

**MARIA CECÍLIA MÁXIMO TEODORO**

***CRISE DO ESTADO SOCIAL E O PAPEL DO JUIZ NA  
EFETIVAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS.***

**TESE DE DOUTORADO EM DIREITO**

**Orientador: Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior**

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP  
SÃO PAULO, 2009.**

**MARIA CECÍLIA MÁXIMO TEODORO**

**DEFESA DE TESE DE DOUTORADO**

***CRISE DO ESTADO SOCIAL E O PAPEL DO JUIZ NA  
EFETIVAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS.***

**Tese apresentada ao programa de Pós  
Graduação em Direito do Trabalho da  
Faculdade de Direito da USP, como  
requisito parcial para obtenção do título  
de Doutorado, sob orientação do Prof.  
Dr. Jorge Luiz Souto Maior.**

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP  
SÃO PAULO, 2009.**

***BANCA EXAMINADORA:***

---

Orientador: **Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior**

---

Membro FD: **Prof. Dr. Otávio Pinto e Silva**

---

Membro FD: **Prof. Dr. Paulo Eduardo Vieira Oliveira**

---

Membro estranho à FD:

---

Membro estranho à FD:

---

Suplente FD:

---

Suplente FD:

---

Suplente FD:

---

Suplente estranho à FD:

---

Suplente estranho à FD:

## ***AGRADECIMENTOS:***

Primeiramente gostaria de agradecer ao Teodoro e à Lindaura, meus queridos pais, amigos, exemplos, minha fortaleza. Pessoas que estão além de seu tempo, prontos para o mundo, jovens na velhice, alegres na tristeza, renovados na derrota. Seres humanos incomparáveis, que sempre me motivaram e me apoiaram incondicionalmente na realização desse sonho. Minha sincera e constante admiração, respeito e gratidão.

Aos meus irmãos Patrícia e Rodrigo, que em terras paulistanas permitiram que nossa família se reunisse e se aconchegasse novamente, como nos tempos de criança. De portas e corações abertos me receberam, me incentivaram e acreditaram nessa empreitada. À Manuela por encher minha vida de alegria.

Aos meus queridos familiares pela acolhida calorosa em São Paulo e pelos momentos de alegria, de silêncio, pelos encontros e pela convivência sadia que me permitiu continuar nessa caminhada longe de casa e das Minas Gerais. Agradeço ao Fábio, Melissa, Maíra, Luciana, Tia Iolanda, Murilo, Tia Margarida e Sidney.

Ao meu amado marido, Carluz, por ser parte de mim, por me fazer mais feliz, por acreditar em mim, muitas vezes mais que eu mesma. Pela companhia nas noites de skype, pela saudade contida, pelas viagens corridas, tudo em nome de um projeto que realizava comigo, confiando, incentivando e nunca me deixando pestanejar ou desistir. Minha especial gratidão por entender as ausências na elaboração da tese, por compreender, aceitar e se divertir em ser o recém-casado mais solteiro do Brasil. Te amo sincera e profundamente.

Ao meu orientador, Professor Doutor Jorge Luiz Souto Maior, por me permitir adentrar as arcadas da Faculdade do Largo São Francisco. Pela simplicidade com que compartilhou seus vastos e notáveis conhecimentos e que, mesmo por intermédio de duras críticas, proporcionou-me crescimento e superação. E, enfim, pelo exemplo de profissional do direito, que inspirou o tema dessa tese.

Ao ilustre Prof. Dr. Mauricio Godinho Delgado (Ministro do TST) que, pela dedicação e humildade com as quais ensina, faz despertar em seus alunos o amor pelo Direito do Trabalho. Mas o agradecimento maior é pela simplicidade com a qual vai ao auxílio de seus eternos orientandos, no intuito constante de ajudar e sem medir esforços para vê-los vitoriosos.

A Deus, por dar sentido a tudo isso e por me fazer um ser humano privilegiado de receber suas bênçãos.

**RESUMO:**

A presente pesquisa partiu da constatação de que as transformações pelas quais passa o mundo geram conseqüências em todos os ramos do conhecimento. O estudo foca as mudanças econômicas, filosóficas, sociais e políticas e seus efeitos na prestação da tutela jurisdicional, notadamente no que se refere aos direitos trabalhistas.

Assim, inicia demonstrando os contornos do Estado liberal de direito, passa pelo Estado social e chega à crise desse Estado de bem-estar social. A principal apreensão feita em cada capítulo se refere ao modo como o juiz desempenhou suas funções na efetivação dos direitos trabalhistas, para compreender seu papel no Estado da atualidade.

A partir da década de 1970 inicia-se a referida crise do modelo de Estado social. Isso ocorre em razão da intensificação do liberalismo, agora neoliberalismo, pela reestruturação produtiva pela qual os países passam, pela globalização e pela formação de uma sociedade de massas. Além disso, tem início um franco processo de tentativa de desregulamentação e flexibilização dos direitos trabalhistas, bem como de diminuição da importância do Estado.

Por tais razões, buscamos defender a importância de o magistrado conhecer a realidade em que atua, a fim de entendê-la e inserir-se no contexto de vida dos jurisdicionados. Dessa forma, cremos que será possível maior amplitude de efetivação dos direitos trabalhistas. Os instrumentos utilizados pelo juiz são encontrados dentro do próprio ordenamento jurídico e são justificados pela adequada e profunda fundamentação das decisões.

De fato, buscamos mostrar que o juiz pode utilizar-se de mecanismos simples disponibilizados pelo próprio sistema jurídico, ou advindos da criatividade jurídica, para realizar sua função social. Interpretar e aplicar o direito de forma vinculada ao contexto histórico no qual se inserem as partes da demanda. Com esta finalidade é que a tese caminha por essa evolução da filosofia, da sociedade, da política, da economia, da ciência do direito e da própria aplicação do direito ao caso concreto.

Enfim, pretende-se demonstrar que a qualidade da prestação jurisdicional e o nível de efetivação dos direitos trabalhistas em tempos de crise do Estado estão intimamente ligados à qualificação ética, intelectual e humana dos juízes, que devem adotar uma posição ativa no desempenho de suas funções. Ativo, porém, no sentido de o juiz estar preparado para extrair do ordenamento jurídico o que é juridicamente válido para fundamentar suas decisões e efetivar os direitos trabalhistas.

Palavras-chave: Crise do Estado social de direito; ativismo judicial; papel do juiz; efetivação de direitos trabalhistas.

***ABSTRACT:***

This survey came out of the realization that the changes the world undergoes affect all areas of knowledge. The paper concentrates on economical, philosophical, social and political changes and their effects in the temporary relief, specifically in relation to the labor laws.

Thus, it starts displaying the outline of the liberal rule of law; it goes through the social State and gets to the crisis of this social welfare State. The major concern in each section regards the way the justice performed his functions in bringing about the labor rights, as a means of understanding his role in the State today.

As of the 1970s, the aforementioned crisis of the social State model is formed. This is due to the enhancement of liberalism, currently referred to as neo-liberalism, to the productive restructuring that has affected most countries, to the globalization and the formation of a mass society. Aside from that, one can perceive the birth of a clear process that aims at experiencing deregulation and flexibility of labor laws and the loss of importance of the State.

Therefore, we aim at defending how important it is for the Justice to be familiar with the reality on which his work is grounded, so he can understand it and include it in the context of the party's life. Therefore, we believe that it will be possible to reach broader effectiveness of the labor rights. The legal tools used by justices will be found within the legal system itself and find grounds on the appropriate and profound basis of decisions.

In fact, we aim at showing that the justice can make use of simple mechanisms that are available within the legal system itself, or of those derived from the legal creativity, to accomplish his social role. To interpret and use the right linked with the historical context containing parts of the demand. Aiming at this purpose, the thesis moves through this evolution of the philosophy, society, politics, economics, legal science and of the own application of the Law to the concrete case.



At last, we intend to show that the quality of the legal service and the level of effectiveness of the labor rights during State crisis are closely connected to the ethical, intellectual and human qualification of the justices who should chose to adopt an active position on the development of their functions. We say active, however, in the sense that the justice should be prepared to extract from the legal disposition, which is legally enforceable to ground his decisions and to effect the labor laws.

Key-words: Crisis of the Rule of Law; legal activism; Court role; effectiveness of the labor laws.

**SUMÁRIO:**

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>ESTADO LIBERAL DE DIREITO .....</b>	<b>16</b>
2.1	<i>Formação: mudanças filosóficas, sociais e econômico-políticas.....</i>	<i>16</i>
2.1.1	<i>Estrutura filosófica .....</i>	<i>16</i>
2.1.2	<i>A sociologia do positivismo e seus teóricos .....</i>	<i>21</i>
2.1.3	<i>Estrutura econômica e política .....</i>	<i>25</i>
2.2	<i>Natureza e estrutura do direito .....</i>	<i>28</i>
2.3	<i>Ciência jurídica – Constituição formal .....</i>	<i>31</i>
2.4	<i>A relação entre o público e o privado .....</i>	<i>33</i>
2.5	<i>Primeira geração de direitos humanos .....</i>	<i>37</i>
2.6	<i>O surgimento de normas trabalhistas.....</i>	<i>43</i>
2.7	<i>Mudança na jurisdição e no papel do juiz.....</i>	<i>48</i>
<b>3</b>	<b>ESTADO SOCIAL DE DIREITO.....</b>	<b>52</b>
3.1	<i>Mudanças filosóficas, sociais e econômico-políticas.....</i>	<i>52</i>
3.1.1	<i>Estrutura filosófica .....</i>	<i>55</i>
3.1.2	<i>A sociologia do pós-positivismo os teóricos do marxismo .....</i>	<i>58</i>
3.1.3	<i>Estrutura econômica e política do Estado social.....</i>	<i>62</i>
3.2	<i>Natureza e estrutura do direito .....</i>	<i>67</i>
3.3	<i>Ciência jurídica – Constituição social .....</i>	<i>70</i>
3.4	<i>A relação entre o público e o privado .....</i>	<i>74</i>
3.5	<i>Segunda geração de direitos .....</i>	<i>79</i>
3.6	<i>O direito do trabalho .....</i>	<i>83</i>
3.7	<i>Mudanças na jurisdição e no papel do juiz .....</i>	<i>90</i>
<b>4</b>	<b>CRISE DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO.....</b>	<b>94</b>
4.1	<i>Mudanças filosóficas, sociais e econômico-políticas.....</i>	<i>94</i>
4.1.1	<i>Estrutura filosófica e sociológica.....</i>	<i>97</i>
a.	<i>A idéia de sociedade aberta de Popper, Hayek, Mises e Schumpeter.....</i>	<i>98</i>
b.	<i>A atenuação: o pensamento de John Rawls e Jurgen Habermas.....</i>	<i>103</i>
c.	<i>O contraponto: a sociedade aberta em Peter Häberle.....</i>	<i>110</i>
4.1.2	<i>Estrutura econômica e política: tentativa de reconstrução do liberalismo e desconstrução do Estado social .....</i>	<i>113</i>
4.2	<i>Natureza e estrutura do direito .....</i>	<i>124</i>
4.3	<i>Ciência jurídica – Constituição jurídica .....</i>	<i>129</i>
4.4	<i>A relação entre o público e o privado .....</i>	<i>135</i>
4.5	<i>Terceira geração de direitos .....</i>	<i>138</i>
4.6	<i>Direito do trabalho como marco regulatório .....</i>	<i>143</i>
4.7	<i>Mudanças na jurisdição: o papel do juiz na efetivação dos direitos trabalhistas .....</i>	<i>150</i>
<b>5</b>	<b>O PAPEL DO JUIZ NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS.....</b>	<b>152</b>
5.1	<i>A reforma do Poder Judiciário no Brasil .....</i>	<i>156</i>
5.2	<i>As cláusulas gerais e o papel do juiz na construção da norma.....</i>	<i>159</i>

