. 63). Tal tripé conformaria a garantia de uma efetiva dignidade humana, tendo o Direito do Trabalho um papel fundamental nesse processo.

Ora, conforme dito anteriormente, o Direito do Trabalho, na sua franja personalista, além de assegurar um patamar inicial de civilidade ao trabalhador, equilibrando a relação de trabalho e conferindo ao empregado um espaço propício à emancipação e ao reconhecimento (muito mais do que à simples subsistência), também lhe proporciona cidadania, permitindo um desenvolvimento social sustentável e com respeito à dignidade das pessoas.

Não é demais recordar que a Constituição de 1988 foi editada após um longo período ditatorial, suplantado com auxílio de legítimos movimentos sociais que lutaram pela redemocratização. Nesse processo, diversos setores da sociedade civil organizada tiveram uma ativa participação, dentre os quais se destacam os sindicatos profissionais e demais organizações de trabalhadores.

Ressalte-se que os militares, ao assumirem o poder no Brasil em 1964, viam nos sindicatos uma ameaça à estabilidade do governo. Durante toda a ditadura, os direitos trabalhistas foram afetados, haja vista a impossibilidade de resistência concreta dos trabalhadores, sendo os líderes sindicais mais combativos, afastados, encarcerados e mortos pelo governo (SOUTO MAIOR, 2017, p. 331). Houve, com isso, um distanciamento entre o Estado e as entidades sindicais.

Contudo, no final dos anos de 1970 e início dos anos de 1980, o sindicalismo brasileiro renovou-se, com participação de suas lideranças no combate à ditadura. Naquela ocasião, "o movimento sindical, vislumbrando a democracia próxima e, nesse passo, tentando melhor organizar os trabalhadores, o que nem sempre conseguia pelos sindicatos

[11] Foi o que ocorrera com as constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e com a emenda constitucional de 1969 (DELGADO, 2017, p. 62).

isoladamente, partiram para investidas de maior vulto.” (MARTINS, 1995, p. 165). Era mais do que esperado, portanto, que os direitos dos trabalhadores recebessem da Constituição Federal de 1988, produto da redemocratização, um respaldo maior do que aquele que vinha sendo dado pelos textos constitucionais precedentes.

Aliás, a Constituição de 1988 e o Estado Democrático de Direito por ela instaurado conferem ao trabalho digno uma verdadeira centralidade, razão pela qual apreenderam “[...] ser imprescindível à democratização da sociedade política e principalmente da sociedade civil a presença de sistema normativo interventivo no contrato de trabalho” (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 53), com vistas a estabelecer não só o equilibro da relação, mas a salvaguarda da dignidade do trabalhador.

Se a Constituição Federal de 1988 elenca a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental de todo o sistema normativo brasileiro, sendo o valor social do trabalho seu desdobramento natural, torna-se difícil não admitir a recomposição dos elementos éticos da norma trabalhista, a partir da matriz constitucional, edificando uma barreira de contenção aos empenhos desconstrutivos fortemente justificados por uma análise meramente econômica do Direito do Trabalho.

A centralidade do trabalho digno na Constituição de 1988 traz consigo algumas implicações importantes.

Em primeiro lugar, toda e qualquer interpretação do Direito do Trabalho brasileiro, legal ou infralegal, deve ser realizada tendo em vista os preceitos constitucionais de dignidade e cidadania no trabalho. O fio condutor da hermenêutica trabalhista não pode destoar dos *standards* de constitucionalidade, que tem na dignidade da pessoa humana seu núcleo essencial.

Em segundo lugar, e até pela posição que os direitos trabalhistas ostentam no texto constitucional brasileiro, é imperioso o reconhecimento de sua fundamentalidade material. Enquanto direitos fundamentais, os direitos trabalhistas explícita ou implicitamente constitucionalizados hão de receber a proteção da rigidez constitucional, não podendo ser suprimidos ou abolidos, sob pena de malsinado retrocesso social.

Em terceiro lugar, os direitos trabalhistas, na seara individual, gozam de aplicação imediata e oponibilidade entre os particulares, de modo que não devem ser encarados como

normas programáticas e sem a força normativa necessária para fazer valer seus comandos no caso concreto. Como consequência, deve o legislador atuar no sentido de suprir o mais rapidamente possível os *déficits* de constitucionalidade porventura existentes, dando a merecida eficácia aos ditames constitucionais.

Em quarto e último lugar, considerando que a Constituição Federal brasileira não é avessa à oxigenação dos direitos fundamentais, as convenções internacionais em matéria trabalhista devem ser reconhecidas como tratados de direitos humanos, internalizando-se com a merecida robustez que a materialidade constitucional exige.

A Constituição de 1988 representa uma nova era do Estado brasileiro, que não pode ser relegada ao vácuo político-institucional. Suas normas moralizam a administração pública, dificultam a prática de abusos pelos novos centros de poder e, principalmente, viabilizam a concreção da dignidade do ser humano. Nesse sentido, o Direito do Trabalho deve se aproximar ao máximo dos valores constitucionais, exercendo seu papel de distributividade e justiça social, tão caro à consecução da dignidade do trabalhador.

9.3 Neoconstitucionalismo brasileiro e a aproximação do Direito Privado com a Constituição Federal de 1988: um novo locus para o Direito do Trabalho humanizado

Ao contrário do que ocorreu com o juspositivismo clássico, o movimento neoconstitucionalista não tardou a chegar ao Brasil, até porque a Constituição Federal de 1988 contemplou diversos preceitos tidos como essenciais à referida doutrina constitucional. Todavia, é preciso ter clareza sobre o tipo de constitucionalismo que se deseja abordar e quais são as suas características.

Figueroa (2009, p. 152-154) dá conta de pelo menos três tipos de constitucionalismos contemporâneos: (i) constitucionalismo teórico, que interfere no modo de ver o Direito e expõe a insuficiência do clássico modelo positivista para disciplinar a multiplicidade de situações que se apresentam nas formações sociais pós-modernas; (ii) constitucionalismo ideológico, que põe em xeque a própria obediência ao Direito e trata de sua densidade ética, a partir da aproximação da Constituição com os valores morais; e (iii) constitucionalismo metodológico, que apresenta uma nova versão sobre a forma como o Direito deve ser interpretado, sem por em risco sua cientificidade.

Especificamente no tocante ao constitucionalismo metodológico, já se falou que a doutrina neoconstitucional trouxe consigo postulados que contribuíram para a superação da dogmática positivista tradicional[12], tais como: pragmatismo, principialismo, estatalismo-garantista, judicialismo ético-jurídico, interpretativismo moral da constituição, pós-positivismo e juízo de ponderação (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 64-73). O pano de fundo de todos esses postulados pode ser sintetizado na visão personalista do Direito.

O constitucionalismo do século XXI é expansivo e insere dentro do seu espectro ético-jurídico todas as manifestações normativas da dignidade humana, conferindo uma nova coloração sobre aquilo que se espera do Estado e daqueles que o integram, enquanto povo e, principalmente, enquanto cidadãos que interferem ativa e democraticamente nos rumos da nação, para cujo modelo aponta os anseios de justiça social e equidade.

No contexto do Direito Constitucional Brasileiro, muitos são os desafios. O processo de constitucionalização dos direitos é, hoje, uma realidade no Brasil, o que não significa dizer que não existam obstáculos a serem superados. Quaresma e Oliveira (2009, p. 889-890) ressaltam as seguintes dificuldades para a teoria neoconstitucional em solo nacional: (i) a história política marcada por experiências autoritárias; (ii) uma democracia que ainda tem que lidar com o desequilíbrio entre os poderes; (iii) o enorme desequilíbrio regional e a falta de mecanismos de participação popular nos rumos do país; (iv) as disjunções entre a constituição democrática e as gritantes desigualdades socioeconômicas.

Sarmento (2009, p.280-282), por sua vez, analisa a recepção do neoconstitucionalismo no Brasil, tendo como foco a realidade tupiniquim. O autor anuncia dois momentos distintos dessa evolução: o chamado constitucionalismo de efetividade, que defende o uso emancipatório da dogmática, tendo como eixo a concretização da constituição; e o pós-positivismo constitucional, que abre o debate jurídico sobre a importância dos princípios e a aproximação das normas constitucionais com o sistema de valores.

Contudo, o autor apresenta algumas críticas ao neoconstitucionalismo brasileiro. Primeiramente, seu pendor judicialista e a inclinação para o socorro judicial dos desígnios constitucionais, transparecendo uma faceta antidemocrática. Em segundo lugar, a preferência por princípios e pelos juízos de ponderação, criando interpretações solipsistas e uma racionalidade discricionária que acaba trazendo insegurança hermenêutica. E, por fim, os

[12] Sobre o tema, ver capítulo 5, item 5.3.1.

picos de panconstitucionalização, incorrendo no excesso de creditar ao texto constitucional o disciplinamento de toda e qualquer conduta humana, em prejuízo às autonomias pública e privada. (SARMENTO, 2009, p. 288).

Nada obstante esses percalços, o certo é que o constitucionalismo no Brasil, alicerçado nos fundamentos da Constituição Federal de 1988, tem proporcionado uma mudança no paradigma normativo, que abandona de vez qualquer resquício de neutralidade axiológica e coloca em evidência a dignidade da pessoa humana como elemento unificador do sistema de direitos.

Obviamente que a doutrina neoconstitucional alcançou o Direito do Trabalho, favorecendo o resgate dos componentes personalistas de suas fontes materiais. Embora o Direito do Trabalho positivo brasileiro não tenha percorrido a mesma afirmação histórica das normas laborais na Europa ocidental, seus elementos axiológicos – em cujo substrato despontam o valor social do trabalho, a inclusão social, a distributividade e, principalmente, a dignidade daqueles que vivem do trabalho – jamais poderão deixar de ocupar posição de destaque, que a cada dia se reforça pela abertura material trazida pela Constituição Federal de 1988.

Destarte, três seriam os fatores de contribuição do neoconstitucionalismo brasileiro para uma aproximação com o direito privado e, por conseguinte, para a consecução de um olhar personalista sobre o Direito do Trabalho: (i) a fundamentalidade material dos direitos trabalhistas e sua expressão principiológica; (ii) a abertura do rol de fundamentalidade para os tratados internacionais de direitos humanos em matéria trabalhista; (iii) o reconhecimento do poder judiciário trabalhista, como garantia institucional de concretização dos direitos sociais.

9.3.1 A fundamentalidade material dos direitos trabalhistas e sua expressão principiológica

Quando Paulo Bonavides (2010, p. 561) escreve sobre a teoria dos direitos fundamentais, faz questão de caracterizá-los. Valendo-se da doutrina de Carl Schmitt, o autor apresenta dois critérios formais de caracterização: o primeiro, consistente no fato de serem designados expressamente como tal nos textos constitucionais; o segundo atrelado à garantia de perpetuidade e segurança que adquiriram da constituição.

Já do ponto de vista material, Bonavides (2010, p. 562) esclarece que, para alguns, o critério de definição dos direitos fundamentais limita-se a opção política de cada Estado. Para

outros, porém, tem uma concepção mais genuína, que compreende uma vinculação essencial "[...] à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos".

Canotilho (1993, p. 497-499), por seu turno, empenha-se em referendar os direitos fundamentais como categoria dogmática, do que derivariam sua força normativa e potencial para gerar consequências jurídicas concretas. Daí, falar-se em fundamentalidade formal, decorrente do fato de ostentarem reconhecimento expresso no texto constitucional; e fundamentalidade material, no sentido de possuírem uma essência fundamental, ainda que não estejam prescritos textualmente na constituição.

Tanto Bonavides quanto Canotilho admitem a dúplice caracterização dos direitos fundamentais, no paradigma da dogmática constitucional, podendo desfrutarem de fundamentalidade formal e/ou material. Esta última, porém, terá maior importância para abordagem dos direitos sociais trabalhistas que se pretende empreender.

A fundamentalidade material de um determinado Direito passa, necessariamente, pela sua afirmação ao longo do tempo, que responde pelas funcionalidades e pelo núcleo essencial que o qualifica. A doutrina constitucional é dominante em dividir os direitos fundamentais, no seu processo de evolução, em várias dimensões[13], levando em consideração os postulados básicos preponderantes em cada momento histórico.

Porém, não serão feitas, aqui, maiores incursões sobre o tema, até porque desnecessárias metodologicamente. Entretanto, é oportuno o registro de que, dentro do aludido processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais, os direitos sociais trabalhistas tiverem lugar de destaque, enquanto direitos de igualdade.

Bonavides (2010, p. 564-565) enfatiza que os direitos sociais introduzidos no constitucionalismo pelas distintas formas de Estado Social, especialmente a partir do início do século XX, nasceram abraçados com o preceito de igualdade, como reação a ideologia liberal até então prevalente. Segundo o autor, os direitos sociais fizeram florescer a consciência de que, tão importante como salvaguardar o indivíduo e seu patrimônio, era exigir do Estado uma postura comissiva voltada a assegurar maior equilíbrio nas relações intersubjetivas.

