

Uma Orientação Valorativa para a Resolução dos Conflitos Trabalhistas: do positivismo ao pós-positivismo jus-filosófico

Artigo recebido em 05/10/2013.

Revisado em 25/10/2013.

Aceito para publicação em 29/10/2013.

Daiamy Soares Missaggia

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário

Salesiano de São Paulo, UNISAL. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (Universidade do Rio de Janeiro – EMATRA TRT 1ª Reg).

Professor de Direito do Trabalho do Centro Universitário de Barra Mansa – UBM.

Advogado atuante nas áreas trabalhista e previdenciária.

Formado em Direito pelo Centro Universitário de Barra Mansa – UBM.

Resumo

O presente trabalho científico tem por objetivo demonstrar, através da extração dos valores e ideais que marcaram os pensamentos jus-filosóficos até então existentes, qual o mecanismo ou instrumento jurídico mais eficaz de pacificação para se utilizar – em singela opinião de análise – na solução dos dissídios trabalhistas hodiernos. Pretende-se apresentar cada movimento filosófico de modo a enfatizar suas ideologias na justificação de que o Direito tem como principal função servir de instrumento na solução de conflitos laborais postos à análise definitiva do Poder Judiciário Trabalhista. Partindo do Positivismo Jurídico até se chegar ao Pós-positivismo. Estabelecer um paralelo entre os valores fundamentais guarnecidos pelo Direito do Trabalho, enquanto instrumento interventor do Estado na relação de permanente instabilidade de Capital e Trabalho, tendo como principal argumento a proteção dada aos seus valores, através do mandamento nuclear protetivo que irradia todo o ordenamento jurídico trabalhista. Sugerindo uma nova leitura e compreensão de seus preceitos, dados aos novos rumos da relação empregado *versus* empregador. E por fim, objetiva-se colaborar com a formação de uma nova proposição do Direito do Trabalho. Apoiando-se em razões e perspectivas jus-filosóficas modernas que sirvam de melhores justificativas na busca de um resultado judicial definitivo que seja individual e socialmente justo na área trabalhista.

Palavras-chave: Resolução de Conflitos; Intervencionismo; Direito do Trabalho.

Resumen

Este trabajo científico tiene como objetivo demostrar, a través de la extracción de los valores e ideales que han marcado el pensamiento jus-filosóficas hasta ahora, ¿qué mecanismo o proceso de paz instrumento jurídico más eficaz de usar - en el análisis simple opinión - en la solución de hoy la negociación laboral. Su objetivo es presentar a todo movimiento filosófico con el fin de enfatizar sus ideologías, basándose en que la función principal de la ley un papel decisivo para resolver los conflictos laborales hizo análisis definitivo de Trabajo Judicial. A partir del positivismo legal hasta llegar a la post-positivismo. Establecer un paralelo entre los valores fundamentales recortados por la Ley del Trabajo como un instrumento del Estado de intervenir en relación a la inestabilidad permanente del capital y el trabajo, el argumento principal de la protección otorgada a los valores a través de la protección mandamiento nuclear irradiado en todo el sistema legal trabajo. Sugerir una nueva lectura y la comprensión de sus preceptos, las nuevas orientaciones de los datos relativos a los empleados contra el empleador. Y, por último, el objetivo es colaborar con la formación de una nueva propuesta de Ley de Empleo. Basándose en la razón y la ius-modernas perspectivas filosóficas que sirven como la mejor justificación en la búsqueda de un resultado judicial firme que sea individual y socialmente justa en el trabajo.

Palabras-llave: Resolución de Conflictos; Intervencionismo; Derecho Laboral.

Sumário

Introdução. 1 O Positivismo Jurídico. 2 O Jus-Naturalismo. 3 O Pós-Positivismo. 4 O Direito do Trabalho e o Intervencionismo Estatal. 5 Novo enfoque sobre o princípio da Proteção no Direito do Trabalho. 6 Uma nova proposição para o Direito do Trabalho e seus valores irrenunciáveis. Conclusão. Referências.

Introdução

Ao se deparar com o tema sobre modalidades de resolução de conflitos trabalhistas, é comum se confrontar com indagações que norteiam a sinalização das formas que primam pelo julgamento individual e socialmente justo de uma lide trabalhista. Questiona-se, a todo tempo, dada pela experiência prática vivida na advocacia trabalhista, assim como no constante contato estabelecido na atuação do Direito do Trabalho com os personagens da relação empregatícia, se os resultados almejados objetivam uma correta pacificação social, ou se

prevalece o argumento econômico em detrimento das garantias fundamentais e dos valores defendidos pelo Direito do Trabalho.

A par disso, procurou-se fomentar quais seriam os parâmetros jus-filosóficos e valorativos que melhor corroborariam com as soluções jurídicas definitivas das costumeiras lides envolvendo patrão e empregado. Dentro do atual cenário econômico e mercadológico envolvendo a eficácia do Direito do Trabalho como instrumento de solução destes conflitos.

Seria o Direito do Trabalho instrumento eficaz na pacificação dos atuais conflitos trabalhistas? Cumpre o Direito do Trabalho o papel de efetivamente garantir ou concretizar os Direitos Fundamentais Trabalhistas? Seria o intervencionismo estatal trabalhista clássico o mecanismo adequado para a solução e segurança dos novos litígios laborais trazidos pela globalização e a era da tecnologia? É possível se dar uma nova leitura e compreensão aos princípios trabalhistas frente à nova geração? São estas e outras indagações que impulsionaram a presente pesquisa.