5.3	<i>Conhecendo a magistratura trabalhista</i> .....	163
5.4	<i>Formação intelectual e ética do magistrado</i> .....	167
5.4.1	<i>Formação universitária</i> .....	168
5.4.2	<i>Cursos Preparatórios</i> .....	174
5.4.3	<i>Escolas de magistratura</i> .....	178
5.5	<i>A necessidade do conhecimento da realidade pelo magistrado</i> .....	183
5.5.1	<i>Inspeção judicial</i> .....	184
a.	<i>Representatividade sindical</i> .....	186
b.	<i>Paralisação dos serviços – greve</i> .....	187
c.	<i>Câncer de mama</i> .....	189
d.	<i>Adicional de insalubridade</i> .....	192
e.	<i>Negociação coletiva prévia à dispensa em massa</i> .....	194
5.5.2	<i>Parcerias: universidade – Poder Judiciário</i> .....	199
5.5.3	<i>Ativismo judicial</i> .....	204
6	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>211</b>
7	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>215</b>

## ***1 INTRODUÇÃO***

Um avião choca-se contra um dos prédios das torres gêmeas nos Estados Unidos da América. Imediatamente, na pequena cidade do sertão brasileiro, os meios de comunicação noticiam por todas as vias disponíveis a ocorrência do referido desastre. Tudo foi tão rápido ao ponto de o mundo assistir ao vivo, atônito, o choque da segunda aeronave contra a torre gêmea ainda intacta.

O abalo do mercado imobiliário nos Estados Unidos da América e da bolsa de valores de Tóquio produz efeitos imediatos na economia dos países do restante do mundo iniciando uma recessão de abrangência global.

Notícias correm o mundo em instantes, no simples toque de uma tecla do computador. Distâncias são encurtadas. A idéia de se sentir o cheiro através da transmissão de imagens via digital já não parece tão distante.

Esse é o mundo atual.

A pesquisa que ora se inicia parte da constatação de que a crise vivenciada pelo Estado, nos dias de hoje, tem relação direta com os acontecimentos nos diversos ramos do conhecimento e ao redor do globo. Não se trata somente de uma crise do sistema capitalista, mas é uma crise do paradigma do Estado social de direito.

Nesse sentido, a sociedade deve ser entendida em todas as suas nuances. O Estado com as características que apresenta hoje pode sugerir que a referida crise é fruto de uma construção ideológica, econômica e política, que gera consequências preocupantes quanto ao seu papel no campo do saber jurídico, notadamente no que diz respeito à efetivação dos direitos trabalhistas.

No desenvolvimento da presente tese, demonstraremos que a evolução do direito ocorre nas mesmas marchas pelas quais caminham as fases da história. Cada momento

histórico estabelece relação recíproca de causa e efeito com os fatores filosóficos, sociais, econômicos, políticos, científicos e jurídicos que ocorrem naquele instante. Por isso o direito deve manter-se aberto às mudanças, sempre se adequando com o fito de alcançar a efetivação dos direitos.

O estudo apresenta linha de pesquisa específica, voltada para o direito do trabalho, portanto todo o desenrolar do estudo será focado na busca da definição do papel do juiz na efetivação dos *direitos trabalhistas*. Assim, em cada capítulo, no que se refere ao direito, levaremos a tona a criação e expansão dos direitos na seara trabalhista.

Para tanto, a pesquisa tem origem no Estado liberal de direito, passa pelo Estado social e chega à crise da contemporaneidade. Em cada período será realizada pesquisa para serem apreendidas em quais eram as características econômicas, filosóficas, políticas, qual o viés dos direitos fundamentais, qual o espaço ocupava o direito dos trabalhadores e, principalmente, qual era o papel do juiz. Por fim, caracterizando a crise do atual modelo de Estado, a pesquisa buscará demonstrar, da mesma forma, como deve atuar o juiz, de forma coerente com seu passado histórico, mas sem nele se prender, sob pena de, ao invés de efetivar direitos, efetivar a referida crise.

A tese foi dividida em quatro capítulos, e cada um dos três primeiros corresponde a uma fase histórica e ao respectivo modelo estatal predominante: Estado liberal de direito, Estado social, crise do Estado social. O quarto capítulo é inteiramente dedicado ao estudo do papel do juiz na efetivação de direitos trabalhistas, no contexto de crise do Estado social.

Inicialmente, a pesquisa passa pelo Estado de direito, de matriz nitidamente liberal, não-intervencionista e individualista, refletindo em uma ordem jurídica positivista e fechada às mudanças sociais, ao próprio contexto sociopolítico ao qual se insere. Também trataremos da primeira dimensão de direitos humanos, discorrendo sobre suas principais características. Ressaltaremos a natureza e estrutura do direito, nitidamente positivistas, influenciadas pelos ideais iluministas. Nesse mesmo contexto, caracterizaremos a ciência jurídica daquele tempo, que culminou numa Constituição eminentemente formalista. Nesse diapasão, aparecem as

primeiras manifestações legislativas do trabalho. Dessa forma, mostraremos que os ralos direitos presentes e seu baixo grau de efetivação estão alinhados ao Estado liberal de direito no qual estavam inseridos.

Em um segundo momento, a pesquisa passa pelo Estado social de direito, também denominado Estado providência, que retrata a fase do *Welfare State* – Estado do Bem Estar Social -, de cunho substancial, social e intervencionista. Esse período reflete um direito promocional e aberto ao conflito existente no seio social e que, dessa forma, apresenta um governo atuante para a efetivação de direitos. Coerentemente demonstraremos a natureza e a estrutura do direito, que deixa o formalismo e já se apresenta influenciado pelas ideias marxistas e preocupado com a igualdade substancial. A ciência jurídica, nesse momento, se expressa através de Constituições sociais. Em seguida, faremos a caracterização dos direitos de segunda geração, sempre numa linha evolutiva, mostrando as mudanças em processamento. Concomitantemente, mostraremos o franco desenvolvimento do direito do trabalho que, nesse período, parece viver sua fase de maior prestígio, tendo em vista a intensa realização dos propósitos desse ramo.

No terceiro capítulo, a tese entra na análise do contexto atual, de uma crise do Estado social de direito. Esse período reflete as mudanças estruturais de uma sociedade, agora, sociedade de massa, globalizada e complexa. Pesquisaremos quais são as ideias filosóficas e sociológicas que hoje influenciam as tomadas de decisões políticas e econômicas. Ademais, analisaremos como tais ideias contingenciam o pensamento e a crítica do próprio ser humano, que agora se encontra inserido numa sociedade globalizada. Veremos que os direitos que se afirmam são de terceira dimensão, havendo possibilidade de se cogitar em direitos de quarta geração. Tais direitos demandam uma posição mais ativa do Estado para sua efetivação. O direito do trabalho sofre fortes abalos mediante tentativas diretas ou velados de desregulamentá-lo ou até mesmo ruí-lo. No entanto, a sua importância cresce ainda mais e sua manutenção se torna questão primordial, à qual se dedica a presente tese.

Nesse momento, atingimos o ponto nevrálgico da tese, ou seja, buscamos defender uma formação humanista, ética e de elevado grau intelectual do magistrado. Porém,

procuraremos demonstrar que ainda mais relevante é a necessidade de o magistrado conhecer a realidade em que atua, a fim de entendê-la e inserir-se no contexto de vida dos jurisdicionados. Dessa forma, cremos que será possível maior amplitude de efetivação dos direitos trabalhistas.

De fato, buscamos mostrar que o juiz pode utilizar-se de mecanismos simples disponibilizados pelo próprio sistema jurídico, ou advindos da criatividade jurídica, para realizar sua função social. Interpretar e aplicar o direito de forma vinculada ao contexto histórico no qual se inserem as partes da demanda. Com esta finalidade é que a tese caminha por essa evolução da filosofia, da sociedade, da política, da economia, da ciência do direito e da própria aplicação do direito ao caso concreto.

## **2 ESTADO LIBERAL DE DIREITO**

### **2.1 Formação: mudanças filosóficas, sociais e econômico-políticas**

O Estado liberal constitui expressão de espírito de uma época, demonstra uma visão da realidade afinada a um momento definido da história, em que chegava ao poder uma nova classe. As circunstâncias materiais, sociais e políticas que levaram à ascensão dessa classe ao poder e à formação de um novo tipo de governo serão analisadas a seguir.

A passagem pelo Estado liberal é importante para a própria compreensão do fenômeno jurídico a ser desenvolvido na presente pesquisa, pois o estudo do direito não é neutro, mas se conecta indissociavelmente ao contexto socioeconômico e político de sua época.

#### **2.1.1 Estrutura filosófica**

O substrato material da nascente classe burguesa foi disseminado principalmente pelo iluminismo renascentista e as teorias de Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu, impondo-se a liberdade como o valor primário.

No campo político, a tomada do poder político já vinha sendo aos poucos articulada pela classe burguesa, de forma natural, pela dinâmica espontânea imposta pela força do dinheiro e o estatuto da propriedade privada<sup>1</sup>.