[13] Bonavides (2010, p. 562-578) prefere o vocábulo "gerações" de direitos fundamentais, o qual, no entanto, é bastante criticado por trazer a ideia de superação, como se a geração futura suplantasse a cronologicamente anterior e com ela não pudesse mais conviver.

Parece inequívoco que o Direito do Trabalho não se alinha à ideologia liberal, individual e patrimonialista, tendo suas raízes fortemente conectadas aos anseios de igualdade, na trilha do que a dignidade deve conferir ao ser humano que vive do trabalho e dele retira sua subsistência e reconhecimento social. É exatamente a relevante tarefa de concretizar o direito ao trabalho digno que torna as prescrições trabalhistas materialmente fundamentais.

O trabalho não é mercadoria, e sim um valor fundamental incontestável para o ser humano, pois não se desvincula daquele que o exerce. "O trabalho é um valor relevante na justa medida – em quantidade e qualidade – em que sirva à preservação à elevação da condição humana e não como fator de destruição da dignidade" (SOUTO MAIOR, 2017, p. 42). Se o trabalho é vetor de dignidade e o Direito do Trabalho assegura dignidade ao trabalhador, não há como negar a fundamentalidade material de tal sistema normativo especial.

No contexto brasileiro, a Constituição Federal de 1988 assimilou tanto a fundamentalidade formal dos direitos sociais trabalhistas, como a material. Em título dedicado aos direitos fundamentais, introduziu os artigos 7º e 8º, que tratam, respectivamente, dos direitos individuais e sindicais dos trabalhadores urbanos e rurais. No artigo 9º consagrou o direito de greve e nos artigos 10 e 11 deu vez e voz aos trabalhadores nos órgãos públicos de deliberação profissional e dentro das grandes empresas (BRASIL, 1988). Nesse sentido, torna-se patente o reconhecimento da fundamentalidade formal dos direitos trabalhistas.

Na seara material, a fundamentalidade dos direitos sociais começa a ser construída já no artigo 1º do texto constitucional, quando elenca como fundamentos da republica brasileira a dignidade da pessoa humana (inciso III) e o valor social do trabalho (inciso IV). A valorização do trabalho humano, como forma de assegurar uma existência digna nos ditames da justiça social também está estampada no artigo 170, dentre os princípios da ordem econômica e social (BRASIL, 1988).

Note-se que não apenas a dignidade humana como o valor social do trabalho são tratados explicitamente pelo texto constitucional de 1988 como princípios fundamentais, espécies normativas que configuram verdadeiros mandamentos de otimização, exigindo implementação concreta da melhor forma possível (ALEXY, 2008, p. 90), ou seja, sempre

com a intensidade de aplicação no grau mais elevado, tendo em conta o substrato ético envolvido e a profundidade das prescrições.

O principialismo é, inclusive, uma das características do constitucionalismo contemporâneo, conduzindo à percepção moral que a Constituição Federal brasileira exige para si. Ademais, é justamente a porosidade dos princípios que os transforma na espécie normativa mais apropriada para moldurar os direitos fundamentais, dada a densidade axiológica que lhes é inerente e o juízo de ponderação indispensável à harmonização com outros direitos igualmente relevantes.

Não fosse pouco, ao colocar o valor social do trabalho ao lado da dignidade da pessoa humana como fundamentos da república federativa brasileira, o constituinte deu aos direitos sociais trabalhistas o tom de fundamentalidade material. Como bem elucida Queiroz (2006, p. 40), partindo do entendimento de que a dignidade da pessoa humana é preceito unificador dos direitos fundamentais, afigura-se irretorquível que os direitos constitucionais dos trabalhadores gozam de fundamentalidade, "[...] na medida em que todos os direitos fundamentais enquadrados na referida categoria legitimam seu reconhecimento na dignidade da pessoa humana do trabalhador".

E prossegue o autor dizendo que, não somente os direitos sociais dos trabalhadores previstos no artigo 7º da Constituição brasileira merecem o *status* de fundamentalidade, já que a abertura material trazida pelo artigo 5º, §2º do texto constitucional reconhece a possibilidade de oxigenação do catálogo de direitos fundamentais por outros direitos que não estejam expressamente prescritos na Constituição, desde que direcionados à promoção da dignidade da pessoa humana do trabalhador. (QUEIROZ, 2006, p. 40).

Portanto, todo e qualquer direito trabalhista que, pautado na nova dogmática constitucional e independentemente de estar expresso no texto da Constituição brasileira, traduzir o desiderato de salvaguardar a dignidade do ser humano trabalhador, deve ser considerado materialmente fundamental, aproximando a norma laboral das raízes personalistas que inspiraram sua institucionalização positiva.

9.3.2 A abertura do rol de fundamentalidade para os tratados internacionais de direitos humanos em matéria trabalhista

Em capítulos anteriores[14], escreveu-se sobre a evolução do constitucionalismo moderno no tocante ao sistema internacional de direitos humanos, sendo desnecessário repisar o assunto. Porém, a boa compreensão daquilo que se propugna apresentar, desafia uma incursão mais acurada sobre o tratamento dado pela Constituição Federal de 1988 acerca da dinâmica de internalização dos tratados internacionais de direitos humanos.

A Constituição brasileira preocupou-se com a regulação da relação entre os direitos nacional e internacional. Como regra, prevalece no Brasil o *princípio da incorporação condicionada* dos tratados internacionais, que, após a ratificação pelo Presidente da República, precisam passar pelo crivo do congresso nacional para que produzam plenos efeitos em âmbito interno, nos estritos termos do artigo 84, inciso VIII, da carta de 1988 (BRASIL, 1988).

Acontece que, desde a sua promulgação, a Constituição preleciona uma abertura de fundamentalidade material para os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos. Segundo dispõe o respectivo artigo 5º, §2º, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (BRASIL, 1988), conduzindo ao que Dimoulis e Martins (2009, p.38) denominam de *complementaridade condicionada*, pois,

> [...] o fato de um direito não se encontrar garantido no texto constitucional ou não ser reconhecido a determinado titular não exclui a possibilidade de sua alegação, desde que o mesmo se encontre reconhecido em tratado internacional ou que o tratado beneficie determinado titular.

Duas interpretações se digladiam sobre o sentido e o alcance do artigo 5º, §2º, da Constituição de 1988.

Flávia Piovesan (2010, p. 86), após abordar a importância do sistema internacional de direitos humanos e delinear o chamado Direito Constitucional Internacional, sustenta a tese segundo a qual os tratados internacionais de direitos humanos, ao contrário daqueles que disciplinam outras matérias, incorporam-se automaticamente ao Direito brasileiro, sem que se faça necessário um ato jurídico complementar, adquirindo *status* constitucional.

Para a autora, a tese de incorporação automática, "de um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a esses mesmos direitos, sob pena de invalidação". Desse modo,

[14] Ver capítulo 6, item 6.4 e capítulo 7, item 7.1.3.

entende que haveria uma efetividade muito maior dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no tocante aos direitos humanos. (PIOVESAN, 2010, p. 86).

A mesma tese é sustentada por Ingo Sarlet (2007, p. 342) que, reconhecendo a abertura material do catálogo de direitos fundamentais trazida pela Constituição de 1988, interpreta seu artigo 5º, §2º como sendo consagrador da "[...] recepção automática de todos os tratados internacionais ratificados pelo Brasil que versarem sobre direitos humanos, dispensado qualquer ato formal complementar para que possam ser diretamente aplicados [...]".

Em sentido contrário, no entanto, prevalecia o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.480 de 1997 decidiu que todo e qualquer tratado internacional ratificado pelo Brasil, independentemente do tema, passará pela aprovação parlamentar disposta no artigo 84, inciso VIII, da Constituição de 1988, sendo internalizado com o mesmo *status* de uma lei ordinária (LOPES, 2017, p. 12).

Dimoulis e Martins (2009, p. 38) também não acatavam a tese de incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos, tampouco no imediato patamar constitucional de suas previsões. De acordo com os autores, as normas internacionais são de origem convencional e devem obediência ao ordenamento constitucional interno. Assim, há de prevalecer a primazia constitucional, com seu absoluto império sobre todas as normas de direito internacional.

Ocorre que, em dezembro de 2004, foi editada a Emenda Constitucional nº 45, que inseriu o §3º no artigo 5º da Constituição, cuja redação admite que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados pelo Congresso Nacional com o mesmo quórum qualificado de uma emenda constitucional ingressará com tal *status* no ordenamento nacional (BRASIL, 1988).

Com a mudança, o poder constituinte reformador criou dois procedimentos distintos de internalização das normas internacionais: (i) os tratados de direitos humanos, submetidos ao quórum qualificado de emenda à constituição, ingressarão com *status* constitucional, recebendo a rigidez que lhe é inerente; (ii) os demais tratados internacionais, submetidos à regra do artigo 84, inciso VIII, ingressarão com *status* de norma infraconstitucional. A partir de então, o Direito Constitucional positivo brasileiro revelou o desejo de conferir aos tratados internacionais sobre direitos humanos um tratamento diferenciado em relação aos demais,

embora mantendo a exigência de intervenção parlamentar no processo de internalização e afastando, com isso, a tese de incorporação automática.

Sarlet (2007, p. 349-350) criticou a alteração constitucional, por considerar que a mesma "[...] acabou dificultando o processo de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, e chancelando o entendimento de que os tratados não incorporados pelo rito das emendas constitucionais teriam hierarquia meramente legal".

Piovesan (2010, p. 92-93) faz uma leitura diversa sobre a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Para a autora, os tratados internacionais de direitos humanos continuam tendo incorporação automática no sistema normativo brasileiro (concepção monista), de modo que o quórum qualificado disposto no §3º do artigo 5º da Constituição seria apenas uma espécie de confirmação do seu *status* formalmente constitucional. Já os demais tratados não seriam incorporados automaticamente, exigindo um ato legislativo posterior (concepção dualista).

Polêmicas a parte, o certo é que a mudança promovida pela Emenda Constitucional nº 45 impulsionou uma nova visão da suprema corte brasileira sobre os tratados internacionais de direitos humanos.

Antes da inovação constitucional, o STF entendia que os tratados internacionais, independentemente da matéria, ingressavam no ordenamento nacional com *status* de lei ordinária, sempre que ratificados pelo Brasil e aprovados pelo congresso nacional.

Após a alteração de 2004, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1 de 2008, passou a entender que, especificamente no que tange aos tratados de direitos humanos: (i) quando ratificados após a Emenda Constitucional nº 45, mediante votação qualificada do Congresso Nacional, ingressarão no ordenamento brasileiro com *status* de constituição; (ii) já aqueles tratados ratificados pelo Brasil antes da citada emenda constitucional, assumirão *status* de supralegalidade, posicionando-se hierarquicamente abaixo da Constituição Federal, mas acima das demais leis (BRASIL, 2008).

Dimoulis e Martins (2009, p. 42) obtemperam que, a despeito de o entendimento do STF externar uma intenção internacionalista e um posicionamento moderado, a mudança trazida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 não estabeleceu a merecida segurança

jurídica quanto ao procedimento de internalização dos tratados internacionais, concebendo categorias diferentes de tratados, com distintas hierarquias.

Outro problema apontado pelos autores, diz respeito à dificuldade de se definir quais tratados versam sobre direitos humanos e quais não tratam do tema (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 43). Neste particular, Piovesan (2009, p. 459) indica o uso da dignidade humana como critério definidor da natureza das normas internacionais. Segundo a autora, o princípio da dignidade da pessoa humana, além de ser referência ética absoluta, orienta tanto o Direito Internacional como o Direito Interno brasileiro. Assim, é pelo critério da dignidade humana que será determinada a natureza do documento internacional: se humanitário ou não.

Seguindo a linha de raciocínio de Piovesan (2009) e transportando a lógica de internalização para os tratados internacionais em matéria trabalhista, considerando a própria origem da Organização Internacional do Trabalho e a funcionalidade de suas convenções, parece claro seus normativos integram o rol de tratados internacionais de direitos humanos, já que inspirados pela salvaguarda da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Corroborando com o posicionamento de que as convenções da OIT são tratados internacionais de direitos humanos em sentido estrito, Georgenor de Sousa Franco Filho e Valério Mazzuoli (2016, p. 17) assinalam que, uma vez ratificadas pelo Brasil e aprovadas pelo congresso nacional, assumem *status* materialmente constitucional, por força do artigo 5º, §2º, da Constituição de 1988; já se submetidas ao quórum qualificado do §3º do mesmo artigo constitucional, seriam incorporadas com *status* formalmente constitucional. Os autores reconhecem, porém, que o posicionamento do STF é mais moderado, de modo que as convenções da OIT ratificadas anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 de 2004 desfrutariam de um *status* supralegal.