Pretende-se apresentar uma construção lógica de raciocínio de resposta a esses anseios. Sempre levando em consideração os pensamentos filosóficos como sendo os que melhor se adequam a justificar a aplicabilidade, e legitimidade, de incidência de um corpo de normas imperativas na relação privada direta entre capital e trabalho.

Portanto, como forma de justificar essa nova modalidade de atuação do Direito do Trabalho, e assim se garantir uma maior efetividade social de permanência dos direitos fundamentais trabalhistas, é preciso se socorrer de uma ciência que eleva os valores morais, éticos e profissionais a patamares muito maiores, incontestáveis e inabaláveis. Superior a qualquer argumento econômico que prevaleça sobre seu alcance. Sem desprezar a colaboração deste como fator influenciador na decisão solucionatória, mas não determinante.

Não há como se pautar em tal premissa, sem antes compreender como cada movimento filosófico se estabeleceu, em épocas e circunstâncias próprias, com suas cargas valorativas e morais para solver os litígios postos à análise do Direito. Em específico ao Direito do Trabalho.

Segundo vislumbra a filosofia moderna, (ROCHA, 2011, p. 1):

Nunca a Filosofia foi tão importante como nos dias atuais, em todas as atividades humanas e nos mais diversos momentos da vida. A irracionalidade, a insensatez, o perfil cotidiano de um lado e o medo que, de outro, incrustou-se em nossas almas são prova cabal disso. Ainda que, obviamente, correntes e escolas filosóficas tenham se sucedido umas às outras, ora aprimorando pensamentos, ora inovando em direção a outras dimensões, o fato é que princípios e ideias fundamentais escritos por pensadores há mais de 2.500 anos (para ficarmos no escopo deste trabalho) permanecem tão ou mais atuais do que quando foram elaborados. A Filosofia é uma ciência eterna e infinita.

Dedica-se assim, ao próximo passo, a análise de cada movimento filosófico. Perquire-se tão somente a extração da orientação valorativa de cada ideologia teleológica, fazendo com que assim se possa tentar colaborar para a construção de um novo modelo, calcado no que efetivamente seria a chave mestra para destrancar todos os entraves trabalhistas atuais, acalantando assim os principais anseios patronais e profissionais.

1 O Positivismo Jurídico.

Elegeu-se o Positivismo Jurídico como sendo a primeira corrente filosófica a ser analisada, devido sua importância de destaque frente toda formação da consciência jurídica obtida até então.

Precusores desta linha de amor à sabedoria, o Positivismo Jurídico é doutrinado, dentre outros autores, por Hans Kelsen (KELSEN, 1998) e Norberto Bobbio (BOBBIO, 1999), em suas clássicas obras “Teoria Pura do Direito” e “Positivismo Jurídico: lições de filosofia em direito”. Acresce-se a colaboração inicial de Augusto Comte (COMTE, 1959), considerado por muitos como sendo o fundador dessa corrente filosófica, que se materializou através de sua obra “Curso de Filosofia Positiva”.

Com suas fundamentais contribuições ideológicas pautou-se este movimento jurídico no sistêmico modelo, conjunto ou construto de normas abstratamente concebidas e lapidadas em documentos formais carreados da autoridade soberana do “dever ser”. Ausente de carga valorativa. Um sistema concebido independentemente dos valores que o cercam. Dá-se ao Direito o caráter de ciência que tem por finalidade essencial da busca da verdade através de metodologias emprestadas das outras ciências naturais. O Justo, o correto, a verdade, seria algo pré-definido, um alvo a ser buscado, com base nos alicerces construídos pelo conteúdo normativo que impera em vigência em determinado grupo social.

Ao transportar este método experimental para as ciências sociais, o trabalho positivista deveria ter por base a observação de fatos capazes de serem comprovados. A dedução, o raciocínio abstrato, a especulação, deveriam ficar fora de cogitação, pois entendiam os juristas positivistas que tais critérios não possuíam dignidade científica.

O método experimental positivista compõe-se da observação. É o ponto de partida, em que algum acontecimento ou fato chamou a atenção do pensamento humano. Pela sucessão de fatos observados, sugere-se a formulação de uma hipótese que deverá explicar o fato. E pela experimentação, ou seja, pela prova, na prática, do que foi formulado na hipótese se

alcançado o êxito. Em outras palavras, confirmada a suposição, o conhecimento terá alcançado um valor científico.

O Positivismo Jurídico, espécie jurídica do gênero positivismo, é a corrente do pensamento para qual “Não existe outro Direito senão aquele Direito Positivo”.

O positivismo pode se expressar basicamente de duas formas: uma lógico-formalista, ou seja, normativista (positivismo jurídico francês e alemão) e outra centrada na aplicação da norma (positivismo jurídico anglo-americano).

Segundo positivismo estatal ou normativista, o direito identifica-se com o direito estatal, legislado, na dependência da vontade do legislador. Seus adeptos reduziram a filosofia jurídica à síntese dos resultados da ciência do direito, o identificando com lei ou com o código (positivismo jurídico francês). Esta corrente se aproxima mais da Ciência do Direito ao se manifestar pelo culto da vontade do legislador e, como consequência, dos códigos, considerados perfeitos, sem lacunas. Deste culto resultou a escola da exegese, apegada aos textos, defendendo o juiz a vontade do legislador.

O positivismo jurídico alemão, acolhendo as lições do historicismo jurídico, identificou-se mais com a teoria geral do direito positivo. Teoria geral esta fundada nos conceitos básicos dos *pandectistas* alemães. Para os adeptos desta corrente o direito identifica-se com a decisão do juiz manifestada na sentença. O positivismo centrado na aplicação da norma reduziu a filosofia jurídica à síntese dos resultados da ciência do direito, o identificando com os precedentes judiciais. O positivismo jurídico inglês, fruto do empirismo inglês, reduziu o direito aos costumes, aos precedentes judiciais e à lei. Independente de serem justas ou injustas. Caracteriza-se por ser a análise e a sistematização do direito positivo, com o objetivo de formular os conceitos jurídicos fundamentais.