Quanto ao aspecto social, se fortalecia o individualismo, resultado natural do rompimento com a Igreja Católica, da influência renascentista e da emancipação da força dos indivíduos que trabalhavam em troca de recompensa econômica. A afirmação da liberdade individual frente ao Estado, que apenas deveria respeitá-la, além da liberdade sobre a propriedade, dá o viés social desse período.

---

<sup>1</sup> PAULANI, Leda Maria. Neoliberalismo e individualismo. *Economia e Sociedade*, Campinas, n.13, dez. 1999, p. 118.



O Estado liberal possui algumas características bem marcantes: os ideais são de liberdade e igualdade, as ideias são iluministas e o governo é não-intervencionista. Os indivíduos eram individualistas, sem medo da redundância.

O liberalismo, individualismo e iluminismo, que dão a tônica do Estado liberalista, encontram raízes, principalmente, na busca pela ruptura da estrutura do regime anterior, da metade do século XVIII. Caracterizada pelo absolutismo monárquico e por uma sociedade estamental, a sociedade era dominada pelo clero e pela nobreza, com a segregação da terceira classe, da qual os trabalhadores faziam parte.

O Estado liberal surge, portanto, da luta contra os abusos do poder da nobreza e da igreja na Idade Média e do Estado Moderno e de sua forma de organização, baseada em desigualdades, privilégios e arbitrariedades. O combate foi travado pelas ideias iluministas e revoluções liberais. Dentre estas, como as mais marcantes ressaltamos a Revolução Industrial e a Revolução Francesa. Desta última, o lema se apresenta ainda atual: liberdade, igualdade e fraternidade.

As teorias doutrinárias do contratualismo social expressam a posterioridade do Estado em relação à liberdade. O indivíduo livre e titular de direitos os exerce na sociedade. O Estado surge como ordem positiva permeada de limitações e restrições intocáveis, como garantia de permanência da liberdade individual.

O Estado se manifesta, pois, como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem, consoante as doutrinas do contratualismo social. Sua existência seria, por consequência, teoricamente revogável, se deixasse de ser o aparelho de que se serve o homem para alcançar na sociedade a realização de seus fins<sup>2</sup>.

A fundamentação político-filosófica do Estado liberal era a de teóricos modernos como Hobbes, Locke e Rousseau. Suas ideias ampliaram o movimento prol derrocada do

---

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 3.

absolutismo, colaborando para o declínio deste e para a ascensão de um novo modelo de Estado, fundado no individualismo econômico e no liberalismo político<sup>3</sup>.

O liberalismo, quando nasce pelas mãos do arguto, modesto e piedoso, segundo seus contemporâneos, John Locke, está visceralmente ligado à filosofia dos direitos naturais, prega a tolerância política e religiosa, exige o direito de defesa contra o arbítrio e mostra-se coerente com a visão de mundo que advoga que os homens nascem livres, tanto quanto nascem racionais. Trata-se, nessa medida, de um desdobramento da grande transformação que dá origem ao pensamento moderno e que coloca, no primeiro plano, o homem e o desmesurado poder da razão com que foi brindada sua natureza. Em suma, para dizer em poucas palavras, o liberalismo, no momento de seu nascimento, é fundamentalmente filosófico e político<sup>4</sup>.

Thomas Hobbes acreditava que “o homem é o lobo do homem”, ou seja, a guerra de todos contra todos era a contingência natural da sociedade humana<sup>5</sup>. Assim, sua obra desenvolvida no século XVII destacava a razão humana como fundamento da sociedade.

A base da legitimidade do poder na visão de John Locke distingue-se da de Hobbes, pois para aquele o estado de guerra não se confunde com o estado de natureza. O estado de natureza é concebido como um estado de perfeita liberdade e de igualdade governado unicamente pela lei da natureza. Quando os indivíduos, por livre e espontânea vontade, resolvem fundar o poder político, visam à segurança e proteção de seus direitos individuais e à legitimação dos preceitos de direito natural<sup>6</sup>.

No liberalismo vigia a separação entre o público e o privado, através da racionalidade da codificação e do respeito à propriedade. Em John Locke essa cisão encontra suas bases

---

<sup>3</sup> DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 45.

<sup>4</sup> PAULANI, Leda Maria. Neoliberalismo e individualismo. *Economia e Sociedade*, Campinas, n.13, dez. 1999, p. 115.

<sup>5</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium Editora, 2007, p. 17.

<sup>6</sup> AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1984, p. 154.

teóricas mais remotas. O valor principal da esfera privada é a propriedade, que também é o pilar do direito privado patrimonialista de viés liberal.

Em uma abordagem mais ampla, a propriedade vai além dos bens do indivíduo, abarcando a vida e a liberdade, consideradas extensão da personalidade do sujeito, pois tudo aquilo que o homem constrói ou extrai da natureza através do seu trabalho passa a fazer parte de sua propriedade<sup>7</sup>.

Bonavides explica que “em Locke, o poder se limita pelo consentimento, pelo direito natural, pela virtude dos governantes, de maneira mais ou menos utópica”, porém critica a ingenuidade do pensador em não considerar “o princípio sábio da experiência universal, referido por Montesquieu, segundo o qual todo poder tende a corromper-se e todos os que o possuem são levados, mais cedo ou mais tarde, a abusar de seu emprego”<sup>8</sup>.

Nas ideias de Locke se arrima, ainda que de forma embrionária, a idéia da separação de poderes, ao conferir ao monarca a prerrogativa. Esta era concedida em nome do bem comum e medida pelo interesse público. Para Bonavides, a capacidade de limitação da prerrogativa é decisiva na compreensão da idéia de distribuição de poderes propugnada por John Locke<sup>9</sup>. Segundo Locke há muitas coisas para as quais o direito não pode dar significados, e estas devem necessariamente ser deixadas para a discricção daquele que tem o poder executivo em suas mãos para ser organizado por ele como o bem público e o avanço social requerem<sup>10</sup>.

Porém, é em Montesquieu que a doutrina da separação de poderes encontra arrimo prático. Por não ficar no caráter apenas teórico de Locke, levava à distribuição efetiva e

---

<sup>7</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. *et al.* Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Constituição, Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 93-94.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 12.

<sup>9</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 14.

<sup>10</sup> LOCKE, John. *Treatise of civil government and a letter concerning toleration*. Nova York: Appleton-Century-Crofts Inc., 1937, p. 108. (Tradução livre nossa: Many things there are which the Law can by no means provide for, and those must necessarily be left to the discretion of him that has the executive Power in his hands to be ordered by him as the public good and advance shall require).

prática do poder entre titulares distintos e inconfundíveis entre si. Ou seja, enquanto Locke propugnava o respeito dos direitos naturais pelo Estado, Montesquieu fazia o caminho inverso, isto é, a sua separação de poderes visava a impor limites ao exercício da autoridade.

Já o pensamento de Rousseau pode ser considerado a síntese do que viria a ser o Estado liberal, ou pelo menos a base dos ideais da Revolução Francesa. Com seu divulgado “contrato social”, sublinha a legitimidade do Estado social e do direito positivo, com vistas à autonomia da vontade dos homens para dispor de seus direitos em favor da comunidade, fundada em consenso geral e não em um poder absoluto estatal.

Rousseau trata da proximidade do conceito de liberdade com a ideia de igualdade, “pois pelo menos no plano jurídico, igualdade implica liberdade e vice-versa”. Desenvolvendo a corrente de pensamento do humanismo renascentista, defendia ser a liberdade um princípio indisponível do sujeito e que recusá-la seria o mesmo que negar a própria qualidade de ser humano<sup>11</sup>.

Segundo Rousseau, o contrato social deveria ser concebido de forma que os indivíduos concedessem temporariamente seus direitos ao Estado, que os restituiria posteriormente, sob o novo epíteto de direitos civis. Portanto, o Estado seria a síntese das liberdades individuais e asseguraria aos cidadãos os direitos por eles naturalmente titularizados, por meio da transformação desses direitos naturais em civis. Esse autor

[...] construiu a sua teoria voltado para a soberania inalienável e indivisível nas mãos do povo, por meio do que convencionou denominar de "volonté générale", estabelecendo uma sutilíssima distinção entre a vontade de todos e a vontade geral, a primeira como registro meramente quantitativo de votos e a segunda como expressão verdadeira do querer coletivo<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> PAULANI, Leda Maria. Neoliberalismo e individualismo. *Economia e Sociedade*, Campinas, n.13, dez. 1999, p. 116.

<sup>12</sup> Disponível em: <[http://www.ufpa.br/posdireito/caderno1/texto1\\_desen\\_1.html](http://www.ufpa.br/posdireito/caderno1/texto1_desen_1.html)>. Acesso em: 10 out. 2008.

Já as ideias de Montesquieu, em relação a Rousseau, representam contradições dentro de uma mesma filosofia denominada liberal. Isso porque enquanto Rousseau não se preocupou em estabelecer limites à soberania, Montesquieu é reconhecido pela dissociação que faz do poder, decompondo-o em esferas distintas e independentes.

A respeito Bonavides expressa seus ensinamentos:

A contradição entre Rousseau e Montesquieu, contradição em que se esteia a doutrina liberal-democrática do primeiro estado jurídico, assenta no fato de Rousseau haver erigido como dogma da doutrina absoluta da soberania popular, com as características essenciais de inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade, que se coaduna tão bem com o pensamento monista do poder, mas que colide com o pluralismo de Montesquieu e Constant, os quais abraçavam a tese de que os poderes deveriam ser divididos<sup>13</sup>.

Enquanto o Estado absolutista se fundamentava na doutrina monárquica divina, o Estado liberal encontra nos filósofos do jusnaturalismo os alicerces de sua consolidação.

Em suma, seja em Locke, Hobbes, Rousseau ou Montesquieu, é nítida a comunhão de opiniões contra o antigo regime, sendo certo que o poder absoluto dos reis perde seu papel histórico preponderante.

### ***2.1.2 A sociologia do positivismo e seus teóricos***

Mais uma vez vale ressaltar: a estrutura de toda a tese passa pela análise de como a evolução histórica da economia, filosofia, sociologia e da sociedade influencia diretamente a forma de atuação da jurisdição. Ou seja, em cada período da história esse relacionamento intrínseco entre as diversas áreas do conhecimento tornam relevante a pesquisa acerca do

---

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 19.

papel do magistrado na efetivação de direitos trabalhistas. E no contexto do Estado liberal de direitos a sociologia do positivismo era prevalente.