Seja na visão daqueles que invocam uma votação qualificada para a internalização dos tratados de direitos humanos, com patamar supralegal para os que não se submeteram ao quórum do artigo 5º, §3º, da Constituição de 1988; seja no ponto de vista de quem apregoa que, independentemente da votação qualificada, os tratados de direitos humanos integram o bloco de constitucionalidade brasileiro: o certo é que o Direito Constitucional no Brasil, de forma ampla ou moderada, prevê uma abertura de fundamentalidade para as normas internacionais.

Com efeito, partindo-se da premissa de que as convenções da OIT – tendo em vista o substrato axiológico e os elementos éticos de seus preceptivos, orientados pelo princípio imponderável da dignidade humana – são tratados internacionais de direitos humanos em sentido estrito, torna-se difícil ignorar o *locus* privilegiado que a Constituição Federal de 1988 deu aos direitos laborais, favorecendo uma assimilação personalista de seus comandos normativos e a certeza de que devem caminhar em direção ao texto constitucional.

9.3.3 O reconhecimento expresso do PoderJudiciário trabalhista, como garantia institucional de concretização dos direitos sociais

Muito se fala que a mera enunciação constitucional dos direitos fundamentais de pouco adiantaria para a consagração do compromisso democrático com a dignidade da pessoa humana, acaso não existissem mecanismos que garantissem sua concretização, sobretudo nos casos de violação. Aqui entram em cena as chamadas garantias fundamentais, que correspondem às disposições constitucionais que "[...] objetivam prevenir e/ou corrigir uma violação de direitos" (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 69).

Francisco Gérson Marques de Lima (2002, p. 55-56) apresenta uma tríade na classificação das garantias fundamentais, dividindo-as em: (i) garantias-limites, que impõem defesas a direitos especiais, limitando a atividade do poder público, como é o caso da liberdade de expressão e proibição de censura; (ii) garantias institucionais, que estabelecem um sistema oficial para a proteção dos direitos e solução de conflitos, como é o caso do poder judiciário; e (iii) garantias instrumentais, que nada mais são do que as ações e demais ferramentas processuais voltadas a resguardar os direitos fundamentais.

O Poder Judiciário, na qualidade de garantia institucional, seria o espaço perante o qual tramitariam os procedimentos necessários ao exercício de uma jurisdição assecuratória dos preceitos fundamentais, protegendo-os e, ao mesmo tempo, garantindo institucionalmente sua concretização. Disto decorreria uma funcionalidade especial dos órgãos judiciários, enquanto componentes de um sistema empenhado não somente com a proclamação dos direitos constitucionais, mas com a sua consecução prática.

Por outro lado, a presença do Poder Judiciário, na condição de órgão de Estado vocacionado à salvaguarda dos direitos fundamentais, traz à tona o debate sobre a imbricação entre a administração da justiça e a forma como o Estado deve ser comportar perante a sociedade.

Juraci Mourão Lopes Filho (2006, p. 392), após elencar os postulados básicos de um Estado ativo, escreve sobre as influências do Estado Social na administração da justiça, concluindo que, neste tipo de formação estatal: (i) os magistrados devem compreender seu papel institucional, não mais podendo atuar nos lindes estreitos da teoria liberal; (ii) os princípios devem ser utilizados na hermenêutica constitucional, a fim de conferir a máxima efetividade à Constituição; e (iii) o controle concreto e difuso da constitucionalidade deve ser eficiente.

O novo constitucionalismo brasileiro assimilou o judicialismo ético como um de seus postulados (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 67), inclusive sob o paradigma garantista de jurisdicionalidade e acionabilidade, com o fito de conter possíveis violações aos direitos constitucionalmente assegurados (FERRAJOLI, 2015, p. 62-65). Todavia, o excesso de expectativa da atuação positiva do Poder Judiciário pode levar, conforme destaca Sarmento (2009, p. 291), "[...] ao esquecimento de outras arenas importantes para a concretização da Constituição e realização de direitos, gerando um resfriamento da mobilização cívica do cidadão".

O autor, na verdade, chama atenção para o que denomina de "obsessão judicialista do constitucionalismo brasileiro" (SARMENTO, 2009, p. 292-293), no sentido de conferir ao ativismo do Poder Judiciário "[...] uma posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional". No entanto, Sarmento (2009) reconhece que a existência de um Poder Judiciário sensato e ciente do seu papel contribui para a proteção dos direitos fundamentais.

Atuando com ou sem ativismo, o fato é que a presença do Poder Judiciário como garantia institucional dos direitos fundamentais revela a opção constitucional pela plenitude de seus preceitos, de maneira que o cidadão, diante de uma violação, ameaça ou até mesmo falta de efetividade de um direito fundamental constitucionalmente consagrado, poderá dispor de mecanismos jurisdicionais para amparo de suas pretensões na tutela da dignidade.

No plano dos direitos fundamentais trabalhistas, cresce em importância a consagração da Justiça do Trabalho pela Constituição Federal de 1988, cuja competência não apenas foi mantida (em relação ao texto constitucional anterior), como ampliada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Em seu artigo 92, incisos II-A e IV, a Constituição de 1988 introduz o Tribunal Superior do Trabalho (TST), bem como os demais tribunais e juízes do

trabalho como órgãos do Poder Judiciário, definindo sua competência material no respectivo artigo 114. Ademais, o constituinte se preocupou em disciplinar a composição e o funcionamento dos órgãos judiciários trabalhistas, de acordo com os artigos 111 a 113 da Constituição (BRASIL, 1988).

Destarte, afigura-se evidente que a vontade do constituinte brasileiro centrou-se na opção de direcionar os conflitos nascidos nas relações de trabalho ou que, direta ou indiretamente, sejam delas consequência, à solução de órgãos jurisdicionais especializados, como forma de proporcionar uma hermenêutica compatível com sua natureza e, por conseguinte, a consecução prática de seus comandos.

Tanto é verdade que, Delgado e Delgado (2017, p. 151), após tratarem da evolução normativa da Justiça do Trabalho brasileira, desde a inauguração em 1939, abordam sua afirmação pela Constituição Federal de 1988, como "[...] lídimo segmento concretizador na justiça social no campo do Judiciário brasileiro". Para os autores, além do caráter democrático e inclusivo do constitucionalismo social representado pela Justiça do Trabalho, esta deve ser considerada um dos mais "[...] sólidos instrumentos jurídicos e institucionais para a concretização da dignidade do ser humano e dos direitos fundamentais nos conflitos de interesses no mundo do trabalho" (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 154).

Maria Cecília Máximo Teodoro (2011, p. 128-131) vai além e enaltece o papel do juiz do trabalho na construção da norma trabalhista, esclarecendo que muitos direitos fundamentais estão positivados em cláusulas gerais, cabendo aos magistrados determinar, a luz dos casos concretos, sua verdadeira abrangência. Daí a importância de uma justiça especializada e comprometida com os ditames do Estado Social.

A autora também enfatiza a importância da formação ética, intelectual e profissional dos juízes do trabalho, sobretudo no que toca à consciência de sua função humanista, na medida em que a legitimidade social de sua atuação dependerá não apenas da racionalidade das decisões, mas dos fundamentos a partir dos quais se pautou para adotá-las na apreciação de conflitos reais (TEODORO, 2011, p. 137-138).

Embora dentro de um contexto econômico fortemente influenciado por discursos neoliberais de intervenção mínima do Estado nas relações intersubjetivas – do qual exsurgem críticas levianas contra a própria existência da Justiça do Trabalho no Brasil – parece impossível ignorar que a vontade do constituinte brasileiro, afirmada pela Carta de 1988 e

reforçada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, abraçou um resguardo jurisdicional diferenciado para os direitos fundamentais trabalhistas, aproximando ainda mais o Direito do Trabalho do texto constitucional.

9.4 Neoliberalismo contemporâneo e a análise econômica do Direito do Trabalho no Brasil: positivismo, ambivalência e flexibilização

Nada obstante o compromisso ético da Constituição Federal de 1988 com a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões, inclusive nas relações de trabalho, os agentes econômicos brasileiros – como, de resto, ocorre com os demais países em desenvolvimento – especializaram-se no discurso de flexibilização das normas trabalhistas como medida tendencialmente indispensável ao desenvolvimento nacional. Ideologicamente influenciados por postulados neoliberais de retomada do livre mercado, tais agentes anunciam que o crescimento econômico brasileiro somente será possível quando houver um distanciamento do Estado das políticas de inclusão social, como se não existisse um pacto constitucional em sentido diametralmente oposto.

Souto Maior (2017, p. 379) deixa claro que, mesmo durante os debates que precederam a promulgação da Constituição de 1988, a doutrina neoliberal já era visível em algumas forças partidárias, que agiam em desfavor das conquistas sociais expressadas no anteprojeto do texto constitucional. Contudo, segundo o autor, isso não impediu a consumação do papel constitucional de elevar o padrão dos direitos trabalhistas, tanto em âmbito individual como coletivo, dando o tom dos contornos sociais que o constituinte desejou conferir ao sistema de proteção do trabalho.

Acontece que o Direito do Trabalho é ambivalente e a faceta econômica nele representada terminou por atentar contra sua própria existência. Isto porque, a partir da década de 1990, o neoliberalismo difunde-se no Brasil de forma bastante expressiva, dada a realidade econômica e política aqui encontrada naquele período histórico. Uma das principais bandeiras retóricas hasteadas pelos neoliberais brasileiros residia no chamado “custo do trabalho”: era preciso reduzir os direitos sociais para que o país pudesse evoluir economicamente, flexibilizando as normas de proteção ao trabalho e facilitando a entrada do capital estrangeiro (SOUTO MAIOR, 2017, p. 382).

Souto Maior (2017) critica fortemente o discurso neoliberal de desconstrução do Direito do Trabalho, sob a premissa de que suas normas seriam as principais responsáveis

pelo encarecimento da mão de obra e inviabilização das atividades empresariais, pois, se levado a cabo tal argumento, chegar-se-ia a hedionda conclusão de que, "[...] se ainda houvesse a escravidão o sucesso dos investimentos empresariais estaria garantido" (SOUTO MAIOR, 2017, p. 382), o que não se sustenta pragmaticamente.

Contudo, a despeito de sua inconsistência, a doutrina neoliberal prevalente no Brasil durante os anos de 1990 provocou uma grande retração de direitos trabalhistas, sempre associando a opção flexibilizatória à necessidade de aumento dos postos de trabalho, como se o movimento da economia real não fosse suficiente para tanto, dependendo inexoravelmente da maleabilidade do modelo de proteção social para ensejar a elevação dos níveis de empregabilidade no país.

A primeira década do século XXI, com a mudança da matriz governamental brasileira, vivenciou uma relativa contenção da lógica de flexibilização apregoada nos anos anteriores, embora os ataques à legislação social não tenham cessado. Os argumentos desconstrutivos seguem quase sempre as mesmas etapas: primeiro, anuncia-se uma crise; posteriormente, fala-se em desemprego, sempre comparando o Brasil com países de economia pujante (como Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, entre outros); finalmente, enfatiza-se a necessidade de diminuição da proteção social como saída inafastável para a crise econômica anunciada.

José Pastore (2009), professor de economia da Universidade de São Paulo, retrata, em seus escritos, ótimos exemplos das etapas de desconstrução acima mencionadas. Em 2009, no auge da crise norte-americana, Pastore atrelava a qualidade dos empregos brasileiros à economia dos Estados Unidos. Dizia o autor que "por mais que o mercado interno alavanque a economia, a qualidade dos empregos brasileiros estará intimamente atrelada ao que vai acontecer com a economia de nossos compradores" (PASTORE, 2009, p. 14). Ressalte-se que, em 2009, o Brasil possuía baixíssimos índices de desemprego. Como o ataque não podia ser na falta de emprego, o alvo passava a ser a sua qualidade.

Em 2012, com a crise na Europa, Pastore (2012, p. 3) falava sobre o uso de medidas flexíveis nas crises. No texto, o autor fez uma comparação entre Alemanha e Brasil, dizendo que em solo europeu foram utilizadas medidas flexíveis para salvar empregos. Já "no Brasil, as leis são rígidas, inflexíveis e sujeitas a interpretações oscilantes dos magistrados, que, muitas vezes, anulam cláusulas de acordos negociados".

No início de 2016, já com a crise econômica conjuntural instalada no Brasil, impregnada de conotações político-ideológicas, Pastore (2016a, p. 29) escreveu sobre os alarmantes índices de desemprego no país, dizendo-se pouco otimista com o aumento dos postos de trabalho naquele ano, para, ao final, arrematar com a seguinte aspiração: "oxalá o ano venha a ser marcado pelo início das reformas estruturais que podem garantir um quadro melhor a partir de 2017". O desemprego, portanto, exigiria reformas, dentre elas a trabalhista.