Após esta breve exposição da escola positivista do pensar, pode-se chegar a conclusão de se traçar as características do construto ou até mesmo modelo correlato. Tal sistema pressupõe o Direito como sendo um fenômeno de caráter científico, onde se propaga o emprego da lógica formal, pretensão de completude do ordenamento. Sempre se utilizando o argumento da pureza científica para se achar a racionalidade da lei e neutralidade do intérprete.

Ocorre que tal teoria do saber, atualmente, sofre considerável e pertinente crítica. O fato de haver o engajamento entre sujeito e o objeto da regulação do Direito, compromete a sua pretensão científica. E, como consequência, seu ideal de objetividade, de um conhecimento que não seja contaminado por opiniões, preferências, interesses e preconceitos

(direito não pode estar integralmente contido na lei, deve haver, das às complexidades hodiernas, interdisciplinariedade).

Com isso, depurou-se que o positivismo não mais era aceitável, dentro dos novos rumos e padrões sociais. Não se pensava mais em conceber um sistema normativo sem a influência e a contribuição da moral, dos valores e até mesmo da vontade humana dinâmica e volátil ao longo do tempo. Surge assim, o Jus-naturalismo.

2 O Jusnaturalismo.

Em uma segunda forma de abordagem nesta linha de pesquisa valorativa justificadora, surge o Jus-naturalismo. Apóia-se tal corrente de pensamento que o refúgio do correto, e a razão justificadora de todos os atos jurídicos decisórios pautar-se-iam em valores naturais, da essência do ser humano. O que se denominou por Direito Natural.

O Direito Natural manifesta-se como um conjunto mínimo de valores que têm como princípios essenciais a universalização e a imutabilidade dos conceitos extraídos das instituições jurídicas próprias, construídos pelo mais puro espírito do povo, orientados e ditados pelas exigências racionais da natureza humana universal, pela vontade de Deus, pela força da natureza e conservação da vida.

Para o Jus-naturalismo, é o valor justiça – valor reconhecido *a priori* – que conduz à verdade. A principal herança dos primórdios do Direito Natural (de Sócrates a São Tomás de Aquino) e que no século XX, se buscou retomar, é a questão da centralidade do ser no sentido ontológico, ou seja, o ser em sua essência e em sua existência. À medida que o Direito Natural buscou respostas apenas na racionalidade instrumental, esqueceu do “ser” em favor do “ente”. Não se tem a intenção de defender o retorno do Direito Natural praticado nos primórdios da humanidade, que valorava excessivamente a lei de natureza divina e a natureza social do homem. O propósito é mostrar que, ao longo dos séculos, se perdeu o princípio mais valioso do Direito Natural, que é: partir do ser para chegar ao dever-ser, como fundamento ontológico-jurídico.

O Jus-naturalismo é uma corrente jusfilosófica que crê na existência de um conjunto de valores éticos universais inerentes ao homem, decorrendo, destarte, da própria natureza humana sendo superior bem como anterior ao direito positivo, o que se contrapõe aos ideais do juspositivismo.

É reconhecido o Jus-naturalismo com uma nova cara, uma nova feição de ideologia. Acrescentou-se o conceito do iluminismo para se justificar a base do constitucionalismo moderno.

Ideais descritos e defendidos em acontecimento históricos como, a Revolução francesa e a declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789), a Declaração de independência dos EUA (1776), os pensamentos de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, demonstram a mudança de foco na preocupação dos valores a que o Direito tinha que guarnecer.

A incompatibilidade dos fundamentos positivistas como a aproximação entre direito e norma visando a estabilidade do Direito, a completude do ordenamento, sob a bandeira da inexistência de lacunas, o excesso de formalismo advogando a dogma da validade da norma decorrente do seu procedimento de criação, independentemente do conteúdo, teve seu ápice no século XX, frente às justificações mais coerentes e legítimas que outrora argumentava o jus-naturalismo.

Segundo o Luis Roberto Barroso (BARROSO, 2009, p. 32) “*O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados*”. Não haveria mais espaço para o positivismo, frente o choque existente entre a instrumentalização do direito utilizado como solucionador de lides e a ausência de padrões valorativos que o justificavam. Haja vista não se amoldarem aos textos normativos descritos as situações práticas vivenciadas por diferentes culturas e até mesmos grupos sociais com interesses morais antagônicos.

Nessa linha de pensamento, segundo João Baptista Herkenhoff (HERKENHOFF, *apud*, BOBBIO, *op. cit.*, p. 86) o juspositivismo:

reduz o Direito a um papel mantenedor da ordem. Sacraliza a lei. Coloca o jurista a serviço da defesa da lei e dos valores e interesses que guarda e legitima, numa fortaleza inexpugnável." Para esse autor – que resume a teoria juspositivista com maestria – isso é o positivismo: se o Estado cria uma lei, cria uma verdade. E como tal, essa verdade deve ser defendida até que outra verdade – muitas vezes oposta! – tome seu lugar, em nova atividade legislativa estatal. Nisso reside a essência do contra-senso juspositivista, e os exageros kelsenianos, autêntico produto da filosofia liberal do século XVIII.

Em atividade de prospecção dos valores do jus-naturalismo, pode-se extrair que o Jus-naturalismo advém de uma evolução do direito natural, onde as normas que não decorrem do Estado, têm validade geral, por uma força ética superior. Há a imposição de limites ao poder legisferante e jurisdicional do Estado.