Em seu projeto puro e ideal, o positivismo parte da premissa que a sociedade é regida por leis naturais, e como tal, imutáveis. Partindo dessa premissa, o naturalismo positivista procura estudar a sociedade com os mesmos métodos usados pelas ciências naturais, ou seja, com critérios objetivos, livres de julgamento de valor<sup>14</sup>.

O positivismo, propriamente dito, surge nos fins do século XVIII e começo do século XIX como resultante direta da filosofia do iluminismo e como instrumento a serviço dos interesses e críticas da burguesia contra o Estado absolutista. Lowy, no entanto, alerta que em momento posterior, no decorrer do século XIX e XX, torna-se “uma ideologia conservadora identificada e voltada para a manutenção da ordem estabelecida”<sup>15</sup>.

Analisaremos, rapidamente, as principais ideias de cada um dos estudiosos da doutrina da neutralidade axiológica do saber, ou seja, a busca por um conhecimento livre de determinações históricas, ideológicas e circunstanciais.

O dois primeiros estudiosos, Condorcet e Saint-Simon, são considerados teóricos de um positivismo utópico. Suas ideias pretendiam demonstrar a existência de uma ciência sobre a sociedade nos moldes das ciências da natureza.

Para Antoine Nicolas de Condorcet toda e qualquer ciência da sociedade era identificável com o que ele chamava de matemática social. Ou seja, todo o conjunto dos fatos sociais, seja a política, a economia, a moral, está submetido a leis gerais, similares às que regem a natureza. Para tanto, é necessário “realizar um estudo preciso, rigoroso, numérico dos fenômenos sociais”. Segundo Condorcet, “a ciência estava sendo controlada e submetida aos interesses de senhores feudais, à aristocracia e ao clero e carecia de objetividade”. A ciência neutra é imune a “interesses sociais e paixões” das classes dominantes, por isso era

---

<sup>14</sup> LOWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 17.

<sup>15</sup> LOWY, op. cit., p. 19-20.

“necessário tirar o controle das ciências destas classes para que uma ciência natural pudesse se impor”<sup>16</sup>.

Henri de Saint-Simon foi discípulo de Condorcet e o primeiro autor a utilizar o termo *positivo*. Defendia a existência de uma ciência política positiva, que se utilizaria dos métodos das ciências naturais nas ciências sociais, por se tratar esta de uma ciência neutra e objetiva. Para ele, a sociedade é um “corpo social”, regido pelas leis da fisiologia. Saint-Simon torna-se um revolucionário, uma vez que em nome da “limpeza do corpo social”, luta pelo fim do Absolutismo<sup>17</sup>.

O nome de Auguste Comte aparece relacionado à história do positivismo pelo fato de ele haver sido um grande entusiasta do novo método, expandindo-o das ciências físicas e biológicas para a teoria social”<sup>18</sup>.

Para Comte o pensamento positivo era apto a garantir a organização racional da sociedade. “Ao tratar da importância do conhecimento científico, não estava apenas defendendo uma orientação epistemológica, estava apresentando uma maneira de pensar e de realizar as transformações sociais”. O pensamento de Comte apresenta as seguintes preocupações fundamentais: “uma filosofia da história na qual se encontram as bases de sua filosofia positivista e as três fases da evolução do pensamento humano: o teológico, o metafísico e o positivo”<sup>19</sup>.

Não obstante Comte tenha sido o primeiro a utilizar a palavra “sociologia”, Durkheim é considerado o verdadeiro pai da sociologia positivista enquanto ciência. Do ponto de vista que nos interessa, “Durkheim representa apenas um prolongamento de Comte: tanto num

---

<sup>16</sup> ISKANDAR, Jamil Ibrahim; LEAL, Maria Rute. Sobre positivismo e educação. *Revista Diálogo educacional*, Curitiba, v.3, n.7, set./dez. 2002, p. 90.

<sup>17</sup> LOWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 19-20.

<sup>18</sup> MALKI, Yara. *Reflexões sobre os testes psicológicos a partir da teoria crítica da sociedade*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, p 17.

<sup>19</sup> ISKANDAR, op. cit., p. 91.

quanto no outro é assumida inequivocamente a posição anti-revolucionária baseada na idéia de lei social natural”<sup>20</sup>.

Diferenciando-se de seus antecessores, Max Weber considerava os valores, preconceitos e prenoções inevitáveis, assim como a condição de toda a atividade científico-social. Surge com ele o postulado da neutralidade axiológica das ciências sociais. Weber preocupa-se com o papel dos valores no conhecimento.

Weber, sobre o conhecimento histórico, afirma:

O conhecimento histórico se procede por meio da decomposição do real em relações causais concretas – até onde os fins cognitivos concretos o exigem, e esta necessariamente relativa definição da imputação causal, revela-se, por sua vez, na relativa definição das “regras empíricas”: as “regras”, portanto, que se baseiam numa elaboração metódica, e as que futuramente poderiam ainda ser elaboradas, são apenas uma “ilha” dentro das marés da experiência cotidiana, de caráter “vulgar-psicológico”. E é esta “ilha” que serve à imputação causal histórica. Mas, no sentido lógico, também dá-se o mesmo com a “experiência”<sup>21</sup>.

Weber se aproxima do positivismo quando propõe a neutralidade axiológica e do historicismo quando fala sobre a existência de valores.

Por fim, temos Karl Popper que reconhece como Weber, e contrariamente a Comte e Durkheim, a necessidade e indispensabilidade da existência de pressupostos ou pontos de vistas preliminares. Enquanto Weber vincula o ponto de vista a contextos histórico e socioculturais, Popper nada fala sobre isso, chegando a criticar essa vinculação como tendente ao antirracionalismo e ao misticismo, mas não encontra nada melhor para substituí-los<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Marcos Barbosa de. Sobre o significado político do positivismo lógico. *Crítica marxista*, São Paulo, v. 14, 2002, p. 78.

<sup>21</sup> WEBER, Marx. *Metodologia das ciências sociais*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 84.

<sup>22</sup> LOWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 49-51.



Como visto, o positivismo como método científico (ou seria ideológico?) preponderante do Estado liberal encontrou fortes defensores que, estimulados pela ideias iluministas, procuram demonstrar a superioridade desse modelo científico-natural em razão de sua objetividade e neutralidade. Veremos a seguir que conjugado com outros fatores típicos do Estado liberal o positivismo leva a uma atuação engessada e pouco efetiva da jurisdição, minimizando a importância do magistrado nesse contexto histórico.

### **2.1.3 Estrutura econômica e política**

No que se refere aos estudos clássicos sobre a estrutura econômica do Estado liberal, alguns teóricos despontam como Adam Smith, Thomas Robert Malthus, David Ricardo, Jeremy Bentham, John Stuart Mill<sup>23</sup>.

Na Inglaterra, uma escola de matriz essencialmente liberal, denominada Utilitarista, tem como principal precursor Bentham<sup>24</sup>. Essa escola positivista visava transformar a ética numa ciência positiva do comportamento humano, tal qual e tão exata quanto a matemática. Para Bentham, a lógica da obediência civil é justificada pela busca de todos em gerar mais felicidade geral do que a não-obediência. A felicidade geral estaria no fato de que cada homem sempre age motivado pelo seu próprio interesse e que, sendo a comunidade o somatório dos interesses individuais, cada indivíduo, perquirindo seu próprio bem, alcança o bem do conjunto<sup>25</sup>.

Enfim, quando o assunto é liberalismo a referência é a “mão invisível do mercado” de A. Smith e a doutrina de Stuart Mill. Mas qual é a relação entre o liberalismo econômico e esses autores? Adam Smith foi o teórico que legitimou o capitalismo liberal no campo econômico.

---

<sup>23</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005, p.75.

<sup>24</sup> A primeira obra econômica de Bentham, *A defesa da usura*, de 1787.

<sup>25</sup> PAULANI, Leda Maria. Neoliberalismo e individualismo. *Economia e Sociedade*, Campinas, n.13, dez. 1999, p. 117.

Sinteticamente, a “mão invisível” de Adam Smith promove a associação entre liberalismo e a defesa da propriedade privada desenvolvida por Locke, a relação entre reciprocidade, liberdade e igualdade dada por Hobbes e a doutrina liberal utilitarista de Bentham.

Partilhando da mesma corrente intelectual de Bentham, Smith finca sua teoria também na dedução lógica e na concepção de natureza humana anterior à própria sociedade. Smith demonstra que na natureza existe franca tendência à troca, e na esfera econômica há acordo entre os interesses particulares e públicos.

Automaticamente, o sujeito que age de forma livre, tendo em vista seus interesses particulares, alcança um resultado que visava ao “progresso e a riqueza da nação”. Esse progresso abarcaria inclusive as camadas menos favorecidas da população. “Smith estando certo, obter-se-ia então o mínimo de igualdade social, que preocupava Rousseau, como condição para a existência e sustentação da liberdade civil. O *laissez-faire* aparecia, portanto, como uma conclusão lógica desse tipo de raciocínio”<sup>26</sup>.

Essa análise liberal da economia, da sociedade e da forma de prestação (ou abstenção) das políticas públicas formou a primeira corrente do pensamento econômico, construindo a base econômica liberal que se tornaria hegemônica no desenvolvimento do capitalismo: o pensamento liberal burguês<sup>27</sup>.

A formação desse novo modelo de Estado faz surgir uma nova classe no poder formada pela burguesia. Os burgueses eram os antigos habitantes dos burgos e antes pertenciam ao Terceiro Estado da sociedade estamental. A ascensão da burguesia ao poder significa o fim do Estado monárquico absolutista, do mercantilismo como forma de comércio e o sepultamento do que restara do feudalismo.

---

<sup>26</sup> PAULANI, Leda Maria. Neoliberalismo e individualismo. *Economia e Sociedade*, Campinas, n.13, dez. 1999, p. 117.

<sup>27</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005, p.75.

Se por um lado o Estado burguês rompia com o regime anterior, ainda estava longe de ser um Estado democrático de direito. Ele abre espaço para uma forma de governo liberal e não-intervencionista. Na política e nas relações sociais passa a predominar o liberalismo e o individualismo econômico. A igualdade formal, a propriedade privada e individualismo se exacerbam.

Sendo a propriedade privada o pilar na esfera privada vigia a liberdade individual e a liberdade contratual. Os sujeitos são livres para o exercício de seus direitos de propriedade. Esta constitui também limite à atuação estatal, cuja função precípua é respeitar esses direitos. Assim considerado, o sujeito, sendo livre, pode vender seu trabalho, o qual pode ser comprado por outrem. Nesse sentido, todos são proprietários: alguns de bens, outros da sua força de trabalho<sup>28</sup>.