Em meados do mesmo ano de 2016, Pastore (2016b, p. 66) já evocava abertamente uma reforma trabalhista no Brasil. Comparando com a França que, de acordo com o autor, teria dado um importante passo para adaptar as relações de trabalho à economia moderna, Pastore assinalou que "a CLT está repleta de regras rígidas que são de difícil ou impossível aplicação universal". Assim, tal como ocorrera em terras francesas, o Brasil precisaria deixar a cargo das negociações a regulação dos contratos de trabalho.

Os escritos de Pastore confirmam que os momentos de crise econômica são os preferidos dos economistas para tratar de reforma trabalhista, como se a provável solução dos problemas econômicos identificados fosse a flexibilização do Direito do Trabalho. Muitos desses ataques ocorrem pela própria abertura que o Direito deu para a análise e interpretação econômica de seus postulados, resquícios do seu processo de institucionalização positiva.

O fato é que, sempre que o Direito do Trabalho é analisado sob uma perspectiva essencialmente econômica, sobretudo pelos teóricos brasileiros, há uma propensão intencional à sua desconstrução, olvidando-se dos elementos personalistas de suas normas e do paradigma social abraçado pelo novo constitucionalismo, que elevou a dignidade humana ao patamar de princípio unificador dos preceitos fundamentais, levando a sério o sistema internacional de proteção social e orientando o ordenamento em direção à garantia do direito fundamental ao trabalho digno.

9.5 A reforma trabalhista de 2017: o discurso de reconstrução da economia a partir da desconstrução do ser humano

As mudanças são inerentes a toda e qualquer relação que envolve seres humanos, especialmente em meio à realidade complexa que prevalece nas formações sociais pós-modernas. O pluralismo, a fluidez dos laços e a presença cada vez mais determinante das novas tecnologias, faz com que a sociedade altere constantemente os ritmos de sua evolução, modificando a dinâmica com que se desenvolve nas vivências e afinidades sociais.

Com as relações de trabalho não é diferente. O mundo do trabalho não está imune às mudanças. Ao contrário, talvez nesses domínios as transformações ocorram numa velocidade até maior do que em outros ambientes, de modo que a regulação normativa deve procurar acompanhar as constantes mutações que diariamente se apresentam nos vínculos laborativos, sem, contudo, se desconectar do culturalismo e do compromisso com a dignidade do ser humano trabalhador.

Nesse sentido, seria irracional não querer que a legislação trabalhista brasileira se adaptasse ao contexto factual que, bem ou mal, impulsiona a energia produtiva do século XXI. A questão não é, portanto, o apego ao passado, mas o modo como o futuro do Direito do Trabalho no Brasil deve ser conduzido e sobre que premissas seus pilares normativos haverão de sustentar-se.

O ano de 2017 foi marcado por tensões políticas e econômicas que provocaram profundas alterações no arcabouço normativo trabalhista brasileiro, não raro desprezando os valores éticos consagrados na Constituição Federal de 1988, pelo uso de postulados tipicamente atrelados ao pensamento econômico-utilitarista, em detrimento da segurança jurídica e da legitimidade contempladas no pacto democrático e inclusivo do Estado Social e no sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

O início do movimento intitulado "modernização das leis trabalhistas brasileiras" inicia-se com a aprovação da lei nº 13.429 de 31 de março de 2017, que oficializou a *terceirização* em solo nacional, autorizando a intermediação de serviços em qualquer tipo de atividade, em contraposição ao entendimento sedimentado na súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que restringia a prática ao trabalho temporário, aos serviços de vigilância, de limpeza e conservação e à atividade-meio do tomador, desde que ausentes a pessoalidade e a subordinação direta (BRASIL, 2011).

Curioso notar que a referida lei foi fruto do projeto de lei nº 4.302 de 24 de março de 1998 (BRASIL 1998), aprovado no Senado Federal e em tramitação na Câmara dos Deputados há quase dez anos, o que, por si, já parece contrariar o discurso de modernização.

A nova lei de terceirização modificou a lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974, editada ainda sob a égide do regime militar, passando a disciplinar dois tipos de intermediação de serviços: o primeiro, consistente no chamado trabalho temporário, tornando-o mais longo do

que anteriormente; e o segundo relativo à terceirização de demandas específicas, fazendo lícita a subcontratação de mão de obra em todas as suas dimensões (BRASIL, 2011).

Não é de hoje que a terceirização tem sido criticada por abalizadas vozes do Direito do Trabalho no Brasil, mesmo quando era considerada excepcional.

Marcio Túlio Viana já falava que a prática, embora anuncie um sinal de progresso, é, na verdade, um retrocesso na forma de conduzir a prestação do trabalho, pois destrói a continuidade do vínculo, quebra a bilateralidade do contrato e altera a subjetividade do trabalhador, coisificando-o em prol de uma proclamada eficiência (VIANA, 2017, p. 36-39).

Delgado, reconhecendo as transformações inquestionáveis no mercado de trabalho, dizia da necessidade de cautela no tratamento da terceirização, a fim de que ela não se transforme na antítese dos princípios civilizatórios do Direito do Trabalho, precarizando de maneira indesejada a relação laboral (DELGADO, 2017, p. 504).

A terceirização – seja através da desconcentração produtiva (externa), seja mediante a intermediação de serviços (interna) – somente pode ser bem introduzida na dinâmica do trabalho se os envolvidos estiverem envoltos de responsabilidade, no tocante aos direitos trabalhistas dos empregados contratados. Não há como eximir ou reduzir a responsabilização do tomador de serviços a uma mera subsidiariedade (residualidade), tal como faz a lei nº 13.429 de 2017[15].

Ao se decidir pela legalidade da terceirização – e se a intenção não é a precarizar o trabalho, mas de favorecer a contratação de serviços especializados – que haja responsabilização ampla e solidária tanto do contratante e como da empresa contratada, para os casos de violação dos direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados.

Tanto é verdade que uma das sugestões de Márcio Túlio Viana (2017, p. 96-97) para a distribuição das responsabilidades na terceirização é a solidariedade entre tomador de serviços e empresa interposta, como forma de ampliar a proteção dos direitos laborais.

Outros dois aspectos que também não foram adequadamente regulados pela nova legislação dizem respeito à isonomia de direitos entre trabalhadores terceirizados e aqueles

[15] Os artigos 10, §7º e 5º-A, §5º da lei nº 6019 de 1974, inseridos pela lei nº 13.429 de 2017, atribuem responsabilidade subsidiária, ou seja, residual, tanto ao tomador de trabalho temporário como à empresa contratante da terceirização de demandas específicas (BRASIL, 2017a).

contratados diretamente pela empresa tomadora de serviços; e ao enquadramento dos trabalhadores terceirizados na mesma categoria profissional daqueles contratados diretamente.

A lei nº 13.429 de 2017 permite a diferenciação de direitos e a fragmentação categorial entre terceirizados e contratados diretos. Tal opção legislativa contraria um postulado básico da democracia social, malferindo a isonomia ao permitir que trabalhadores que desempenham atividades laborais em um mesmo espaço e em benefício de um mesmo empreendimento empresarial recebam tratamento diferente, em termos individuais e coletivos, acirrando o desequilíbrio entre os próprios trabalhadores e quebrando a solidariedade inerente ao vínculo elementar expressado na configuração factual da categoria profissional, além de enfraquecer os movimentos de resistência e reivindicação coletivos.

Não fosse pouco o reconhecimento irrestrito da terceirização, o ano de 2017 também foi marcado por uma alteração muito mais disruptiva na legislação trabalhista do Brasil. Fruto do projeto de lei nº 6.787, encaminhado pelo presidente da república ao Congresso Nacional em 23 de dezembro de 2016, a lei nº 13.467 foi aprovada em 13 de julho de 2017, com uma *vacatio legis* de cento e vinte dias, entrando em vigor no último dia 11 de novembro de 2017 e trazendo consigo a modificação de mais de uma centena de dispositivos da CLT.

Votada em regime de urgência, a lei nº 13.467 de 2017, oficialmente denominada de "modernização das leis trabalhistas" e popularmente alcunhada de "reforma trabalhista", consubstanciou significativas mutações na Consolidação das Leis do Trabalho, nos eixos individual, coletivo e processual.

Devido à velocidade de tramitação, as alterações acabaram não sendo objeto do merecido debate parlamentar e, por versarem sobre diversos institutos normatizados por convenções da OIT[16], também não foram alvo da consulta tripartite entre Estado, representações de empregados e de empregadores, conforme determina a convenção nº 144 da OIT, internalizada no Brasil através do decreto executivo nº 2.518 de 12 de março de 1998 (BRASIL, 1998b).

No plano do direito individual, algumas disposições trazidas pela lei nº 13.469 de 2017 merecem destaque, como é o caso, por exemplo, do artigo 58-A da CLT, que ampliou o limite

[16] Tais como amparo à maternidade (convenção nº 103 da OIT), proteção do salário (convenção nº 95 da OIT), direito de sindicalização e negociação coletiva (convenção 98 da OIT), discriminação em matéria de emprego e ocupação (convenção nº 111 da OIT), férias remuneradas (convenção nº 132 da OIT), segurança e saúde dos trabalhadores (convenção nº 155 da OIT), entre outras.

de jornada semanal em regime de tempo parcial para até trinta horas semanais, sem horas suplementares; ou até vinte e seis horas semanais, com o máximo de seis horas suplementares na semana (BRASIL, 2017b).

Considerando que o limite de jornada semanal definido pela Constituição brasileira é de até quarenta e quatro horas por semana[17], o regime de tempo parcial se aproximou em demasia da regra geral, desvirtuando-se de sua real finalidade, que é permitir que o empregado tenha tempo livre para dedicar a outros interesses.

Quando o regime de tempo parcial avizinha-se perigosamente do limite ordinário de jornada, a precarização da relação é praticamente inevitável, na medida em que o empregado deixa de obter os rendimentos que teria se ocupasse plenamente sua jornada, mas não dispõe de tempo para outras atividades. O ideal é que o regime de tempo parcial, como o próprio nome sugere, não ultrapasse a metade do limite ordinário de jornada. Somente assim o *part time*[18] cumprirá o desiderato propagado pelo discurso que o ampara, qual seja: ter o trabalhador tempo para estudo, lazer, descanso, ou, quem sabe, até mesmo para aquisição de outro posto de trabalho.

Ainda no que tange à distribuição da jornada de trabalho, também se realça o artigo 59, §6º, da CLT, que viabilizou a compensação de jornada mediante acordo individual tácito (BRASIL, 2017b). A fixação da jornada de trabalho encontra-se intimamente relacionada à saúde e segurança do trabalhador, gerando para o empregador o ônus financeiro do pagamento de adicional, acaso o limite seja ultrapassado.

Ao admitir a compensação de jornada por qualquer tipo de ajuste, inclusive tácito, a lei nº 13.467 de 2017 abriu espaço para ampliações desmesuradas de jornada sem o correspondente repasse do adicional e, pior, sem a segurança jurídica que o instrumento escrito daria ao trabalhador, quanto aos limites das ampliações praticadas. Ao cabo, o empregado sequer saberá em que regime de jornada foi inserido, já que eventuais ampliações poderão ser colocadas como simples saldo de horas destinado a posterior compensação, em vez de ensejar o pagamento das horas extras.

O artigo 59-A da CLT, por sua vez, autorizou horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os

[17] Ver artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988.
[18] Nome atribuído do regime de tempo parcial em países de língua inglesa.

intervalos para repouso e alimentação (BRASIL, 2017b). Desse modo, o empregado poderá ser submetido a uma jornada diária de doze horas consecutivas, sem que sequer usufrua do intervalo mínimo de uma hora para repouso e alimentação, uma vez que este poderá ser indenizado pelo empregador, em claro prejuízo à higidez psicofísica do trabalhador.

Os artigos 223-A e seguintes da CLT, todos inseridos pela reforma trabalhista, dedicaram-se a regulamentar os danos extrapatrimoniais sofridos nas relações de labor, tanto pelo empregado como pelo empregador. A inovação mais questionável, neste particular, centrou-se na tarifação da indenização por danos extrapatrimoniais trazida pelo artigo 223-G, §1º, da CLT, que limita numericamente o preço das reparações (BRASIL, 2017b).

Como se sabe, a quantificação do montante indenizatório deverá levar em conta aspectos factuais tão distintos que se apresenta absolutamente imprópria qualquer limitação nominal apriorística. Mesmo fazendo uso de critérios objetivos, a estipulação do montante reparatório dependerá de uma minuciosa avaliação da realidade concreta e da situação pessoal dos envolvidos, o que torna impossível estabelecer, de antemão, o valor a ser pago a título ressarcitório.