Elevam-se ao intocável os valores morais, ditados por entidade supra-humana. A descrição de quais e de o que seriam tais valores morais, derivariam dos textos escritos por entidades superiores. Textos religiosos e metafísicos, interpretados por sacerdotes, contando com suas pesquisas teológicas, seriam a última razão da solução do litígio e a satisfação maior do justo.

Não podia o Direito se renunciar à sua principal função. Como sendo o último mecanismo de proteção ao objeto valorativo ou moral que descreve. De par destes dois movimentos postos em situações contraditórias, surge um novo posicionamento ideológico. Calcado na mescla dos movimentos anteriores. O pós-positivismo.

3 O Pós-positivismo.

A visão reducionista de que o direito não se resume a um sistema fechado de regras legais abriu margem para que fossem oferecidos novos tratamentos cognitivos ao fenômeno jurídico. Buscou-se, então, conceber-se a ordem jurídica como um sistema plural, dinâmico e aberto aos fatos e valores sociais.

Deste modo, foi se erguendo um novo paradigma jurídico, denominado por muitos autores como “pós-positivismo”. Com a emergência de um modelo de compreensão principiológica do direito que confere aos princípios jurídicos uma condição central na estruturação do raciocínio do jurista. Com reflexos diretos na interpretação e aplicação da ordem jurídica.

Dentro do pensamento jurídico pós-positivista, sem embargo de outras referências importantes, as contribuições de expoentes adquirem novo relevo, como afirmam Ronald Dworkin e Robert Alexy,

Ronald Dworkin (DWORKIN, 1997, p.100) tem desenvolvido suas reflexões sobre os princípios jurídicos a partir de um diálogo com outras doutrinas positivistas, mormente no contexto dos sistemas de inspiração anglo-saxônica (*common law*). Dworkin não compartilha do entendimento de que, nos chamados *hard cases*, o julgador pratica um mero ato volitivo, exteriorizando suas convicções particulares e arbitrárias de justiça. Segundo ele, os princípios podem ser utilizados como critérios racionais para uma interpretação reconstrutiva da ordem jurídica e a conseqüente tomada de uma decisão, porque objetivamente inseridos no sistema jurídico.

Prossegue o estudioso advogando a tese de que é indispensável reabilitar a racionalidade moral-prática no campo da metodologia jurídica, de molde a controlar a decisão judicial. Para

tanto, critica a estreita visão positivista que considera o direito como um sistema composto exclusivamente de regras e que autoriza a discricionariedade do magistrado no preenchimento das eventuais lacunas jurídicas. Isto porque quando se admite que o ordenamento jurídico também contempla princípios, esses problemas restarão solucionados.

Neste sentido, prossegue o jurista afirmando que, uma vez abandonada a doutrina do positivismo jurídico e tratados os princípios como expressão do direito, cria-se a possibilidade de que uma obrigação jurídica a ser cumprida pelo jurisdicionado possa ser imposta tanto por uma constelação de princípios como por uma regra estabelecida no sistema jurídico.

Na perspectiva de Dworkin, (*Idem, op, cit.*, p.238), os princípios jurídicos, diferentemente das regras, não podem ser aplicados através do método lógico-formal, por não disciplinar diretamente um caso concreto. Ademais, é possível que mais de uma norma principiológica seja relevante para a solução do litígio, apontando em sentidos diversos. Configurada esta hipótese, o julgador deverá avaliar quais são os princípios jurídicos preponderantes e operar uma atividade de sopesamento, estabelecendo uma relação de prioridade concreta, em face da especificidade de uma dada situação jurídica. Sendo assim, a colisão principiológica se resolve através de um processo hermenêutico de ponderação, em que os diversos princípios jurídicos relevantes ao caso concreto são apreciados em face dos fatos e valores incidentes.

A função do intérprete e aplicador jurídico seria, portanto, a de reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido.

Rompe-se assim, com a dicotomia hermenêutica clássica que contrapõe a descoberta (cognição passiva) e a invenção (vontade ativa), na busca dos significados jurídicos. O hermeneuta, diante de um caso concreto, não estaria criando direito novo, mas racionalizando o material normativo existente. O que se trata é de identificar os princípios que podem dar coerência e justificar a ordem jurídica, bem como as instituições políticas vigentes. Cabe ao intérprete se orientar pelo substrato ético-social, promovendo, historicamente, a reconstrução do direito, com base nos referenciais axiológicos indicados pelos princípios jurídicos.

A seu turno, merece também registro a obra de Robert Alexy (ALEXY, 2001, p. 248), que se propõe a examinar as possibilidades de uma racionalização discursivo-procedimental para o Direito. Com destaque para o papel exercido pelos princípios jurídicos.

Com efeito, o jurista parte de uma teoria geral da argumentação prática para aplicá-la ao campo do direito. Para ele, o discurso jurídico figura como sendo um caso especial do discurso da moralidade. Valendo-se da contribuição da teoria da ação comunicativa de Jurgen

Habermas (HABERMAS, 2003), entende Alexy, que as questões jurídicas podem ser decididas por meio da racionalidade do melhor argumento, como expressão de um consenso justificado.

Sobre a principiologia jurídica, leciona o mencionado autor que a formulação de princípios forma uma classe final de normas jurídicas. Para ele, princípios são proposições normativas de um tão alto nível de generalidade que podem, via de regra, não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas. E, habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios. Em vez de serem introduzidos na discussão como proposições normativas, os princípios também podem servir como descrições de estados de coisas em que são considerados bons.

As regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, deste modo, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. A forma característica de aplicação das regras é a subsunção. Os princípios, contudo, são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. As normas principiológicas figuram, por conseguinte, como mandados de otimização, podendo ser cumpridos em diversos graus. A forma característica de aplicação dos princípios é, portanto, a ponderação.

A perspectiva pós-positivista é caracterizada por diversos elementos, em especial pela passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito. Caracteriza-se ainda, pela transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas constituições) e pela suspensão da distinção clássica entre princípios e normas, bem como pela proclamação de normatividade dos princípios.

Deste modo, como se infere dos contributos dos autores acima citados, a difusão deste novo paradigma pós-positivista, que enfatiza a relevância teórico-prática dos princípios, permite oferecer um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos, a fim de conciliar legalidade com legitimidade e restaurar os laços éticos privilegiados entre o direito e a ética social.

A intimidade nas relações atuais entre Ética e Direito conduz a um número elevado de normas éticas inseridas em normas jurídicas positivas.

De outro lado, não apenas no direito constitucional afluem princípios éticos, mas também no direito do trabalho encontram-se consagrados valores como bons costumes, equidade, dignidade, boa-fé, má-fé dentre outros. No direito processual encontram-se consagrados princípios assecuratórios da ética no debate forense, como o dever da lealdade e boa-fé, de urbanidade, de verdade etc, os quais, acaso descumpridos, geram conseqüências

processuais, em especial a declaração de litigância de má-fé e a imposição de penalidade correspondente.

Em lapidares trabalhos de pesquisas, a doutrina jus-filosófica estrangeira caminha a largos e importantíssimos passos em direção à adaptação e justificação do emprego do pós-positivismo nos dias atuais. Nesse sentido (CALSAMIGLIA, 1998, REGLA, 2007, p. 665), que em seus termos:

La expresión «constitucionalización del orden jurídico», en el sentido que aquí nos va a interesar, alude a un proceso histórico que ha tenido lugar en países europeos y latinoamericanos, que es el resultado del constitucionalismo que se ha desarrollado y practicado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días y que está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho. En esta transformación del Estado de Derecho, que puede sintetizarse en la fórmula «del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho» o «del imperio de la ley» al «imperio de la constitución», se há situado también la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma postpositivista 1. El propósito de este artículo es exponer y contraponer de manera sucinta - y espero que clara - estos dos paradigmas jurídicos, el positivista y el postpositivista. Pero antes de entrar en ello, conviene - creo - precisar algo más qué se entiende por constitucionalización de un orden jurídico.

Portanto, cristalino o entendimento e assente a ideia de que o positivismo colaborou para formação da maturidade filosófica até então atingida, mas que, infelizmente, não corrobora com a sensação de retribuição e satisfação daquilo que seria o justo ou o correto.

Sendo assim, em atendimento à finalidade do presente trabalho, pode-se resumir a compreensão valorativa do Pós-positivismo nas ideias sintéticas abaixo expostas: movimento que surge na segunda metade do século XX, como superação do conhecimento convencional. Voltam os olhos dos juristas à dar maior importância aos valores, pensa-se na reaproximação da ética e Direito.

Os princípios são traduzidos no sentido de valores compartilhados por toda comunidade, em dado momento e lugar, passam a ter asilo na Constituição. Valores individuais como liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana e solidariedade invocam a reinterpretação dos princípios históricos. Há uma forte influência tradição judaico-cristã, com sua escola de amor e respeito ao próximo. Da releitura de brocardos romanos onde viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu, tornam-se dogmas incontestes.

Nessa linha de raciocínio percebe-se, nitidamente, a linguagem e perspectivas jurídicas dando maior importância ao reconhecimento da normatividade dos princípios. O pós-positivismo é marcado por princípios e valores dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. Fazendo com que a interpretação jurídica busque identificar o maior princípio (genérico), descendo até o princípio mais

específico, chegando-se à formulação da regra concreta. Inexiste hierarquia entre regras e princípios.

Nota-se que a fomentação em alçar os Direitos, Garantias ou Princípios Fundamentais ao patamar Constitucional, faz transparecer um de seus atributos, a individualidade. Quando não harmonizada dentre outros atributos, como respeito, coletividade, cidadania, bem-estar social, dentre outros, torna-se fórmula de solução de litígio desarrazoada. Em outras palavras, se elevada à posição do absoluto, o que é fundamental, passa a condição de mecanismo para não alcançar, mas sim afastar a observância da liberdade, igualdade, respeito e dignidade.

Não é demais lembrar, que tal característica faz reacender a ideia positivista de sempre se socorrer da autoridade soberana do texto legislativo ou das decisões judiciais como última razão na solução do caso concreto. Trocando o texto positivado por princípios e valores descritos e interpretados em consonância do que é, e sempre foi, imutável.

Aí reside a justificação de, no presente ensaio, tecer alguns comentários sobre a característica essencial do Direito do Trabalho. A postura de sempre intervir na relação privada havida entre obreiro e empregador.

4 O Direito do Trabalho e o Intervencionismo Estatal.

Dentre as características marcantes do Direito do Trabalho, e necessidade de compreensão primária do que se está a pesquisar no presente ensaio, encontra-se o papel interventor do Estado quando o assunto é solução de litígios trabalhistas.

É latente a preocupação dos Tribunais Trabalhistas em apresentar ao seu jurisdicionado uma solução que acalme os nervos da classe trabalhadora e ao mesmo tempo sacie a demanda voraz do mercado de trabalho. De um lado, busca o trabalhador a segurança de que permanentemente necessitam suas garantias fundamentais, enquanto ser humano digno de virtudes que o trabalho traz. De outro lado, a incessante atividade do empresariado em almejar maiores e melhores resultados de seus lucros sem se preocupar com a observância de direitos trabalhistas e até mesmo com a saúde de seus empregados.