Quanto ao relacionamento político do povo com o novo Estado que se consolida, a burguesia liberal se vê diante de um impasse<sup>29</sup>: Ao mesmo tempo em que apoia o regime representativo para colocar fim ao absolutismo, deve impedir que essa mesma representação política propicie demasiada influência às massas populares.

Na medida em que formula e desenvolve os princípios filosóficos de sua revolução social, a burguesia antes uma classe dominada passa a ser classe dominante. Ao alcançar o poder e emergir como controladora política da sociedade “a burguesia já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios como apanágio de todos os homens”<sup>30</sup>.

Nesse cenário algumas peculiaridades são nítidas. Surgem as figuras da “cidadania-formal e do cidadão-proprietário, bem como a distinção estanque entre os direitos individuais e políticos”<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 93-94.

<sup>29</sup> LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; São Paulo: Editora Unesp, 2004, p. 16-20.

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 5.

<sup>31</sup> DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p.48.

De fato, a representação era um princípio defendido pela burguesia, mas era uma representação não aplicada. Era bastante distorcida e atravancada por privilégios e discriminações.

Esse é o grande paradoxo propiciado pela vitória burguesa ao alcançar o poder político. A nova classe sustenta seus princípios revolucionários somente sob o aspecto formal.

Ou seja, a burguesia consegue um feito revolucionário ao subverter a organização político-social e dar causa histórica e constituição jurídica a uma antítese básica. A contraposição entre sociedade civil e sociedade política<sup>32</sup>. Porém, no campo de aplicação política de suas ideias tais princípios aparecem como meros fundamentos da ideologia dessa nova classe.

O exemplo da Revolução Francesa com seu nítido caráter de revolta burguesa demonstra claramente a vitória do liberalismo, mas passou longe de ser a vitória da democracia. A democracia efetiva talvez ainda nem tenha sido alcançada, mas realmente tem suas bases teóricas fortemente retiradas dos ideais da Revolução Francesa e é inicialmente alcançada pelo constitucionalismo do século XIX.

Dentre outras razões, o princípio liberal será posteriormente dotado de aspecto mais substancial, na mesma medida em que o governo de uma classe burguesa passa para o governo de todas as classes, o que veremos no capítulo seguinte.

## ***2.2 Natureza e estrutura do direito***

Importa perquirir acerca das características do liberalismo na ordem jurídica para que a pesquisa apresente seus resultados. Demonstrando a evolução do modo de organização do Estado, do modo de produção da economia e do enfoque do indivíduo em sociedade, desponta

---

<sup>32</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium Editora, 2007, p. 66.

a necessidade de mudança na forma de atuação e na própria formação ética e intelectual do magistrado, que será abordada no último capítulo.

As mudanças na natureza e estrutura do direito dizem respeito às condições de existência e validade das normas jurídicas. O ordenamento jurídico com o qual se rompia era o dos fins da Idade Média que não tinha um sistema unitário e formalizado de fontes positivas. Na verdade, existia uma pluralidade de fontes e ordenamentos procedentes de diferentes e concorrentes instituições, tais como o império, a Igreja e as corporações. Ressalte-se, por essencial, que nenhuma dessas instituições detinha o monopólio da produção jurídica, pelo contrário, todas conviviam entre si<sup>33</sup>.

O “moderno” Estado de direito - o Estado liberal de direito – nasce influenciado pelas ideias iluministas de Hobbes, Locke e Rousseau (demonstradas no item anterior) e fundado no princípio da legalidade como garantia de certeza e liberdade dos indivíduos frente ao Estado.

Com fulcro no princípio da legalidade, a norma jurídica não precisava ser justa para ter validade. Justiça não era o critério, mas sim ter sido criada por uma autoridade competente para sua elaboração. Era o direito posto, independente de seu conteúdo.

O Estado de direito moderno nasce, com a mesma forma do Estado legal de direito, no momento em que esta instancia alcança realização histórica, precisamente, com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido e antes de tudo existente, com independência de sua valoração como justo<sup>34</sup>.

O Estado adquire o monopólio da produção normativa, passando a ser a fonte única de produção de normas. A pluralidade existente no Estado pré-moderno chega ao fim. O clero

---

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro Del Estado de Derecho*. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 13-14.

<sup>34</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 16. (Tradução livre nossa: El Estado de Derecho moderno nace, con la forma Del Estado legislativo de Derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo).

perde seu papel de centralidade principalmente pelo esclarecimento propiciado pelo iluminismo e pelas reformas protestantes.

No direito, em consonância com os cânones do liberalismo, o contrato passa a ter papel primordial elevando à máxima importância a autonomia privada.

O indivíduo se apresenta livre e autônomo também quando da estipulação de um contrato. Essa liberdade servia de forma fundamental ao novo ator desse contexto liberal – o burguês.

A nova classe denominada burguesa é como um personagem da história que desenvolve múltiplos papéis fazendo verdadeiro “jogo de cintura” entre a classe mercantil e as velhas classes proprietárias:

- I) Propiciava à classe mercantil adquirir bens que necessitavam;
- II) Não entrava em rota de colisão com os antigos proprietários, pois era garantida a propriedade sobre a terra, da qual dispunham conforme sua vontade autônoma<sup>35</sup>.

Assim a nova classe burguesa atingia sua finalidade sem criar inimizades com as classes dominantes medievais - nobreza e clero – que se tornavam verdadeiros “aliados subalternos”<sup>36</sup>.

De fato, consolidado o Estado liberal de direito com alicerces na liberdade e exponencialmente na propriedade privada dos meios de produção, não necessariamente estava consolidada a democracia, pois alguns parâmetros excludentes para o gozo dos direitos políticos foram estabelecidos. No caso, “apenas os proprietários que comprovassem um

---

<sup>35</sup> PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. *Revista do Tribunal Regional da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, jan/jun. 2006, p. 94.

<sup>36</sup> PIMENTA, op. cit., p. 94.

patamar mínimo de renda teriam o direito de participar do poder do Estado votando e sendo votados”<sup>37</sup>.

O direito passa a tutelar o indivíduo proprietário e nessa lógica quem não tem propriedade não é sujeito de direitos. Fica demonstrada a falácia da legitimação do *status quo* firmada sobre a igualdade, uma vez que a igualdade se restringia ao plano formal. O patrimonialismo exacerbado não leva em conta a dignidade da pessoa humana e sob o “mito da igualdade” (formal, é claro) dá a proteção do direito somente à pequena parcela de proprietários da sociedade<sup>38</sup>.

### **2.3 Ciência jurídica – Constituição formal**

A ciência jurídica muda seus contornos em relação à ciência pré-moderna. Nesta o direito não era posto, mas elaborado por tradição e, portanto, constantemente reelaborado pela sabedoria dos doutores.

Com a afirmação do princípio da legalidade, o sistema se fecha e esta é a principal mudança na ciência jurídica que ora se configura positivista. A ciência jurídica deixa de ser imediatamente normativa e torna-se cognitiva, explicando seu objeto - o direito positivo - algo autônomo e separado da ciência<sup>39</sup>.

A tendência era um sistema fechado de regras já positivadas, além das quais não poderia o intérprete ir. Trata-se do positivismo jurídico, cujas características essenciais,

---

<sup>37</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, t.1, 2002, p. 63.

<sup>38</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 93-94

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro Del Estado de Derecho. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 16.

simplificadamente, eram: “a) aproximação quase plena entre direito e norma; b) completude do ordenamento jurídico; c) formalismo e subsunção”<sup>40</sup>.

Essa época teve seu apogeu na teoria positivista de Hans Kelsen, então professor das Universidades de Viena e Colônia, cujas ideias denominadas Teoria Pura iriam influenciar toda uma época<sup>41</sup>.

Kelsen ao desenvolver sua obra a Teoria Pura do direito desejou a criação de um direito alheio à política, ideologia ou quaisquer tipos de subjetivismo. Uma ciência objetiva e exata que não se preocupasse com o “problema da justiça”. Para Kelsen, a justiça era questão valorativa situada fora de uma teoria do direito que deveria se limitar à análise do direito positivo como sendo a realidade jurídica<sup>42</sup>.

Para tanto, Kelsen propôs uma reviravolta completa de orientação das jurisprudências, pois estas se alternavam inseguras entre motivos políticos de alta carga subjetiva e ideológica. Por isso falava-se em *Constituição formal*, posto que não existia a preocupação com a justiça das normas ou com seu conteúdo axiológico, mas tão-somente com seu aspecto formal para empregar-lhes validade.

Nas palavras de Kelsen, em seu prefácio de 1934, a intenção era:

[...] a rigorosa separação entre ciência jurídica e ciência política, pela renúncia ao enraizado costume de, em nome da ciência do direito e, portanto, fazendo apelo a uma instância objetiva, advogar postulados políticos que apenas podem ter um caráter altamente subjetivo, mesmo que surjam, com a melhor das boas fés, como ideal de uma religião, de uma nação ou de uma classe<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 323.

<sup>41</sup> Ressalte-se que suas ideias continuam sendo a base de qualquer estudo acerca do ordenamento jurídico, porém com novas características.

<sup>42</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Editora Armênio Amado, 1984, p. 14.

<sup>43</sup> KELSEN, op. cit., p. 8.



Em síntese, Kelsen fazia uma nítida separação entre direito e moral ao dizer que esta é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções, diferentemente do direito que deveria estar livre. Ou seja, a validade de uma ordem jurídica positiva é independente de uma moral absoluta e não se preocupa com a justiça<sup>44</sup>. A busca por validade de uma norma deve ser encontrada na norma hierarquicamente superior e assim sucessivamente até se alcançar a norma fundamental.

Jules Coleman discorre sobre o positivismo legal e a teoria do direito natural e finca suas bases primárias nos conceitos de legalidade e autoridade. Segundo esse autor:

Legal positivismo pode ser caracterizado pelo seu comprometimento com duas regras básicas: a regra do reconhecimento prega que onde quer que haja lei existe uma prática normativa. A tese da separação prega que não há uma necessária conexão entre lei e moral<sup>45</sup>.

Enfim, nesse contexto só seriam válidas as normas legalmente previstas e cuja validade fosse encontrada na norma superior, a *Constituição formal*, independentemente de seu caráter moral ou justo. Da mesma forma, os princípios valeriam desde que previstos, mas valores morais advindos de fora do ordenamento não tinham força alguma.