Mais adiante, no artigo 452-A da CLT, a reforma trabalhista introduziu um novo tipo de negócio jurídico trabalhista, o denominado contrato de trabalho intermitente. Por tal modalidade, o empregado alternará períodos de atividade e inatividade, uma vez que somente será ativado na execução do labor quando convocado oportunamente pelo empregador, recebendo proporcionalmente às horas laboradas (BRASIL, 2017b).

Não há dúvidas que o novo contrato constitui solo fértil para a precarização, pois o trabalhador, embora formalmente vinculado a determinado empregador, permanecerá sem trabalho e sem salário até que venha a ser convocado, deturpando a continuidade do vínculo e colocando o empregado em uma indesejada instabilidade. Ademais, a resistência coletiva resta gravemente fragilizada, pois os períodos de inatividade aos quais o empregado é submetido no curso do contrato intermitente inviabilizam o exercício pleno do direito de greve.

Relativamente à remuneração, as novas redações dos §§1º e 2º do artigo 457 da CLT, inseridos pela reforma trabalhista, simplesmente retiraram a natureza salarial da alimentação e das diárias para viagem que ultrapassarem cinquenta por cento do salário do empregado (BRASIL, 2017b). Neste ponto, a lei nº 13.467 de 2017 literalmente suprimiu direitos trabalhistas, baixando o padrão remuneratório dos empregados brasileiros.

As consequências dessa alteração serão sentidas de imediato no “bolso” do trabalhador, que deixará de ter a repercussão de valores que antes eram considerados salariais no cálculo de inúmeros haveres trabalhistas, como férias, décimo terceiro salário e repouso semanal remunerado. Sem falar que serão proporcionalmente reduzidas as contribuições para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e para a previdência social, dificultado a subsistência daqueles que estiverem em situações de desemprego involuntário ou incapacidade.

O artigo 461 da CLT, com redação dada pela lei nº 13.467 de 2017, tornou mais difícil a caracterização da equiparação salarial (BRASIL, 2017b). Primeiramente, porque passou a exigir que a identidade de funções perante o mesmo empregador ocorra no mesmo estabelecimento empresarial, ao contrário da previsão anterior que levava em consideração um espaço territorial maior (mesmo município ou municípios que integrassem a mesma região metropolitana).

Em segundo lugar, porque afastou a isonomia de salário entre aqueles que tenham tempo de serviço na função superior a dois anos ou no emprego superior a quatro anos. Com isso, o desnível salarial será possível entre empregados que, embora contemporâneos na função, tenham tempo de contratação diferentes. Trabalhadores poderão estar lado a lado em funções iniciadas concomitantemente, mas recebendo salários diferentes, em virtude de um empregado ser mais antigo no emprego do que o outro.

Acerca da extinção do contrato de trabalho, a lei nº 13.467 de 2017, ao revogar o §1º do artigo 477 da CLT, eliminou a necessidade de homologação sindical do termo de rescisão do contrato de trabalho para trabalhadores com contratos vigentes há mais de um ano (BRASIL, 2017b). Assim, independentemente da duração do contrato, o empregado demitido não terá a chancela sindical para averiguar a regularidade dos repasses, tampouco o auxílio especializado da entidade para a verificação do pagamento.

Ainda sobre o término do vínculo, a reforma trabalhista criou, através do artigo 484-A da CLT, uma nova modalidade de extinção contratual, consolidada mediante acordo entre as partes (BRASIL, 2017b). Não obstante tal arquétipo extintivo possa atender aos interesses de alguns contratantes, o certo é que a rescisão contratual foi facilitada, quebrando a lógica da continuidade do contrato de trabalho, princípio basilar do direito laboral.

O artigo 477-A da CLT, concebido pela lei nº 13.467 de 2017, igualou o procedimento para as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas, retirando qualquer necessidade de autorização coletiva (BRASIL, 2017b). Assim, não importa a quantidade de trabalhadores despedidos, a exigência de negociação prévia objetivando a busca de alternativas para evitar as rescisões não mais existirá, dando margem para práticas abusivas nas demissões em massa.

No eixo coletivo, a reforma trabalhista tornou facultativa a contribuição sindical, anteriormente compulsória para todos que integrassem as categorias econômica ou profissional. Embora se critique qualquer dependência por parte dos sindicatos de repasses financeiros obrigatórios, o sistema sindical brasileiro convivia com essa realidade desde a edição da CLT, em 1943. Recomendável, ao contrário do que fez a lei 13.467 de 2017, o estabelecimento de um período de transição para que as agremiações pudessem administrar melhor seus recursos e procurassem novas fontes de custeio, sem que seu funcionamento fosse inviabilizado pela ausência de orçamento.

Outra alteração importante no campo do direito coletivo foi a sobreposição do negociado ao legislado, tal como previsto pelos artigos 611-A e 611-B da CLT (BRASIL, 2017b). Conforme visto no início do presente capítulo, a evolução histórica do Direito do Trabalho positivo no Brasil se fez através da legislação oficial.

É bem verdade que a Constituição Federal de 1988 reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho, mas a negociação coletiva sempre encontrou limitações da própria legislação (aqui entendida em sentido amplo, incluindo a Constituição Federal e as convenções internacionais), única capaz de estabelecer direitos absolutamente indisponíveis.

Conforme asseveram Delgado e Delgado (2017, p. 78), a nova lei claramente rejeita o princípio da adequação setorial negociada ao estabelecer a prevalência das normas autônomas sobre as heterônomas, ainda que não eleve o padrão dos direitos ou afete direitos não passíveis de despojamento.

A reforma trabalhista não apenas inverte a hierarquia entre normas autônomas e heterônomas, como permite a negociação sobre direitos antes considerados intangíveis, tais como intervalo mínimo de uma hora para repouso e alimentação, enquadramento no grau de insalubridade e prorrogação de jornada em ambientes insalubres sem a licença prévia da

fiscalização do trabalho, nos termos do artigo 611-A, incisos III, XII e XIII, da CLT (BRASIL, 2017b).

Ressalte-se que o rol do artigo 611-A da CLT, fixando os direitos que podem ser objeto de negociação *in pejus* para o trabalhador, é meramente exemplificativo, na medida em que as cláusulas de barreira estão do artigo 611-B da CLT, cujos incisos apenas reproduzem os direitos expressamente consagrados na Constituição de 1988, salvaguardados justamente pela rigidez adquirida com a promulgação da carta política brasileira.

Ainda no eixo coletivo, a reforma trabalhista substituiu o princípio da norma mais favorável ao trabalhador pelo postulado da especificidade, alterando a redação do artigo 620 da CLT para dizer que as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho (BRASIL, 2017b).

Ao contrário do que possa parecer, é muito difícil para o grupo de empregados de uma determinada empresa, mesmo sob o escudo da representação sindical, conquistar melhores condições de trabalho sem o apoio de toda a categoria. As retaliações e as condutas antissindicais tornam-se constantes e a força de pressão exercida é significativamente menor, quando comparadas às negociações nas quais os demais profissionais estão envolvidos.

O postulado da norma mais favorável existente antes do advento da lei 13.467 de 2017 harmonizava os interesses específicos de certa empresa negociante, sem impor aos seus trabalhadores o ônus excessivo de ter que abrir mão da solidariedade dos demais integrantes da categoria profissional em prol de suas conquistas contratuais.

Por derradeiro, no eixo processual, a reforma trabalhista teve a intenção manifesta de dificultar o acesso ao poder judiciário trabalhista àqueles que não dispõem de recursos para demandar em juízo sem prejuízo do seu sustento ou da sua família.

São exemplos desse desiderato os artigos 790-B e 791-A, §4º, da CLT, que impõem ao beneficiário da justiça gratuita o pagamento de honorários periciais e advocatícios, a serem deduzidos do proveito econômico que obtiverem no feito em que foram sucumbentes ou em outro (BRASIL, 2017b).

Também é exemplo do cerceio de acesso ao judiciário a regra trazida pelo artigo 844, §§1º e 2º da CLT, que impõe o pagamento de custas pelo arquivamento imotivado do

processo, ainda que o reclamante seja beneficiário da justiça gratuita, condicionando a propositura de nova demanda ao seu recolhimento (BRASIL, 2017b).

Não fosse pouco, a própria concessão da gratuidade de justiça foi dificultada pela nova lei, que, no artigo 790, §4º, da CLT, condicionou o benefício da isenção de despesas somente aos que comprovarem a insuficiência de recursos (BRASIL, 2017b), não mais bastando a simples declaração de hipossuficiência, como ocorria anteriormente à reforma.

Todo o conjunto de mudanças acima identificado – e tantas outras que aqui não foram objeto de aferição, mas que, com o passar do tempo, mostrarão suas consequências – atestam a escolha feita pelo legislador reformador, no sentido de enaltecer os fundamentos econômicos do Direito do Trabalho, em detrimento de seus elementos personalistas e da matriz principiológica consagrada na Constituição Federal de 1988.

> Profundamente dissociada das ideias matrizes da Constituição de 1988, como a concepção de Estado Democrático de Direito, a principiologia humanística e social constitucional, o conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana no campo justrabalhista e da concepção constitucional do Direito como instrumento de civilização, a Lei n. 13.467/2017 tenta instituir múltiplos mecanismos em direção gravemente contrária e regressiva (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 40).

Neste momento, é impossível antever as repercussões práticas que a reforma trabalhista provocará sobre os trabalhadores brasileiros, tampouco vaticinar a extensão das reações que a nova legislação poderá suscitar nos ambientes sindical, empresarial ou judicial. Contudo, se é certo que o ordenamento trabalhista brasileiro exige constantes atualizações, também o é que a modernização vindicada não deve acontecer ao arrepio dos compromissos éticos e democráticos assumidos pelo Brasil, nacional e internacionalmente.

9.6 Direito do Trabalho brasileiro e o “fio condutor” da norma trabalhista após a reforma de 2017: ainda há espaço para um olhar personalista?

Após a reforma trabalhista de 2017, ainda há espaço para um olhar personalista sobre o Direito do Trabalho brasileiro? A resposta para esta indagação perpassa, necessariamente, a compreensão dos fundamentos éticos e democráticos que legitimam a Constituição brasileira de 1988, bem como a posição do país em relação ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, criando um conjunto de postulados que orientam o ordenamento positivo nacional.

Viu-se que as mudanças trazidas pelo movimento legislativo denominado “reforma trabalhista” tiveram alicerce teórico-pragmático preponderantemente pautado na análise

econômica das normas trabalhistas. Por ser ambivalente, o Direito do Trabalho permitiu que sua faceta econômica fosse evidenciada e, tendo em vista o ambiente político-econômico vivido pelo Brasil na ocasião, rapidamente surgiram funcionalidades do tipo: *o Direito do Trabalho é responsável pelo fomento da economia* ou *as normas trabalhistas influenciam os níveis de empregabilidade*. A consequência disso se fez perceber no resultado das alterações, boa parte delas dissociada da matriz axiológica do Direito Laboral.

Acontece que a compromisso constitucional do Brasil, que elevou a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho ao patamar de fundamentos da república, além da postura internacionalmente adotada pelo país relativamente à expansão dos direitos sociais, impõem um olhar personalista sobre a nova legislação, do qual decorrem três vetores hermenêuticos: (i) a Constituição Federal possui uma legitimidade ética que não pode ser desconsiderada; (ii) a Constituição Federal veda o retrocesso social; (iii) a abertura do rol de fundamentalidade constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos permite um controle de convencionalidade.

Sobre a legitimidade das constituições, Fábio Konder Comparato (2006b, p. 50-74) – após tratar do desiderato de esvaziamento ético da norma proposto pelo juspositivismo clássico e da redução da constituição à autoridade política sustentada por Carl Scmitt – afirma que as constituições democráticas, a partir da racionalidade implementada pelo novo constitucionalismo, estão impregnadas de eticidade. Segundo o autor, as modernas constituições, especialmente naquilo que compõe a sua materialidade, fundam-se na vocação humanista e democrática.

Na dialética constitucional, não se pode perder o foco dos valores que verdadeiramente inspiram as constituições contemporâneas, nem da importância de escolherem o projeto de unificação normativa em torno do postulado imponderável da dignidade da pessoa humana. Isso não significa dizer que o fundamento das constituições tenha sido o mesmo em todas as épocas históricas, mas, como assinala Comparato (2006a, p. 439), somente através da compreensão sistêmica do ser humano e de sua evolução é que se poderá identificar o modelo ético constitucionalmente perseguido.

A abordagem sobre a Constituição brasileira de 1988 também deverá primar pelo sentido ético que carrega. Quis o constituinte que as prescrições constitucionais estivessem centradas na dignidade da pessoa humana e dela se espraiassem os princípios e demais

ditames normativos que justificam o ordenamento. Assim, a criação, interpretação e aplicação de toda e qualquer lei infraconstitucional terá que fazer-se em consonância com os elementos axiológicos insculpidos no texto constitucional.