Não há outro mecanismo de confiabilidade destinado ao trabalhador, como sendo portador de uma higidez e idoneidade imparcial nas soluções de seus principais conflitos com a classe empregadora, como sendo, se não, o Direito do Trabalho. Papel de fundamental importância cumpre o ordenamento jurídico trabalhista em qualquer país soberano que deseje garantir os mínimos padrões de vida digna ao trabalhador. Não há registros na história, dentro do que se relatou até então, de exemplos de países que ascenderam ao pleno desenvolvimento

econômico sem se socorrerem de um instrumento permanente, autoritário e eficaz que lhe garanta um porto seguro para basilar os avanços financeiros desmensurados e a extrema opressão de um corpo rígido de normas ávidas a enrijecer os ideais trabalhistas clássicos, como os defendidos na Era Vargas.

O que o passado conta, é que o velho embate entre Capital e Trabalho é carecedor de um norte, de um ponto em comum que dá o equilíbrio necessário a harmonia econômica e à paz social laboral. A fim de que os seus problemas sociais e consequências econômicas margeiem o tolerável pelo Estado, empregado, empregador e sociedade.

Frentes de teses econômicas são expostas a todo tempo defendendo a ideia de que possuem a razão salvadora de todos os conflitos que surgirão ao longo do desenvolvimento de suas limitações. De outra monta, ventos assopram o sentir de que os ideais trabalhistas devem se fixar em um conjunto de valores não transponíveis a fatores econômicos, a um dever ser inalterável diante dos anseios oscilantes e instáveis do capital.

Diante desse quadro, o Direito do Trabalho assume papel de fundamental importância na harmonização destes interesses antagônicos. Não podendo ser inflexível na aplicação de suas normas e fechar os olhos para os rumos econômicos.

Premissa assente é a de que o Direito do Trabalho leva em sua bagagem, em uma de suas principais funções, a sacola da solução final. Ao lado, o fator essencial de que a solução final deva ser satisfatória e ao mesmo tempo pedagógica. Satisfatória no sentido de retribuição (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 03) e pedagógica, evitando com que determinada conduta lesiva aos direitos fundamentais trabalhistas não se repita, ainda de maneira mediata e reflexa. Traz consigo a segurança de observância do que seria o correto e por consequência natural o justo. Segundo a teleologia apontada e descrita pelo modelo adotado em nossa cultura.

Em atrevido jargão, pode-se dizer que aquilo que se denomina como sendo a *ultima ratio* para o Direito Penal, dentro das relações entre Estado, Sociedade e Réu, deve se pautar o Direito do Trabalho para o trabalhador. Deve-se elevar a posição do Direito do Trabalho a última razão na solução do caso concreto empregatício, construída de maneira coerente e de modo uniforme. A jurisdição deve se entregue ao jurisdicionado de maneira equânime, pautada em fundamentos constitucionais corretamente determinados. Prezando pela intangibilidade de valores irrenunciáveis e permanentes ditos pela história.

Não se deve, de maneira alguma, afastar a incidência do Direito do Trabalho como mecanismo interventor do litígio trabalhista. O fator econômico não pode prevalecer sobre a

roupagem da “flexibilização”, “globalização” ou ausência total de normas que prevejam valores e garantias mínimas ao trabalhador.

5 Novo Enfoque sobre o Princípio da Proteção no Direito do Trabalho.

Tomando por base o princípio basilar do Direito do Trabalho, em sua acepção clássica, é possível se estabelecer um novo enfoque de seu conteúdo? Diante dos novos conflitos surgidos na porta de entrada do Poder Judiciário Trabalhista, é possível se buscar uma proteção satisfatória aos interesses do trabalhador sem provocar sua exclusão do mercado de trabalho? Como partir de uma justificação plausível e convincente, sem determinar os corretos conceitos das expressões utilizadas em nossa linguística jurídica?

Nesse sentido, acrescentando o que até o presente momento foi exposto, dada à importância desta área do conhecimento humano, assim com seu objeto de pesquisa, a realidade, social, fundamental importância é compreender a significação de suas proposições. Aponta a doutrina sobre o estudo sistematizado sobre a epistemologia do Direito. Segundo (SERRANO, 2007, p. 55):

Certamente, por meio das proposições jurídicas, quer teórica (ou doutrinária), quer prescritiva (ou normativa), referenciamos a realidade jurídica que, num dado momento histórico, apresenta-se a nós como objeto de nossas pesquisas. Por meio de tais proposições, distinguimos experiências, valorações e regras jurídicas, reservando para elas uma dada subclassificação.

Exemplo disso é a correta delimitação e da utilização do verdadeiro sentido da palavra “princípio”. Recorrendo à etimologia a palavra “princípio”, em sua definição mais acertada ao presente estudo, pode ser explicitada na expressão que dá o significado de “*proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos*” (HOUAIS, 2001, p. 2299).

Em apoio ao que se está aqui pretendendo afirmar, relata (GODINHO, 2011, p. 180):

Assim, princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade.

Extraí-se, portanto, palavras e ideias chaves de seu conteúdo e significação, como sendo, proposição elementar, base a uma ordem de conhecimentos, proposição lógica fundamental sobre a qual se apoia o raciocínio.

O conceito clássico do princípio da proteção informa que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho (*Idem, op. cit.*, p. 192).

Não poderia ter sido melhor a premissa estampada na obra do jurista paraguaio. Isto por que as expressões utilizadas denotam a preocupação permanente do Direito do Trabalho em socorrer aquele que é o mais fraco da relação. Fragilidade esta que se dá em diversas facetas, ou até mesmo situações e circunstâncias vividas pelo empregado.