## ***2.4 A relação entre o público e o privado***

No contexto do liberalismo há uma supervalorização do individual e a colocação do Estado em posição passiva e inerte. Ao Estado cabe somente respeitar a esfera privada.

---

<sup>44</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Editora Armênio Amado, 1984, 104.

<sup>45</sup> COLEMAN, Jules. Authority and Reason. In: *The autonomy of law: essays on legal positivism*. Oxford University Press: Edited by Robert P. George, 1999, p. 287. (Tradução livre nossa: Legal positivism can be characterized by its commitment to two basic tenets: the rule of recognition and the separability thesis. The rule of recognition is the claim that wherever there is law there exists a normative practice among relevant officials that specifies the conditions that must be satisfied in order for a norm to count as part of the community's law. The separability thesis is the claim that there is no necessary connection between law and morality).

De fato, essa relação entre o público e o privado retrata a situação histórica de uma época em que o sistema capitalista é a economia de mercado e o Estado é liberal. Ademais, a igualdade é apenas formal e o Estado não intervém na esfera privada. Há uma separação muito nítida entre essas duas esferas.

Bobbio fala sobre a existência de um verdadeiro fosso separando as esferas pública e privada, ressaltando a existência de uma grande “dicotomia” entre essas duas esferas<sup>46</sup>.

Segundo Norberto Bobbio, “na teoria do direito a distinção que se apresenta, mais marcadamente do que qualquer outra, como caráter de ‘grande dicotomia’ é a distinção entre direito privado e direito público”<sup>47</sup>.

Esse relacionamento entre o público e o privado não tem uma evolução homogênea, apresentando momentos alternados de total preponderância do público sobre o privado e vice-versa, além de contextos históricos de total interpenetração.

Enquanto no findar da Idade Média e na formação do Estado moderno havia essa interpenetração entre o público e o privado; por volta do século XVII percebe-se uma franca separação entre essas esferas, o que refletia a separação entre sociedade e Estado, política e economia, direito e moral.

A demonstração dessa cisão entre o público e o privado interessa ao nosso estudo na medida em que demonstra a abstenção do Poder Público em vários aspectos. No direito também se espelha essa dicotomia: O direito público para disciplinar o Estado, sua organização e seu funcionamento; o direito privado para reger relações contratuais e econômicas entre os indivíduos da sociedade civil sempre sob os signos da plena liberdade e

---

<sup>46</sup> Dicotomia para Bobbio: duas subclasses, reciprocamente excludentes e conjuntamente exaustivas.

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. São Paulo: Manole, 2007, p. 143.

da propriedade absoluta. E esses signos estavam estruturados em todos os códigos civis que surgem no primeiro ciclo das codificações<sup>48</sup>.

Trata-se de um Estado alheio aos problemas sociais e com traços típicos de um Estado liberal de direito. A evolução desse relacionamento até os nossos dias é importante para analisarmos a caracterização atual do Estado e definirmos o papel do magistrado na efetivação dos direitos trabalhistas, o que será desenvolvido no último capítulo.

Nesse sentido, quando a burguesia chega ao poder ela rompe com a ordem anterior e impõe modificações em todos os aspectos, sejam sociais, políticos ou econômicos e também jurídicos. Portanto, o direito como ora se apresenta é afinado com o momento histórico em que está inserido, mas irá se modificar com o decorrer inexorável do avanço da humanidade.

Nesse novo momento os códigos civis são elaborados com a pretensão de regular todo o espaço jurídico e recusam o intenso pluralismo jurídico que imperava no período histórico anterior. O “direito Privado passa a espelhar a ideologia, os anseios e as necessidades da classe socioeconômica recém-chegada ao poder”<sup>49</sup>.

Para Fábio Konder Comparato, a Revolução Francesa teve seus méritos ao exterminar com as classes estamentais e com as corporações de ofício, mas por outro lado acabou reduzindo a sociedade civil a um conjunto de indivíduos abstratos e egoístas. Ao mesmo tempo em que a filosofia iluminista transformava o império da tradição em liberdade por meio da razão, criava-se a liberdade individual fincada na razão e tornava a política mero instrumento de conservação de uma sociedade dominada pela burguesia<sup>50</sup>.

Segundo Eugênio Facchini Neto, a liberdade dos burgueses se contrapunha à liberdade dos antigos, pois esta franqueava aos cidadãos a intervenção no espaço público:

---

<sup>48</sup> NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 18-19.

<sup>49</sup> NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: COUTINHO, op.cit., p. 18-19.

<sup>50</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 127-128.

A liberdade dos modernos consistia na possibilidade do indivíduo decidir livremente, sem qualquer intervenção estatal, todos os assuntos que lhe dizem respeito, ou seja, de tomar soberanamente todas as decisões concernentes à sua vida privada. Daí o endeusamento da autonomia privada e do seu consectário, no campo negocial, a liberdade contratual<sup>51</sup>.

A história e o seu contexto econômico, político e social têm o poder de determinar o direito. Numa sociedade liberal as forças de mercado e o interesse dos burgueses servem de guia para as ações individuais, para as decisões políticas e logicamente para a atividade judicial.

A ideologia burguesa cria uma armadilha que retira também do legislador qualquer responsabilidade num contexto de Estado liberal de direito, sob a alegação de que a elaboração das regras não é direcionada a casos particulares. Ou seja, cria a idéia de que não há a pretensão de prejudicar quem quer que seja, já que legisla para sujeitos abstratos e desconhecidos.

Esse modelo de relacionamento entre o público e o privado, típico do Estado liberal de direito, é concebido também como “modelo da incomunicabilidade”, na medida em que a Constituição e o Código Civil se encontravam apenas no aspecto formal e caminhavam paralelamente: A Constituição regrando o Estado e o homem político; o Código Civil como império da sociedade civil e do sujeito proprietário e cidadão<sup>52</sup>.

Mas o Código Civil, baseando-se na igualdade formal, impunha deveres de omissão ao Estado e consagrava liberdades negativas. Ou seja, o Estado (público) não deveria intervir na esfera privada. Na verdade o Código Civil desempenhava o papel de Constituição e estava sempre a favor do valor fundamental do liberalismo: o sujeito livre e igual.

---

<sup>51</sup> NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 21.

<sup>52</sup> COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 67.

Não obstante, é questionável a neutralidade em um âmbito necessariamente político. O que faz a contratualidade clássica é separar o espaço público da esfera privada e projetar para o Estado uma função supostamente ‘imparcial’ de garantidor do ato negocial<sup>53</sup>.

Também nesse contexto ficam bem delineadas as liberdades públicas caracterizadoras dos direitos fundamentais de primeira geração, que passaremos a estudar a seguir. É no exame dessas liberdades que se revela a distinção dos espaços público e privado, uma vez que é precisamente na constituição dos direitos subjetivos que se estabelecerão os limites de atuação do Estado<sup>54</sup>.

Bonavides afirma que o estudo da classificação dos direitos “ressalta na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado, o que permite aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade”<sup>55</sup>.

Enfim, ao estudar os direitos de primeira geração continuaremos nessa evolução do Estado, da economia, da política e do direito. Em cada período, continuaremos demonstrando como era a atuação da esfera pública, o seu relacionamento com a esfera privada, o viés dos relacionamentos entre os indivíduos e, principalmente, qual era o papel do magistrado para a efetivação dos direitos trabalhistas.

## 2.5 Primeira geração de direitos humanos

---

<sup>53</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 183.

<sup>54</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 67.

<sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 564

A doutrina usa para posicionar os direitos humanos na perspectiva das dimensões de direitos e estabelecer uma classificação didática a fim de identificar o aparecimento dos principais direitos do homem ao longo da história.

Na verdade, a primeira sistematização surgida acerca dos direitos fundamentais foi feita sob o epíteto de “gerações” por *Karel Vazak*, em 1979, na aula inaugural que realizou em Estrasburgo, no Instituto Internacional dos direitos do Homem. O estudioso que ganhou grande notoriedade ao divulgar essa sistematização foi Norberto Bobbio<sup>56</sup>.

Ressalte-se que tal classificação dos direitos humanos em gerações não traz em si a idéia de uma geração de direitos excluir a anterior, pelo contrário, a geração seguinte vem para ampliar o rol de direitos da anterior. As gerações de direitos humanos vão se aglutinando e não se sucedendo, pois ainda que alguns direitos estejam acentuadamente presentes em determinado paradigma de Estado, outros direitos característicos de todas as gerações são encontrados, ainda que em grau menor, em todos os tipos de Estados; daí a preferência doutrinária por “dimensões de direitos”.

O que se busca ao estudar as gerações de direitos humanos é demonstrar que elas estão direta e intrinsecamente ligadas ao desenvolvimento dos três paradigmas de Estado de direito. Curioso notar que há a presença acentuada de direitos humanos de primeira geração no Estado liberal de direito, de direitos de segunda geração no Estado social de direito e de direitos humanos de terceira geração no contexto de crise do Estado social.

Assim, ao estudar os direitos humanos de primeira geração, notamos que correspondem aos direitos de liberdade, têm como ator principal o indivíduo e a vertente assumida pelo Estado de direito é a liberal<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 57.

<sup>57</sup> LENZA, Pedro. As transformações do Estado e a multiplicação dos direitos. In *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 28.

Bonavides diz que o “gênio político francês”, através da Revolução do século XVIII e, consequentemente, da Declaração dos direitos do Homem, “profetizou a seqüência histórica gradativa de sua institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade”<sup>58</sup>.

Fazendo-se uma analogia aos três ideais declarados na *Revolução Francesa*, de 1789, os direitos de primeira dimensão seriam os direitos de liberdade; na segunda dimensão estariam os direitos de igualdade; e na terceira dimensão encontraríamos os direitos de fraternidade.

Outros documentos históricos constituem marco da caracterização e institucionalização dos direitos de primeira geração, todos marcadamente elegendo a liberdade como valor principal. São eles, dentre outros:

- a) Magna Carta de 1215, assinada pelo rei João ‘sem terra’; b) Paz de Westfália, em 1648; c) *Habeas Corpus Act*, de 1697; d) *Bill of Rights*, de 1688; e) Declaração Americana, de 1776<sup>59</sup>.

Como dito, a primeira geração de direitos pode ser identificada como direitos de liberdade, civis e políticos. Surgiram num progressivo movimento de constitucionalização dos direitos inseridos nas Cartas constitucionais de diferentes Estados, nos fins do século XVIII, permanecendo e se difundindo nos séculos que se seguiram.