Em termos trabalhistas, não obstante a proclamação constitucional de respeito às diferenças, salta aos olhos o assentimento do texto maior com o combate às desigualdades sociais. Diferença não significa rivalidade ou desunião (COMPARATO, 2006a, p. 574), de maneira que o juízo ético que recai sobre os direitos sociais condiciona-os à assunção da gênese personalista retratada na Constituição de 1988.

Apela-se, portanto, para a consciência ética dos operadores do Direito do Trabalho no Brasil, tanto na sua dimensão individual como social, quando da interpretação da nova legislação trabalhista nacional, imprimindo-lhe sentido e alcance condizentes com o substrato antropológico da Constituição de 1988.

No que tange à proibição do retrocesso social, é imprescindível o entendimento acerca da conexão existente entre segurança jurídica, dignidade da pessoa humana e direitos sociais. Como bem colocado por Sarlet (2006, p. 301-305), uma vez alcançados os níveis gerais e específicos de proteção social, o Estado constitucional impõe que as conquistas sejam mantidas, sob pena de abalo aos seus próprios fundamentos.

Retorcer socialmente nada mais é do que ignorar o padrão de proteção consubstanciado na Constituição e se perfilhar por caminhos que conduzam à redução ou eliminação desse mesmo padrão, seja a que título for. Não se quer dizer, conforme objeta Sarlet (2006, p. 321), que não exista o dever de permanente desenvolvimento dos direitos sociais.

Porém, quando o núcleo essencial dos direitos sociais é afetado por opções políticas e/ou legislativas que indiquem a sua redução ou esvaziamento, os mecanismos de garantia da higidez constitucional deverão ser imediatamente acionados, criando barreiras que respaldem a segurança jurídica necessária à preservação dos valores abraçados pela Constituição.

Nesse sentido, [...] a proibição de retrocesso assume feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícido", inerente ao Estado Democrático e Social de Direito, como forma de "[...] garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social

alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais" (SARLET, 2006, p. 323).

Ressalte-se que o princípio da vedação ao retrocesso não está restrito aos direitos expressamente consagrados na Constituição, dada sua abertura aos patamares qualitativos fixados nas normas internacionais e infraconstitucionais em matéria social. Desse modo, pode-se afiançar que a segurança social, muito mais do que um conjunto limitado de normas constitucionais, abrange todo o sistema normativo que, explicita ou implicitamente, tenha como alvo a preservação e o zelo com os ganhos sociais adquiridos.

Além disso, o espírito da Constituição recomenda que não se permaneça exclusivamente atrelado aos patamares mínimos auferidos, sempre aliando o princípio da proibição de retrocesso ao igualmente relevante princípio da progressividade dos direitos sociais, cuja ampliação merece ser constantemente incentivada.

Portanto, sempre que uma postura legislativa, como parece ter ocorrido com a reforma trabalhista brasileira de 2017, atentar contra as conquistas sociais encetadas no texto constitucional, tornar-se-á imperiosa a adoção de uma postura defensiva por parte dos aplicadores da lei, cientes de sua responsabilidade com o pacto democrático e includente ínsito à república do Brasil, alicerçado no substrato axiológico da dignidade humana e no direito fundamental ao trabalho digno.

Finalmente, no que concerne ao sistema internacional de proteção aos direitos sociais, já se falou que a Constituição brasileira reconheceu a fundamentalidade material dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como sua posição privilegiada na hierarquia do ordenamento jurídico interno.

Viu-se que, em consonância com a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, os referidos tratados poderão assumir *status* formalmente constitucional, desde que aprovados em votação qualificada do congresso nacional (artigo 5º, §3º, da constituição de 1988); ou posicionarem-se abaixo da Constituição, mas acima das demais leis (supralegalidade), quando o respectivo processo de recepção não tiver passado pelo crivo diferenciado de aprovação parlamentar.

Seja enquanto texto constitucional seja na condição de norma supralegal, o certo é que os tratados internacionais de direitos humanos condicionam o legislador nacional à

observância de seus preceitos, bem como os operadores do Direito a uma interpretação condizente com os comandos neles expressados. Daí exsurge a doutrina que advoga a tese do chamado controle de convencionalidade.

Franco e Mazzuoli (2016, p. 27) esclarecem que o controle de convencionalidade decorre da necessidade de conformação entre as normas de Direito Nacional e Direito Internacional, uma vez que "a perspectiva de proteção dos direitos humanos em um plano global implica a adoção de mecanismos capazes de construir uma comunicação entre as diversas categorias normativas".

Portanto, considerando que o ordenamento positivo brasileiro reconhece a hierarquização normativa e partindo das premissas de constitucionalidade e supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, não há como afastar a adoção de ferramentas de validação do direito interno aos parâmetros assumidos internacionalmente (FRANCO; MAZZUOLI, 2016, p. 28).

Trazendo tal perspectiva para os domínios do Direito do Trabalho, ao se levar a sério a natureza humanitária das convenções da OIT, torna-se difícil não admitir o dever de uso do controle de convencionalidade em matéria trabalhista. Conforme ensinam Franco e Mazzuoli (2016, p. 30-31), atualmente é possível proceder uma divisão do núcleo normativo internacional dos direitos humanos, sendo certo que os direitos sociais integram a estrutura desse rol de proteção, não sendo aceitável que sejam relegados a uma categoria secundária ou inferior.

Destarte, o controle de convencionalidade das normas trabalhistas há de ser assimilado em solo brasileiro, porquanto anunciado pela Constituição Federal de 1988, de modo que a falta de correspondência da legislação nacional, notadamente a reforma trabalhista de 2017, com as prescrições trazidas pelas convenções da OIT e demais tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, resultará no afastamento de aplicação dos preceptivos internos, em festejo à confluência do sistema.

Caberá aos aplicadores do Direito Trabalhista brasileiro e, sobretudo, ao Poder Judiciário a prerrogativa de verificar, em concreto ou abstrato, a convivência das normas internas com as previsões internacionais em assuntos sociais, com vistas à construção de uma regulação unívoca e coerente, afastando aquilo que não for convencionalmente acolhido (FRANCO; MAZZUOLI, 2016, p. 28).

Uma vez conjugados os três vetores hermenêuticos acima explicitados (legitimidade ética da constituição, vedação ao retrocesso social e controle de convencionalidade), será possível semear um espaço personalista para o direito do trabalho no Brasil, fazendo com que o "fio condutor" da norma trabalhista após a reforma de 2017 siga em direção à Constituição, não atendando contra os princípios mais caros por ela consagrados.

10 CONCLUSÃO

Coloquialmente, o vocábulo “conclusão” expressa o sentido de finalização, característica daquilo que está acabado e, por consequência, não mais terá continuidade. Todavia, em termos científicos, concluir não significa necessariamente um ultimato, a ponto de tornar algo absoluto, imutável e indiscutível.

A dinamicidade é da natureza das investigações científicas, sobretudo nos domínios das Ciências Sociais, de modo que, a depender do ponto de vista do investigador e dos pressupostos por ele utilizados, os resultados encontrados poderão ser radicalmente diferentes.

Destarte, não é materialmente produtivo e tampouco cientificamente recomendável que se queira, após um árduo trabalho de pesquisa, encerrar uma palavra final sobre o assunto investigado, uma vez que, quanto mais contundente é o empenho investigativo, menos se visualiza dogmas no seu final.

Por outro lado, é indispensável que a pesquisa conduza a um fechamento epistêmico, retratando um mínimo de coerência entre as premissas escolhidas e aquilo que o pesquisador buscou apresentar, com respaldo nos marcos teóricos adotados e no uso de raciocínios metodologicamente justificáveis.

É neste sentido que, a seguir, serão expostas algumas considerações conclusivas.

A pesquisa teve como premissa inicial a aferição do juspositivismo, enquanto doutrina prevalente nas primeiras décadas do século XX, e de como algumas das suas principais teses contribuíram para a análise econômica do direito.

O distanciamento da Moral foi o caminho encontrado pelos teóricos do juspositivismo para conferir cientificidade ao direito, exigindo-lhe mecanismos para a construção de uma compreensão formalmente aceitável. Sob essa perspectiva, a norma, na condição de objeto da nova ciência, não poderia legitimar-se em valores morais, pois seus fundamentos teriam que emanar do ordenamento jurídico.

A propagada assepsia moral fez com que o Direito, sob postulados juspositivistas, perdesse em eticidade e, de maneira não necessariamente intencional, se abrisse teoricamente para uma hermenêutica consequencial, muito mais preocupada com o pragmatismo da norma do que com o substrato axiológico que ela carrega.

Não tardaria para que o Direito passasse a ser avaliado em função de padrões econômico-patrimonialistas, dotados de maior objetividade e, portanto, mais bem conectados com o formalismo apregoado pela doutrina juspositivista.

Desse modo, a primeira consideração conclusiva a que se chega é: o juspositivismo clássico, com suas teses de neutralidade moral, qualificação normativa e formalismo científico, favoreceu o esvaziamento axiológico da norma e, por conseguinte, abriu espaço para a análise econômica do Direito.

A segunda premissa da pesquisa teve como foco a investigação das fontes materiais do direito do trabalho, em seus ambientes econômico, social e político, cuja verificação coincidiu com o mesmo momento histórico do positivismo no Direito.

Economicamente, observou-se que o Direito do Trabalho foi originado nas formações sociais capitalistas, cuja produção industrial acabou por descortinar o trabalho assalariado, introduzindo um modelo de produção racionalizado que evidenciou a condição de exploração dos trabalhadores, criando neles um sentimento de solidariedade capaz de impulsionar intervenções normativas equalizadoras.

Já o ambiente social no qual se originou o Direito do Trabalho foi marcado pela moderna luta de classes, a partir da conscientização dos trabalhadores de que integravam um segmento minimamente homogêneo, com as mesmas aspirações e desafios, inspirando o surgimento das primeiras agremiações sindicais. Alie-se a isso o fato de que as más condições de trabalho da massa operária provocaram consequências sociais indesejadas, suscitando reações que implicaram na edição de normas interventivas.

Por fim, o ambiente político no qual emergiu o Direito do Trabalho coincidiu com a mudança superestrutural do Estado Liberal para o Estado Social, transformando a relação entre o público e o privado através de uma participação mais ativa do Estado na vida da população, no sentido de minimizar as desigualdades sociais, notadamente os efeitos derivados da exploração do trabalho assalariado.

Em todos os três ambientes nos quais o Direito do Trabalho encontrou solo fértil para fincar suas raízes materiais e, posteriormente, institucionalizar-se positivamente, notou-se que o ser humano trabalhador é posto em evidência, seja na condição de integrante de uma classe consciente de sua situação de exploração, seja enquanto detentor de uma mão de obra explorada, seja como destinatário de intervenções estatais pretensamente direcionadas à promoção da isonomia real.

Tem-se que as fontes materiais do Direito do Trabalho estão fortemente impregnadas de uma vocação ética centrada na salvaguarda da dignidade do ser humano trabalhador, contendo elementos axiológicos que dificilmente encaixariam no arquétipo normativo erigido pela doutrina juspositivista.

Logo, a segunda consideração conclusiva a que se chega é: a síntese dialética das fontes materiais do Direito do Trabalho no mundo ocidental apontam, em maior ou menor grau, para o ser humano trabalhador e para a tutela de sua dignidade, nutrindo componentes valorativos que não coadunam com as teses juspositivistas de neutralidade moral do Direito.

A terceira premissa da pesquisa identificou a ambivalência do Direito do Trabalho, que possui, ao mesmo tempo, fundamentos econômicos e personalistas.

Viu-se que os fundamentos econômicos da norma trabalhista, essencialmente consequenciais, são concebidos sob a óptica do trabalho como fator de produção, insumo na composição do preço da mercadoria a ser posta em circulação.

Como decorrência, há uma inevitável exortação da figura do *homo economicus*, que vive de forma linear e se comporta pelo desejo utilitarista de obter mais com o menor custo possível. Vivendo do trabalho, o *homo economicus* não enxergaria na profissão nada além de uma fonte de subsistência, trabalhando exclusivamente pelo salário e demais rendimentos correlatos.

Por sua vez, os fundamentos personalistas do Direito do Trabalho, substancialmente causais, desenvolvem-se sob a franja humanista de dignidade e cidadania. Nela, o trabalho assume papéis que transcendem os insumos de produção, demonstrando todo seu potencial emancipatório, enquanto catalisador de estima e reconhecimento.

Em meio à ambivalência, o Direito do Trabalho autoriza sua justificação normativa com base em um ou outro fundamento, cuja escolha responderá pela funcionalidade das normas e o modo como serão interpretadas e aplicadas.

Considerando que os fundamentos econômicos do Direito do Trabalho são claramente mais objetivos e eticamente menos densos do que os personalistas, a norma laboral apegou-se aos primeiros com uma intensidade talvez maior do aquela que comportaria o imperativo de coerência com suas fontes materiais.