Entretanto, a concepção clássica de outrora não encontra mais espaço na realidade atual da posição em que se encontram empregado e empregador. O princípio da proteção necessita de uma releitura que provoque o reaquecimento de sua efetividade no contexto social laboral nesta era tecnológica.

Segundo prescreve a doutrina trabalhista atual (RENAULT; PAGANI, 2012, p. 170):

No entanto, o momento presente, nítido desdobramento de vários anos de ouro da economia Brasileira exige algumas observações a respeito das relações de trabalho. Além das questões relacionadas com a falta de estabilidade, com o subemprego, com a informalidade, com as fraudes, com as terceirizações, com o trabalho exaustivo e degradante, com a discriminação do negro e da mulher, com a exploração do trabalho infantil, a curva do ponto de interrogação que se alonga sobre a temática mencionada, perfura, lado a lado, a eterna dificuldade do Brasil de se realizar uma justa distribuição de renda e, conseqüentemente, uma verdadeira inserção social do trabalhador. Nesse contexto, a proteção alardeada pelo Direito do Trabalho necessita de uma urgente releitura com as lentes da Constituição Federal, a fim de que se faça um alargamento de sua teleologia condizente com os objetivos traçados pelo legislador e exigidos pela sociedade.

Hoje o que se defende, e que o se faz necessário, é a mesma proteção dada ao empregado celetista da década de 1940, mas que mudou o seu foco. A proteção deve ser dada ao hipossuficiente de informação, àquele que não tem condições de se inserir no mercado de trabalho atual. Não se pode deixar às garras do desemprego, trabalhadores que não possuem mínimas condições de acessar os cursos, empregos, trabalhos e atividades profissionais de qualidade que os coloquem em pé de igualdade de concorrência com seus pares.

Agentes exteriores, instituições de ensino, entidades governamentais e até mesmo a iniciativa privada, deve se posicionar atuando efetivamente na entrega da informação ao trabalhador.

Não é demais lembrar e ressaltar, que a incidência de aplicação desse novo sentido mandamental, deve ocorrer em todos os seguimentos jurídicos e atingir todo o âmbito social,

cultural, profissional e até mesmo econômico. Voltam-se as necessidades de uma nova proteção ao legislador trabalhista, aos juristas de outras áreas do Direito e aos personagens desta destacada relação *sus generis*.

É preciso ressaltar que não haverá eficácia alguma na aplicabilidade deste novo sentimento de justiça protetiva trabalhista se não observado por todos os membros da sociedade, em sua proporção de participação. Legisladores editando leis de garantia máxima aos direitos fundamentais laborais, aplicadores do Direito, justificando suas teses, navegando em ideologias modernas sem perder de vista o porto seguro dos valores humanos que dignifica a pessoa como trabalhador. O cordão umbilical que faz dos direitos constitucionais trabalhistas permanecerem em um modelo intangível e inflexível. Irrenunciáveis e inafastáveis aos fatores econômicos que oscilam em velocidade de banda larga, em trocadilho da época em que vivemos.

Não se pode deixar de olvidar a participação da vontade do empregado na relação trabalhista da era globalizada. A cada dia que passa os empregados se vem seduzidos por almejar melhores posições profissionais. Visam a todo tempo melhores condições de trabalho. Mão-de-obra qualificada ao ponto de influenciar nas condições de seus contratos de trabalho. Almejam, dadas às exigências do mercado de trabalho, se aprimorar em cursos técnicos, profissionalizantes e de cultura geral. Repare-se que as carteiras de trabalho que possuem um único contrato de trabalho, onde o empregado assumia seu serviço no início da vida e pretendia se aposentar trabalhando para o mesmo empregador. Objetivo da era juvenil do texto consolidado.

Diante deste contexto, assume o Direito do Trabalho posição delicada na área em que atua. Como exigir de um terceiro interventor uma solução satisfatória em interesses que a princípios parecem antagônicos, mas que ao final, quando melhor analisados, são convergentes. E afinal, que valores morais trabalhistas são estes? É o que se propõe no próximo ponto a ser analisado.

7 Uma nova proposição para o Direito do Trabalho e seus valores irrenunciáveis.

O estudo das proposições jurídicas é de fundamental importância ao texto aqui exposto.

Em análise impactante sobre o tema leciona a doutrina (SERRANO, *op. cit.* p. 08):

A proposição deve ser entendida como uma importante construção linguística por meio da qual descrevemos, valoramos, demonstramos, relacionamos ou

prescrevemos. Assim, no Direito, diferentemente de outras áreas de conhecimento, lidamos com uma tricotomia proposicional, podendo ser a proposição jurídica, de acordo com a sua função e finalidade, descritiva, valorativa ou prescritiva.

Dentro da semântica atual do Direito do Trabalho, deve esta ciência prescrever a postura protecionista do Direito do Trabalho, aliado aos valores morais que busca defender dentro desta era tecnológica a qual está se vivendo.

Andou o legislador constituinte em considerável avanço na pronúncia e defesa dos Direitos Fundamentais Trabalhistas. Preconizando em seu art. 7º, quais seriam tais direitos, que irradiados por valores dignificantes da pessoa humana, e quando assim são interpretados extensivamente na solução do caso concreto, cumprem sua principal função de justiça.

É de clareza solar que os incisos do mandamento constitucional mencionado são escalonados em um grau de importância e relevância para os destinatários da Constituição. Começa-se a preservar o emprego (art. 7º, I da CRFB/88) e termina-se por abominar condutas discriminatórias entre trabalhadores urbanos, rurais e avulsos (art. 7º, XXXIV da CRFB/88). O conteúdo conceitual e a teleologia destes Direitos Sociais podem ser apreendidos no contexto da correta interpretação valorativa e moral em prol da dignidade do trabalhador.