As principais características dessa dimensão de direitos são o enaltecimento do individualismo e a oposição à atuação do Estado. Segundo Hesse, “os direitos fundamentais almejam a criação e manutenção dos pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 19.ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 562.

<sup>59</sup> LENZA, Pedro. As transformações do Estado e a multiplicação dos direitos. In *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

<sup>60</sup> BONAVIDES, op.cit., p. 561.

Essa primeira dimensão de direitos guarda duplo viés. Enseja uma postura negativa do Estado ao criar uma obrigação de não fazer ou abster-se da prática de atos que impeçam o exercício livre dos direitos civis e políticos, o que se refere, portanto, a não legislar e praticar atos contrários a este direito. A postura positiva exigida é no sentido de uma ação do Estado para viabilizar e proporcionar a todos o exercício de direitos mediante políticas públicas.

Ainda Bonavides, referindo-se a Carl Schmitt, acerca dos direitos fundamentais mesmo sem vinculá-los à concepção de Estado liberal de direito, define-os como absolutos e que somente podem “ser relativizados de forma excepcional dentro dos critérios da lei. Assim retrata com exatidão o caráter dos direitos de primeira geração, ou seja, direitos do homem livre e isolado, que os possui em face do Estado”<sup>61</sup>.

Os direitos de primeira geração são formalizados também pela distinção entre o público e o privado na medida em que impõem uma “internalidade” constituída pelo espaço intocável de atuação do indivíduo. Mas também uma “externalidade” diante da característica de se dirigirem ao Estado, a ele impondo limites e exigindo seu respeito pelas liberdades negativas do sujeito de direitos<sup>62</sup>.

Realmente os direitos fundamentais no contexto do Estado liberal de direito são nitidamente de oposição. São direitos contra esse Estado que ocupa um lugar passivo e cujo poder deve ser limitado em salvaguarda da liberdade dos indivíduos.

José Carlos Vieira de Andrade assim delinea esse momento:

Nessa época em que o Estado era concebido isoladamente no espaço social e político, e a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria e obedecendo, por isso, respectivamente, ao direito privado, ou ao direito

---

<sup>61</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 561.

<sup>62</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 91.



público, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado<sup>63</sup>.

Em relação ao sujeito de direito havia uma relação de pura igualdade, outro pilar típico do Estado liberal. Mas essa igualdade era perante a lei e sem qualquer pretensão de o ser na esfera substancial, ou seja, limitava-se ao âmbito formal.

Segundo Fachin e Ruzyk, ainda que a igualdade se esgotasse em uma dimensão formal, ela era a “proclamação discursiva que constituiu avanço inegável em relação à divisão estamental vigente durante o medievo e, mesmo no início da modernidade, não era mais apta a produzir igualdade fática por si só”<sup>64</sup>.

A igualdade substancial seria brevemente buscada ao se constatar a inaptidão do Estado liberal de direito de reger a sociedade e seus problemas, caso mantivesse seus elementos caracterizadores imutáveis. No âmbito jurídico, principalmente, começou-se a buscar uma posição mais ativa do Estado para que a igualdade fosse substancialmente realizada.

De fato, a igualdade sob o foco de seu conteúdo material e seu valor axiológico passou a ser demandada em detrimento de sua existência apenas formal. Os indivíduos são iguais perante a lei? Essa máxima passou a expressar uma mera formalidade, pois o sujeito começou a perceber que tinha características peculiares que o diferiam do outro e era nesse aspecto que a igualdade deveria ser buscada.

Notadamente nas incipientes relações trabalhistas, o princípio da igualdade começou a ser entendido como fundamento da dignidade humana. Em momento posterior isso implica a

---

<sup>63</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 239.

<sup>64</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 91.

proibição de qualquer tratamento discriminatório, porque aos indivíduos seriam garantidos direitos iguais e com os mecanismos necessários para sua efetivação.

Assim, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes:

Logo se iria verificar, contudo, que essa espécie de igualdade, exclusivamente formal, era insuficiente para atingir o fim desejado, isto é, não privilegiar nem discriminar, uma vez que as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas<sup>65</sup>.

Em síntese, no Estado liberal de direito a explicitação de sua conjuntura nos contratos de trabalho se dá pela prevalência do direito privado e dos princípios da liberdade e da igualdade. O contrato é encarado erroneamente como fenômeno economicamente neutro gerando, na verdade, uma falta de liberdade.

Essa inversão é assim explicada por Ubillos:

Isto acontece quando, de um lado, uma das partes não tem outra alternativa senão aceitar uma proposta ou condições unilateralmente. É evidente, por exemplo, que o estado de dependência econômica do assalariado o obrigaria muitas vezes a aceitar as condições impostas por seu empregador no contrato individual de trabalho. Nesses casos, a desigualdade se converte em falta de liberdade<sup>66</sup>.

Dessa forma, a necessidade da igualdade substancial e da criação de uma liberdade real que não escravizasse sob o signo de libertar pressupunha a negação da concepção tradicional

<sup>65</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 120.

<sup>66</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 303. (Tradução livre nossa: Esto sucede cuando, de hecho, una de las partes no tiene más alternativa que aceptar una propuesta o unas condiciones dictadas unilateralmente. Es evidente, por ejemplo, que el estado de dependencia económica del assalariado le obligaría muchas veces a aceptar las condiciones impuestas por el empleador en el contrato individual de trabajo. En estos casos, la desigualdad se convierte en falta de libertad).

do Estado liberal. Inicia-se uma nova fase na história denominada de Estado social de direito, que será estudada no segundo capítulo.

## ***2.6 O surgimento de normas trabalhistas***

O direito do trabalho é um ramo especializado do direito e, tradicionalmente, regula a relação de emprego e os conflitos dela decorrentes. Busca a proteção da parte *hipossuficiente* - o trabalhador - que cede sua força de trabalho em troca de verba alimentar. Assim as normas trabalhistas carregam em si o nobre objetivo de distribuição de renda e justiça social.

Mas esse ramo institucionalizado não nasceu assim. Trata-se de uma especialidade construída pouco a pouco e em consequência inicial e direta da união dos trabalhadores oprimidos nas grandes indústrias e por influência dos ideais iluministas.

De fato, esses dois fatores são considerados principais para o surgimento de uma rala normatividade trabalhista. Rala porque visava primordialmente conter os abusos perpetrados contra crianças e mulheres nas grandes fábricas e humanizar essas relações de trabalho. As ideias do iluminismo corriam nos corredores das fábricas e permeavam as conversas dos trabalhadores aglutinados (dentre eles, crianças e mulheres, inclusive grávidas) fazendo surgir um sentimento de classe.

Com a Revolução Industrial a máquina reduz o esforço humano despendido na produção e possibilita a utilização “das meias-forças dóceis”, generalizando o emprego de mulheres e menores e suprimindo o trabalho dos homens. Essas “meias-forças dóceis” não estavam aptas a reivindicar e eram submetidas a salários miseráveis, jornadas desgastantes e ambientes insalubres. Nesse contexto, a doutrina marxista também permitiu o despertar da consciência coletiva dos operários e a percepção de sua força. A questão social, em momento posterior, passa a ser preocupação do Poder Público, pressionado pela massa trabalhadora que

agia com violência e também pela Igreja (Encíclica *Rerum Novarum de Leão XIII*, dentre outras)<sup>67</sup>.

A industrialização pode ser compreendida como modificações sofridas na sociedade pela entrada da máquina no processo produtivo econômico. Suas consequências foram a *produção em larga escala* e a *concentração do elemento humano*<sup>68</sup> na grande estrutura empresarial até então dispersa nos núcleos artesanais.

Essa reunião dos operários propiciou a vivência de experiências comuns, tais como exploração, extenuação, péssimas condições de trabalho e baixas retribuições. Como dito, nasce o sentimento de classe entre os operários e conseqüentemente ações organizadas em oposição aos patrões.

Não há dúvida de que as normas incipientes do trabalho surgem como resposta do próprio capitalismo às reivindicações dos trabalhadores. Mas, antes de tudo, tais normas consistem em estratégia pensada *pelos* e vantajosa *para* os próprios capitalistas, como manutenção do sistema econômico que se consolidava: o capitalismo.

As normas trabalhistas são produto do capitalismo e se desenvolveram atadas à evolução histórica desse sistema. Porém, o direito do trabalho também serve ao capitalismo na medida em que retifica suas distorções econômico-sociais. Ademais, civiliza as relações civis, especialmente a relação de trabalho, ao fixar barreiras às formas mais perversas de utilização da mão-de-obra pela economia<sup>69</sup>.

Jorge Luiz Souto Maior destaca o surgimento do direito do trabalho do seio da Revolução Industrial e sua importância para o capitalismo.

Dessas reações advêm algumas leis de cunho trabalhista [...] Mas mais importante do que enumerar as diversas leis trabalhistas que surgiram nesse

---

<sup>67</sup> BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 60.

<sup>68</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 24.

<sup>69</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7.ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 81.

momento, é acentuar que a reação dos trabalhadores somente foi possível por causa de uma elevada produção intelectual, de cunho socialista, que os conclamou a se unirem e a lutar por um mundo melhor – fato inédito na história da humanidade-, sendo de ressaltar, por outro lado, que várias construções doutrinárias sustentavam o capitalismo e as regras livres de seu jogo. O direito do trabalho surge, portanto, mais como fruto de uma luta de ideias do que de uma reação instintiva dos trabalhadores pela sobrevivência, podendo-se destacar, também, que o resultado dessa luta, ou seja, a regulação das relações de trabalho, em certa medida, foi uma conquista, mas, em outra, uma reação do próprio capital como tática de sobrevivência. Nesse sentido, o Estado-Providência foi uma criação do próprio capitalismo<sup>70</sup>.

Ressalte-se que, como enfatizado, com a Revolução Francesa há a quebra do antigo regime absolutista e a permissão para o surgimento do capitalismo. Forma-se entre os pensadores os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, desencadeando uma nova ordem política e social<sup>71</sup>.

Javillier descreve o rompimento propiciado pela Revolução Francesa de 1789 com o antigo regime e a inauguração de uma nova fase:

A Revolução de 1789 veio romper com a ordem antiga. A liberdade do trabalho, do comércio e da indústria é proclamada. Doravante, a faculdade de trabalhar tornar-se um dos primeiros direitos do homem, <a primeira propriedade, a mais sagrada, a mais imprescritível>. As corporações são riscadas da carta institucional. É assim o primado do individual e o reino do liberalismo econômico<sup>72</sup>.