Portanto, a terceira consideração conclusiva a que se chega é: sendo ambivalente e podendo se justificar tanto em fundamentos econômicos como personalistas, o Direito do Trabalho, levando em conta as exigências de objetividade e neutralidade moral formuladas pelo juspositivismo, deixou avantajar uma faceta econômico-patrimonial com vigor suficiente para ensejar um relativo desalinhamento entre conteúdo e estrutura normativa.

Tendo em vista as três considerações conclusivas acima identificadas, que também foram aproveitadas como premissas na continuidade do raciocínio, a pesquisa passou a se preocupar com a investigação das adaptações que a norma trabalhista empreendeu para ajustar-se ao modelo jurídico propugnado pelo positivismo no Direito.

Nesta vereda, o Direito do Trabalho precisou objetivar a relação laboral, separando o trabalho do ser humano que o executa. Em seguida, no intuito de expressar um comando normativo, mas ciente das resistências quanto ao seu efetivo implemento, o Direito do Trabalho cedeu espaço à teoria das normas sociais programáticas, cuja exigibilidade não raro permanece condicionada à comprovação de viabilidade futura. Finalmente, desprendendo-se da eticidade personalista de suas fontes materiais, o Direito do Trabalho foi encontrar fundamento na vontade do próprio ordenamento.

Não tardou para que as normas trabalhistas recebessem funcionalidades eminentemente econômicas, tais como influência nos níveis de empregabilidade e sustentação do sistema capitalista. Levadas a cabo, as adaptações induziram disrupções em diversos institutos de Direito do Trabalho, visivelmente orientados por diretrizes patrimoniais.

Com efeito, a quarta consideração conclusiva a que se chega é: o Direito do Trabalho teve suas normas submetidas a um processo de adaptação positiva que sobrelevou elementos

econômico-patrimoniais, os quais, embora amenizados pelas fontes materiais personalistas, deixaram suas marcas na genética desse ramo especializado do Direito.

Ocorreu que a matriz juspositivista sofreu uma virada científica a partir da segunda metade do século XX, pelo esforço de correntes filosóficas que desencadearam um processo de aproximação entre o Direito e suas instâncias de valor.

A pesquisa procurou, então, investigar os fundamentos cardeais dessa nova abordagem, avaliando o contexto fático-jurídico que colocou o postulado ético da dignidade da pessoa humana como protagonista dos sistemas democráticos, além da importância em se reconhecer a força normativa das constituições e os princípios jurídicos como espécies normativas.

A evolução da doutrina constitucional e o surgimento do movimento teórico denominado neoconstitucionalismo, exponencialmente alicerçado no primado personalista da dignidade humana, conduziram a uma progressiva superação da dogmática juspositivista, imprimindo novos rumos ao Direito Privado, na direção das constituições.

A tradicional dicotomia entre público e privado começa a perder sua pujança e o Direito Civil, antes exemplo maior de patrimonialismo e individualidade, rende-se à expansão da ética personalista, repaginando seus próprios fundamentos. O Direito do Trabalho, contudo, conservando o apego aos elementos econômicos, passou a sofrer constantes ataques desconstrutivos.

Portanto, a quinta consideração conclusiva a que se chega é: nada obstante a virada pós-positivista e a eclosão do movimento neoconstitucionalista, que deu novo combustível à visão personalista do Direito, aproximando o Direito Privado das constituições, o Direito do Trabalho, no alto de sua ambivalência, não conseguiu se desprender dos fundamentos econômicos anteriormente exacerbados, dando margem para uma série de investidas desconstrutivas.

Não fosse pouca a amarra econômica do Direito do Trabalho, o mundo pós-moderno passou a conviver com a pretensa hegemonia de uma fluidez neoliberal, na qual a análise patrimonialista do Direito do Trabalho atende cada vez mais aos interesses daqueles que glorificam o liberalismo heterodoxo contemporâneo.

Paradoxalmente, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, edificado sobre as ruínas éticas deixadas pela Segunda Grande Guerra, deflagrou um processo de expansão transnacional da doutrina personalista.

Nas fronteiras do Direito do Trabalho, a reformulação do papel da Organização Internacional do Trabalho na transnacionalização das normas de proteção trabalhista, associada à ideia de desenvolvimento econômico com segurança social, aumentam a capacidade de o Direito Laboral revisitar suas fontes materiais personalistas, mesmo no terreno espinhoso arado pela fluidez neoliberal.

Assim, a quinta consideração conclusiva a que se chega é: embora a análise econômica do Direito do Trabalho corrobore com os anseios neoliberais, a dignidade humana não deixou de existir nas formações sociais pós-modernas, de modo que, quanto mais próximo o Direito do Trabalho estiver do ser humano, maior será sua capacidade de sustentação.

Na sequência, a pesquisa direcionou-se à investigação dos postulados epistemológicos de um Direito Constitucional do Trabalho, sob o prisma personalista.

O constitucionalismo social, apesar de ter suas sementes plantadas nas primeiras décadas do século XX, com as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), somente ganhou energia na segunda metade daquele século, quando evoluiu uma dinâmica de constitucionalização massiva dos direitos sociais, incluindo os trabalhistas.

Paralelamente, ganhou corpo o papel normativo dos princípios de Direito do Trabalho, considerando a postura inclusiva e garantista do Estado Democrático de Direito e a abertura constitucional para o reconhecimento da fundamentalidade de tratados internacionais em matéria trabalhista.

Atualmente, existe espaço teórico suficientemente consistente para, reconhecendo o trabalho como uma das dimensões da dignidade humana, alçar o Direito do Trabalho ao patamar de direito humano constitucionalizado, com eficácia oponível aos particulares e materialidade constitucional.

Tal perspectiva terá o poder de provocar uma mudança na forma de ver e pensar o Direito do Trabalho, depurando as normas trabalhistas na medida do ser humano trabalhador.

Destarte, a sexta consideração conclusiva a que se chega é: os direitos sociais ganharam seu lugar na fundamentalidade das constituições contemporâneas, concebidas na égide de sociedades democráticas e inclusivas, dando ao Direito do Trabalho a bagagem jurídica necessária a uma reafirmação teórica e empírica, através do resgate ético de seus elementos personalistas, ressignificando as normas laborais sob o signo da dignidade humana.

A derradeira parte da pesquisa dedicou-se a investigar o Direito do Trabalho no Brasil.

Após analisar a influência da doutrina juspositivista no direito privado brasileiro, buscou-se identificar os três principais momentos de institucionalização positiva das normas trabalhistas no Brasil, partindo das primeiras leis laborais, passando pelo período de edição da CLT até chegar ao ambiente de promulgação da Constituição Federal de 1988.

Olhando para o novo constitucionalismo brasileiro, notou-se que a atual Constituição, ao eleger a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos da República, gestou verdadeiro *locus* para o Direito do Trabalho humanizado.

A fundamentalidade material dos direitos trabalhistas e de seus princípios, a abertura do rol de fundamentalidade para os tratados internacionais em matéria trabalhista e a previsão explícita do poder judiciário trabalhista como garantia institucional de concretização dos direitos sociais constituem as mais relevantes expressões do Direito do Trabalho humanizado na Constituição Federal de 1988.

Entretanto, tal como ocorre em outras partes do globo, o Brasil também é alvo da ideologia neoliberal e, sendo ambivalente, o Direito do Trabalho termina por evidenciar sua franja econômica, dando margem a empenhos flexibilizatórios que desconstroem suas normas com amparo nos falsos discursos de criação de novos postos de trabalho e superação das crises capitalistas.

Exemplo desse processo de afetação econômica do Direito do Trabalho pode ser identificado nas leis reformistas de 2017, que provocaram profundas mudanças no arcabouço normativo laboral sem se atentarem para os preceitos éticos personalistas dispostos na Constituição Federal de 1988.

Aqueles que aplicam e interpretam o Direito do Trabalho brasileiro deverão empreender uma adequada hermenêutica constitucional, orientando-se pelos vetores de legitimidade ética da Constituição, vedação ao retrocesso social e respeito às convenções da

OIT, como forma de assegurar o núcleo essencial personalista das normas trabalhistas nacionais.

A sétima e última consideração conclusiva a que se chega é: o Direito do Trabalho brasileiro também sofre com a exaltação de sua face econômica, alimentada pela ideologia neoliberal e pelo distanciamento ético proposto pelo juspositivismo, o que tem favorecido a desconfiguração de suas prescrições, desafiando uma postura hermenêutica comprometida com os valores constitucionais.

A conjugação das sete considerações conclusivas da presente pesquisa impõe importantes reflexões sobre o presente e o futuro do Direito do Trabalho, bem como sobre os rumos que seus operadores deverão seguir na busca de uma visão alinhada com a matriz personalista preconizada pelo novo constitucionalismo.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008. p. 431-447.

ALENCAR FILHO, José Geraldo; BRITTO, Taís Oliveira de. A constitucionalização do direito civil: análise do processo de esvaziamento do direito civil pelo direito constitucional. In: MIRANDA, Jorge; ALVIM, Thereza. **Diálogos em direito**: uma abordagem sobre a transdisciplinaridade entre o direito constitucional e o direito civil. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 147-168.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 627p.

ALMEIDA, Renato Rua de. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: ALMEIDA, Renato Rua de (Coord.). **Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. p. 143-149.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014. 152p.

AMIN, Samir. **O desenvolvimento desigual**: ensaio sobre as formações sociais do capitalismo periférico. Tradução Francisco Rego Chaves Fernandes. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1976. 168p.

ARAÚJO, Angela Maria Carneiro (Org.). **Do corporativismo ao neoliberalismo**: Estado e trabalhadores do Brasil e na Ingaterra. São Paulo: Boitempo, 2002. 183p.

ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. 410p.

AVILA, Róber Iturriet. Construção do *homo economicus* e sua necessária desconstrução. **Ensaios FEE**, Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 309-336, dez. 2014.

AWH, Robert Y. **Microeconomia:** teoria e aplicações. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1979. 460p.

BACHELAR, Gaston. **A epistemologia**. Lisboa: Edições 70, 1971.

BACHELAR, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **A evolução do pensamento do direito do trabalho**. Tradução Sidnei Machado. São Paulo: LTr, 2012. 183p.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 408p.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. 335p.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 278p.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. 199p.

BAYLOS, Antonio. **Sindicalismo y derecho sindical**. 4. ed. Albacete: Bomarzo, 2009.

BERGÓN, Pablo Miravet. **Estado Social, empleo e derechos**: uma revisión crítica. Valência: Tirant lo Blanch, 2014. 733p.

BIAVASCHI, Magda Barros. **O direito do trabalho no Brasil – 1930-1942**: a construção do sujeito de direitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2007. 328p.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito.** Barueri, SP: Manole, 2005. 480p.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas Mário Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. 239p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. **O novo espírito do capitalismo**. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes: 2009. 701p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 835p.

BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 361p.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 230p.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. Normatividade e concretização: a legalidade constitucional. In: MOURA, Lenice S. Moreira de. **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 85-120.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Relator Min. Cezar Peluso. Brasília: ATA Nº 33, de 03dez2008. **DJE nº 236**, divulgado em 11dez. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 4.302 de 24 de março de 1998. Dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na empresa de prestação de serviços a terceiros e dá outras providências. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 24 mar. 1998a.

Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24MAR1998.pdf#page=30> Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Decreto executivo nº 2.518 de 12 de março de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 mar. 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2518.htm> Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 mar. 2017a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm> Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.467 de 14 de julho de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 jul. 2017b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm> Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 331. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, 27, 30 e 31 maio 2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331> Acesso em: 20 nov. 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 126p.

BUSSIGUER, Marcela de Azevedo. **Politica pública e inclusão social**: o papel do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2013. 152p.

CAMPOS, Maria Neves Feitosa. A utopia do pensamento único. In: VASCONCELOS, Arnaldo (Coord.); CAMPOS, Maria Neves Feitosa; LIBERATO, Gustavo Tavares C. **Temas de epistemologia jurídica**. 2. ed. Fortaleza: Universidade de Fortaleza; Gráfica Unifor, 2008. v. I.

BYRNS, Ralph T.; STONE JR., Gerald W. **Microeconomia**. Tradução Fernanda Camila R. Carvalheiro. São Paulo: Makron Books, 1996. 579p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. 539p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. 1.228p

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o construtivismo lógico-semântico. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010. 778p.

CASSIRER, Ernst. **Ensaio sobre o homem**: introdução a uma filosofia da cultura humana. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

CASTELO, Jorge Pinheiro. A norma do direito do trabalho. Os fundamentos do direito do trabalho. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007. v.I. p. 84-98.

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e sequela**. São Paulo: LTr, 1997. 96p.

CIMBALI, Enrico. **A nova phase do direito civil**. Tradução Adherbal de Carvalho. Rio de janeiro: Clássica, 1900. 483p.