Frisa-se que o Constitucionalismo no Brasil vive momento virtuoso, por ter sido determinado por uma vontade social abstrata o compromisso com a efetividade das normas. Isto fez com que o sentido da dogmática positivista muda-se o seu foco desenvolvendo a interpretação constitucional como última razão na solução do conflito trabalhista.

São os valores trabalhistas irrenunciáveis aqueles expressos na Constituição, que detém a interpretação correta e concreta da vontade do Poder Constituinte em descrever sua intenção de conter o abuso do poder econômico. Em detrimento da conquista do trabalhador em almejar uma posição mais digna, que lhe permita conviver harmoniosamente com seu empregador e, principalmente, desfrutar dos verdadeiros sentidos da vida.

Deve-se, a todo custo, afastar-se dos formalismos e individualismo da solução de subsunção da lei ao caso concreto, e primar-se pela decisão que se compromete com o social, investiga, analisa, pesquisa e debate sobre quais seriam suas consequências dentro do contexto social e laboral que o trabalhador se encontra inserido.

Portanto, a construção desse novo paradigma constitucional trabalhista deve pautar-se na interpretação extensiva dos conceitos reducionistas do direito. Direitos não devem ser afastados pela não aproveitabilidade do processo. Ou por ausência de tipificação de seu conceito. Pelos fatos não se amoldarem perfeitamente à norma descrita.

Os mandamentos constitucionais trabalhistas sociais devem ser empregados concretamente na busca da observância dos atributos ligados à dignidade do trabalho enquanto ser humano.

Esqueça-se do velho Direito do Trabalho que se encontra atrelado ao que a lei prescreve, à interpretação literal dos dispositivos legais e regulamentares. Argumentos devem ser construídos, de maneira coerente, e justa, conforme delineado pelos fatos concretos corretamente apurados em processo.

Conclusão

De tudo que se propôs, pretendeu-se demonstrar a ineficácia valorativa das ideologias jus-filosóficas clássicas, como sendo mecanismos de solução de litígios trabalhistas atuais. Contribuindo assim para um modelo de Direito mas atencioso às circunstâncias em que hora se encontra o trabalhador.

A solução individual e socialmente justa passa por uma faceta de compreensão de ter sempre ao fundo, como ultima razão, a observância dos Direitos Fundamentais Trabalhistas. O legislativo, o Judiciário e o Executivo, devem - calcados em experiências fáticas e dados estatísticos - fomentar a concretização de tais direitos fundamentais, sem provocar o esvaziamento de um setor econômico.

É preciso informar, prevenir e limitar os interesses conflitantes deste segmento de atuação especializado do Direito. É importante antever e se detectar quais serão as consequências desastrosas da solução de um litígio imposta pelo Estado sem fundamentação setORIZADA. Sem que isso se torne uma prática rotineira, vazia de qualquer ideal. Apenas por reduzir o número de processos do Judiciário, ou por contribuir com a inércia da fiscalização do poder Executivo.

A participação da formação de um processo de solução de litígio trabalhista deve atentar à correta postura a ser compreendida e praticada pelos membros da Magistratura, Ministério Público e Ordem dos Advogados do Brasil.

A representatividade trabalhista deve ser exercida de modo a imacular os interesses particulares da liderança. A não fazer transparecer os critérios individuais utilizados nos processos de representatividade privada.

Inarredável a filtragem constitucional sobre todos os sistemas e microssistemas trabalhistas, pois são textos prescritores de valores intransponíveis à sociedade, perenes no tempo e no espaço. Valores são intocáveis, intangíveis, são, apenas, flexíveis em conceituação

ou até mesmo em pontos de vistas, mas em essência transmitem os mais verdadeiros sentidos do que se almeja com o bem comum.

Não se deve desapegar da característica da soberania da palavra da norma, como sendo a palavra final de todo o litígio. Todos os institutos do Direito do Trabalho devem seus reinterpretações em consonância com os valores morais trabalhistas que a Constituição garante.

Está-se ainda vivendo na era da desigualdade. O capitalismo impera e toma as fronteiras de nossas culturas sem perguntar se pode ou não. O consumo exacerbado leva a inconsciente prática do desemprego, pois colabora com a mão-de-obra barata e faz provocar o êxodo de trabalhadores de determinados segmentos econômicos ditos “obsoletos”.

E finaliza-se este ensaio provocando a seguinte reflexão dita pelo Prof. Luis Roberto Barroso (BARROSO, *op. Cit.* P. 356): “A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não é a Carta da nossa maturidade institucional, mas de nossas circunstâncias”.

Referências

ALEXY, Robert. **On the structure of legal principles**. Ratio Juris, n. 3, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Ler. 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra; trad. e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 30. p. 665-675. 1998.

COMTE, Augusto. **Cours de philosophie positive**. Paris, 1949.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Justiça como retribuição da razão e da emoção na construção do conceito de Justiça. **Revista Brasileira de Filosofia**, vol. XLIV, Fasc. 192, p. 369/389. Outubro-Novembro-Dezembro de 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

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

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y postpositivismo: los paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa*, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 30. 2007.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. PAGANI, Marcella. Para uma proteção além do trabalho. **Revista LTr**, vol. 76, n. 02, p. 170/75. Fevereiro de 2012.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Fundamentos de filosofia do direito: o jurídico e o político da antiguidade a nossos dias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

SERRANO, Pablo Jimenez. **Epistemologia do Direito**: para uma melhor compreensão da ciência do Direito. Campinas. SP: Editora Alínea, 2007.