COMPARADO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. 718p.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 577p.

COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade das constituições. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006b. p. 49-88.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito provado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 167-186.

CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional econômico**. São Paulo: Saraiva, 2012. 857p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2013. 267p.

CUNHA, Paulo Ferreira da; SILVA, Joana Aguiar e; SOARES, António Lemos. **História do direito**: do direito romano à constituição europeia. Coimbra: Almedina, 2005. 648p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004. 122p.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2016. 224p.

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (Coord.). **Direito internacional do trabalho e convenções internacionais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2014. 424p.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2007. 149p.

DELGADO, Maurício Godinho. **Contrato de trabalho**: caracterização, distinções, efeitos. São Paulo: LTr, 1999. 214p.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017. 1.696p.

DELGADO, Mauricio Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996. 216p.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017. 264p.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários da lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. 384p.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da república e direitos fundamentais:** dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017. 200p.

DILLARD, Dudley. **A teoria econômica de John Maynard Keynes**. Tradução Albertino Pinheiro Júnior. São Paulo: Pioneira, 1964. 334p.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonarno. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 304p.

DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno**: novas perspectivas. Tradução António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. 258p.

DOBB, Maurice Herbert. **A evolução do capitalismo**. Tradução Manuel Rêgo Braga. 2. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1986. 284p.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da proteção do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2015. 576p.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. 197p.

DUARTE, Écio Oto. **Entre o constitucionalismo cosmopolita e o pluriversalismo internacional**: neoconstitucionalismo e ordem mundial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 218p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 568p.

EHRENBERG, Ronald G.; SMITH, Robert S. **A moderna economia do trabalho**: teoria e política pública. Tradução Sidney Stancatti. São Paulo: Makron Books, 2000. 794p.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito provado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 11-60.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução Alexandre de Araújo e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 254p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 370p.

FERREIRA, Letícia Mara Pinto. **Parassubordinação**: a dialética das metamorfoses justrabalhistas para uma nova era colaborativa. São Paulo: LTr, 2017. 128p.

FIGUEROA, Alfonso García. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 143-164.

FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 85-106.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Direito internacional do trabalho**: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. São Paulo: LTr, 2016. 216p.

FRANK, Robert H. **Microeconomia e comportamento**. Tradução Alexandra Cunha-Vaz e Vera Maria Felix da Costa Empis. 3. ed. Lisboa: MacGraw-Hill, 1998. 745p.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984. 187p.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. 351p.

GIDDENS, Anthony. **A estrutura de classes das sociedades avançadas**. Tradução Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. 368p.

GIUGNI, Gino; BELLARDI, L. **Diritto sindacale**. Bari: Cacucci, 2014.

GONÇALVES, José. (Org.). **Direito e economia I**. Florianópolis-SC: CONPEDI, 2014. v. I, p. 311-330

GORZ, André. Técnica, técnicos e luta de classes. In: GORZ, André. **Critica da divisão do trabalho** Tradução Estela dos Santos Abreu. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 213 - 248.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 365p.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 376p.

HÄRING, Bernhard. **Moral personalista**. Tradução Márcio Fabri dos Santos. São Paulo: Paulinas, 1974, 298p.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Tradução Marco Antonio Casanova. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. 432p.

HEINEN, Luana Renostro. A análise econômica do direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PINTO, Felipe Chiarello de Souza; NEVES, Everton das (org). Direito e economia I. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. I, p. 311-330.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 32p.

HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012. 249p.

HOBSBAWM, Eric J. **Mundos do trabalho**: novos estudos sobre história operária. Tradução Waldea Barcellos. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. 460p.

HOBSBAWN, Eric. **A era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 563p.

HOBSBAWN, Eric. **Ecos da Marselhesa**: dois séculos revêem a revolução francesa. Tradução Maria Celia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. 157p.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2009.

JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Imago, 1981. 225p.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 2004. 534p.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. 509p.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 271p.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Tradução Mário R. da Cruz. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. 333p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727p.

LIMA FILHO, Francisco das C. **Os direitos fundamentais e a boa-fé como limites do poder diretivo empresarial**. São Paulo: LTr, 2017. 240p.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**: sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002. 293p.

LIMA, Newton de Oliveira. **Teoria dos valores jurídicos**: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbrich. Recife: Fundação Antonio dos Santos Abranches, 2009. 227p.

LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005. 174p.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Administração da justiça no estado social. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 361-394.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. La internacionalización de la convención americana sobre derechos humanos no Brasil. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 9-20.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2.

LUKÀS, György. **História e consciência de classe**: estudos sobre a dialética marxista. Tradução Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 598p.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constiuición**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. 659p.

MANKINS, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. 506p.

MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 10. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1982. 488p.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. 220p.

MARTINS, Milton. **Sindicalismo e relações trabalhistas**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1995. 376p.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Tradução Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. Primeiro livro. São Paulo: Nova Cultural, 1996a. v.I. t. 1. 496p.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Tradução Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. Primeiro livro. São Paulo: Nova Cultural, 1996b. v.I. t. 2. 394p.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**. Tradução Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005. 255p.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional público**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 249p.

MIRADA, Pontes. **Tratado de direito privado** - Parte especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. XLVII.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado** - Parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. XI. 497p.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 477p.

MONDIN, Battista. **O homem: quem e ele?**: Elementos de antropologia filosófica. Tradução R. Leal Ferreira e M. A. S. Ferrari. São Paulo: Paulus, 1980. 324p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 494p.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **A subjetividade do tempo**: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Estado, economia e neoconstitucionalismo. In QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 207-224.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O momento do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008. p. 233-245.

MOTA, Konrad. Capitalismo, trabalho e consumo: a reconstrução do sólido em tempos de fluidez. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo; MELLO, Roberta Dantas de. **Tópicos contemporâneos de direito do trabalho**: reflexões e críticas. São Paulo: LTr, 2015. v.I. p. 28-31.

MOTA, Konrad. Por uma repersonalização do direito do trabalho. In: VIANA, Marcio Túlio; ROCHA, Cláudio Jannotti da. **Como aplicar a CLT à luz da constituição**: alternativa para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016. p. 155-160.

NAPOLITANO, Marcos. **História do Brasil república**: da queda da monarquia ao fim do Estado Novo. São Paulo: Contexto, 2016. 176p.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. 263p.

NG, Irene C. L.; TESENG, Lu-Ming. Evolution of “homo economicus”. **American journal of economics and sociology**. Editor Laurence S. Moss (Babson College), January, 2008. p 265-286.

OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado**: transformações contemporâneas do trabalho e da política. Tradução Wanda Caldeira Brant. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. 322p.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2006.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito constitucional internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 25-48.

PASTORE, José. Empregos americanos e brasileiros. **Revista do direito trabalhista**, São Paulo, ano 15, n. 11, p.14, nov. 2009.

PASTORE, José. O uso de medidas flexíveis nas crises. **Revista do direito trabalhista**, São Paulo, ano 18, n. 01, p. 3, jan. 2012.

PASTORE, José. O emprego em 2016. **Revista institucional agitação** São Paulo, ano XX, n. 127, p. 28-29, jan./fev. 2016a.

PASTORE, José. Reforma trabalhista: França e Brasil. **Revista institucional agitação**, São Paulo, ano XX, n. 1130, p. 28-29, jul.-ago. 2016b.

PEIXINHO, Manoel Messias; MERÇON, Gustavo. Fundamentos teóricos do positivismo e do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 313-332.

PÉREZ ROYO, Javier. **Curso de derecho constitucional**. 12. ed. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010. 911p.

PÉREZ, José Luis Monereo. Modelos sindicales: función del sindicato y mayor representatividade sindical (ponencia general sobre libertad sindical). In: PÉREZ, José Luis Monereo (Org.). **Los derechos de libertad sindica y de negociación colectiva em uma perspectiva comparada**. Granada: Comares, 2011. p. 3-73.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina De Cicco. 3. ed. São Paulo: Renovar, 1997. 359p.

PIAGET, Jean. **A situação das ciências do homem no sistema das ciências**. Tradução Isabel Cardigos dos Reis. Lisboa: Livraria Bertrand, 1970. v. I. 147p.

PIKETTY, Thomas. **A economia da desigualdade**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. 142p.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. Tradução Pedro Catunda. São Paulo: Makron Books, 1994. 674p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 608p.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula;

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 449-463.

PISTORI, Gerson Lacerda. **História do direito do trabalho**: um breve olhar sobre a idade média. São Paulo: LTr, 2007. 136p.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. 315p.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens de nossa época. Tradução de Fanny Wrabel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000. 337p.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009. 280p.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 229p.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

PRADO, Antonio. **Neoliberalismo e desenvolvimento**: a desconexão trágica. São Paulo: LTr, 2009. 152p.

QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. Neoconstitucionalismo: contextualização e perspectivas. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 879-891.

QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na constituição de 1988.** São Paulo: LTr, 2006. 99p.

RABUSKE, Edvino A. **Antropologia filosófica**: um estudo sistemático. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1986. 219p.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução Prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997. 430p.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho**: história, mitos e perspectivas no Brasil. São Paulo: LTr, 2012. 480p.

RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Cidadania cosmopolita e direito social. In: VIANA, Marcio Tulio; ROCHA, Cláudio Jannotti da (Coord.). **Como aplicar a CLT à luz da constituição**: alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016. p. 130-137.

ROCHA, Fábio Ribeiro da. **Efetividade do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho seguro e adequado**: a responsabilidade civil do tomador de serviços. São Paulo: LTr, 2016. 168p.

ROMEO, Francesco. **Antropologia giuridica**: un percorso evoluzionista verso l´origine della relazione giuridica. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. 115p.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014. 512p.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 922p.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução Ary dos Santos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. I.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Fabris, 1986. 48p.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. **Economia**. Tradução Manuel F. C. Mira Godinho. 12. ed. Lisboa: MacGraw-Hill, 1988. 1.168p.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **A função social do contrato, a solidariedade e o pilar de modernidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. 112p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. 3ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 493p.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana no estado democrático de direito. In: MOURA, Lenice S. Moreira de. **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 85-120.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federa de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 169p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. In: CLÈVE, Clàmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 331-360.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos diteitos fundamentais no direito privado: uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 587-613.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006b. p. 291-335.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 362p.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 267-302.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 278p.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2010. 460p.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 1999. 143p.

SILVA, Gustavo Passarelli da. O positivismo e a interpretação do direito privado no Brasil. **Revista ciência jurídica**, Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, v. 26 , n. 168, p. 320-343, nov./dez. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. 277p.

SILVA, Otávio Pinto e. A questão da liberdade sindical. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. v. III: direito coletivo do trabalho. p. 66-85.

SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTNS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21-53.

SOLIMANO, Nelly Louzan de; TRINCAVELLI, Nélida E. **Derecho civil**: parte general I. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1994. 241p.

SOUTO MAIOR, Jorge Luís. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2017. v. I: parte II. 728p.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. I: Parte I. 776p.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O que é direito social? In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. v I: teoria geral do direito do trabalho. p. 13-40.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Função social do contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2008. 133p.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Conceito e objeto do direito econômico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 16, p. 23-35, 1976.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito econômico do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, n. 54, p. 80-87, 1995.

STRUCHINER, Noel. A primazia do positivismo conceitual. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008. p. 317-337.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. 1. 743p.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. ver. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 643p.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: 2010, 2004. 532p.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. 499p.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Um pouco de história do direito brasileiro do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo: LTr, v. 73, n. 6, p. 647-649, jun. 2009.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011. 192p.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. Por um direito do trabalho repersonalizado. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo et al. (Coord.). **Direito material e processual do trabalho**: III congresso latino-americano de direito material e processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2016. p. 51-58.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 598p.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II. 462p.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III. 478p.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. Tradução de Yvonne Jean. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. 212p.

TORRES, Ricardo Lobo. Mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63-78.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v.I. 640p.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito provado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 299-338.

VALLADÃO, Haroldo. **História do direito especialmente do direito brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

VANDERLEY, Luciano Gonzaga. **Capital humano**: a vantagem competitiva. Fortaleza: Edições UFC, 2010.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 310p.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

VELASCO, Manuel Diez de. **Las organizaciones internacionales**. 15. ed. Madrid: Tecnos, 2008.

VIANA, Marcio Tulio. **70 anos de CLT**: uma história de trabalhadores. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996.

VIANA, Márcio Túlio. **Para entender a terceirização**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012.

WEFFORT, Francisco Corrêa. A cidadania dos trabalhadores. In: LAMOUNIER, Bolivar; WEFFORT, Francisco C.; BENEVIDES, Maria Victoria (Org.). **Direito, cidadania e participação**. São Paulo: T.A. Queiroz, 1981. p. 139-150.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente.** Barueri: Manole, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 212p.

ZYLBERSZTAIJN, Decio; SZTAJN Rachel (Org.). **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.