A aceleração do desmoronamento do regime anterior se dá com o Edito de Turgot, de 1776, que extingue quase todas as corporações (restando apenas algumas pelo forte poder de pressão que exerciam), e pela Lei Chapelier, de 1791, que as extingue definitivamente.

---

<sup>70</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 59-60.

<sup>71</sup> MAIOR, op.cit., p. 46.

<sup>72</sup> JAVILLIER, Jean-Claude. *Manuel Droit du Travail*. 5.ed. Paris: L.G.D.J, 1996, p. 20. (Tradução livre nossa).

Para Alice Monteiro de Barros, essas leis apresentam duplo aspecto: um positivo de propiciarem a liberdade de trabalho; outro negativo por vedarem as associações ao impedir a existência de qualquer órgão entre indivíduo e Estado<sup>73</sup>.

Assiste razão, sendo confirmado por Javillier:

O individualismo jurídico foi formulado pela lei de 14-17 de junho de 1791 (A lei Chapelier): é a <aniquilação de todas as espécies de corporações do mesmo termo ou profissão> a negação de um interesse profissional entre cidadãos de uma mesma profissão (art.2)<sup>74</sup>.

Ao mesmo tempo em que o capitalismo permite o surgimento da classe operária, a organização e proteção do trabalho permitem o desenvolvimento do capitalismo. O fenômeno econômico não caminha sem o social e vice-versa, eles desenvolvem uma relação recíproca de causa e efeito.

O ramo trabalhista do direito surge pela insurgência contra os princípios liberais na busca de modificação de seus alicerces, mas o intervencionismo estatal também se encontra na tentativa de acalmar essa massa reivindicatória dos trabalhadores, propiciada pelo surgimento da consciência coletiva e pelo sentimento de solidariedade entre os operários.

No que atine ao Brasil, a centelha propiciadora do surgimento do direito do trabalho se encontra em 1888 quando da extinção da escravidão pela Lei Áurea. Antes desse momento havia de forma predominante o trabalho escravo e lavradores.

Nesse período ainda não há um direito do trabalho propriamente dito, mas os trabalhadores já começam a tomar consciência das suas frágeis condições de trabalho, a

---

<sup>73</sup> BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 57.

<sup>74</sup> JAVILLIER, Jean-Claude. *Manuel Droit du Travail*. 5.ed. Paris: L.G.D.J, 1996, p. 20. (Tradução livre nossa: L'individualisme juridique est formulé par la loi dès 14-17 juin 1791 (Le Chapelier): c'est <l'anéantissement de toutes espèces de corporations de même état ou profession> la négation d'un intérêt professionnel entre citoyens d'une même profession (art. 2.)).

exemplo e em consequencia do desenvolvimento de normas de proteção do trabalho no Ocidente.

A política vigente do liberalismo e a ideologia do individualismo exercem a hegemonia na sociedade capitalista desse período. Permitiam pouca penetração ou a quase abstenção estatal no que se refere à elaboração de leis ou intervenção no mercado de trabalho.

As poucas normas trabalhistas buscaram no direito privado a fundamentação das relações entre o trabalhador e o empregador. Utilizavam o contrato como instrumento jurídico e o inseriam numa operação econômica pela qual a figura do trabalhador só tinha relevância na sua qualidade de sujeito titular dotado de valor econômico<sup>75</sup>.

Nesse contexto a relação de emprego só se apresenta de forma relevante no segmento agrícola cafeeiro avançado de São Paulo e na emergente industrialização na capital paulista e no Rio de Janeiro. Ainda que o movimento dos trabalhadores não tivesse forte expressão e capacidade de reivindicação, surgem alguns diplomas normativos voltados primordialmente para esses setores em desenvolvimento<sup>76</sup>.

Portanto, percebe-se que no Brasil, a exemplo dos países ocidentais, as normas trabalhistas surgem em resposta às espaçadas reivindicações da massa de trabalhadores, mas também como mecanismo de sustentação da sociedade industrial que germinava.

No que se refere à prestação do trabalho, esta também seguindo a tendência da conjuntura histórica da sociedade naquele período era acordada por contratos que refletiam a nítida matriz teórica liberalista.

De fato, a um contrato concebido sob os cânones do liberalismo não importava a idéia de justiça, bastando que se adequasse “às regras de funcionamento da economia e do

---

<sup>75</sup> GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 155.

<sup>76</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 106-107.

mercado”. A idéia de “justo preço” tão cara ao período medieval parecia inconcebível para o “pensamento liberal”. Ainda que a injustiça substantiva fosse flagrante, se o contrato estivesse em conformidade com as regras do “jogo formal” (jogo liberal) seria válido<sup>77</sup>.

## 2.7 *Mudança na jurisdição e no papel do juiz*

A mudança na jurisdição e no papel desempenhado pelo juiz acompanha a mesma lógica das transformações no contexto geral de passagem do absolutismo monárquico para o liberalismo. O direito passa a se submeter à lei e ao princípio da legalidade, que passam a ser os únicos fundamentos de legitimação para atuação do intérprete e do aplicador do direito.

Ferrajoli explica que a mudança se atém muito mais à forma do que ao conteúdo da experiência jurídica, pois o que muda é o título de legitimação. Antes era a autoridade dos doutores e agora passa a ser a autoridade da fonte de produção normativa. Acrescenta ainda:

Precisamente, o feito de que a lei seja preestabelecida convencionalmente por uma autoridade, segunda uma fórmula hobbesiana, serve, em efeito, para transformar o juízo em verificador do que foi preestabelecido pela lei. E serve, pois, para dar fundamento a todo o complexo de garantias: desde a certeza do direito à igualdade perante a lei e a liberdade frente a arbitrariedade, da independência do juiz à carga de prova para acusação e aos direitos de defesa.<sup>78</sup>.

No que se refere ao campo da hermenêutica jurídica surge a Escola da Exegese, cujas bases traduziam o ideal positivista. Essa Escola defendia a “perfeita identidade entre texto

<sup>77</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação Civil Pública, o direito social e os princípios. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Édis Milaré (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 297.

<sup>78</sup> FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del Estado de derecho. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 16. (Tradução livre nossa: Precisamente, el hecho de que la ley sea preestablecida convencionalmente por una autoridad, según la fórmula hobbesiana, sirve, en efecto, para transformar el juicio en verificación de lo que ha sido preestablecido por la ley. Y sirve, pues, para dar fundamento a todo el complejo de garantías: desde la certeza del Derecho a la igualdad ante la ley y la libertad frente a la arbitrariedad, de la independencia del juez a la carga de la prueba para la acusación y a los derechos de la defensa).



legal e a norma”. Assim, caberia ao intérprete uma atividade dogmática de buscar a vontade da lei no caso de alguma obscuridade, pois caso a lei fosse clara bastaria ater-se ao método gramatical ou literal e fixar-se no exato sentido das palavras. O magistrado era a boca da lei (*la bouche de la loi*)<sup>79</sup>.

No desenvolvimento de seu papel, o magistrado deveria apresentar neutralidade e não deveria se preocupar com valores esculpidos na sociedade. Sua atividade impunha que ficasse alheio às mudanças político-estruturais e às particularidades de cada caso submetido ao seu julgamento.

Na verdade tratava-se de uma confusão entre imparcialidade e neutralidade do juiz. Sob a pecha de neutralidade o que se conseguia era a manutenção do *status quo*, que naquele contexto significava a permanência e salvaguarda dos interesses da classe burguesa recém-chegada ao poder.

Marinoni<sup>80</sup> chama de “não-elogiável a intenção de afastar do Poder Judiciário algo que é fundamental para a aplicação da justiça ao caso concreto”, pois não é possível ao juiz ou ao processo a neutralidade.

A ideologia liberal e individualista torna o jurista um “simples técnico”, na medida em que transforma sua atividade em “meramente cognitiva (e não prático-valorativa)”, através dos métodos lógico-formais, o que acaba tirando qualquer responsabilidade política de sua atuação<sup>81</sup>.

Portanto, no que se refere à atuação jurisdicional o dogma da igualdade de todos perante a lei apresenta graves deficiências quanto à efetivação de direitos. Além disso, o

---

<sup>79</sup> PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. *Revista do Tribunal Regional da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, jan/jun. 2006, p. 94.

<sup>80</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 66.

<sup>81</sup> NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 23.

respeito à dignidade humana ficava de lado, porque os cânones do liberalismo acabavam por impedir o magistrado de oferecer tratamento diverso às diferentes situações concretas e para indivíduos de diferentes posições sociais.

De fato, Eugênio Facchini Neto explica brilhantemente o que chama de “verdadeira armadilha ideológica”:

O Juiz pode afastar sua responsabilidade diante da decisão por ele dada ao caso concreto, pois tal solução não seria fruto de sua vontade, já que ele simplesmente estaria aplicando a solução preestabelecida pelo ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico, assim, funciona de forma supostamente neutra e asséptica, não buscando atingir ninguém em particular<sup>82</sup>.

Ademais, Freire Pimenta e Lorena Porto advertem que o irrestrito elogio aos princípios da legalidade e da igualdade (formal), ainda que tenha permitido romper com resquícios de privilégios medievais, ignora as diferenças reais existentes entre os cidadãos e gera discriminações, uma vez que iguala os desiguais. Ainda, acrescentam:

Se discriminações e injustiças existiam na Idade Média, por força da lei, elas também se fizeram presentes no Estado liberal de direito, pelas deliberadas abstenções da lei e limitação de sua força cogente, com a finalidade declarada de manter o Estado de então neutro e impassível diante das intoleráveis desigualdades reais<sup>83</sup>.

Tais constatações com relação à igualdade formal põem em xeque o ordenamento jurídico liberal, com seus contornos jurídicos marcadamente positivistas, que concebe o

---

<sup>82</sup> NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 23.

<sup>83</sup> PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. *Revista do Tribunal Regional da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, jan/jun. 2006, p. 98.

Estado como instituição dotada de neutralidade no que diz respeito aos valores e mudanças e desinteressado na efetivação dos direitos por ele próprio editados<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 205.

### **3 ESTADO SOCIAL DE DIREITO**

#### **3.1 Mudanças filosóficas, sociais e econômico-políticas**

No capítulo anterior vimos a transformação do Antigo Regime em Estado Moderno. Essa mudança ocorreu amparada basicamente em dois fatores. As ideias iluministas oriundas da Europa Continental e a superação do feudalismo como sistema econômico e produtivo pela economia de mercado. Dessas mudanças advieram consequências para a ciência jurídica, para o direito do trabalho, para os direitos humanos, dentre outras, como visto.

As monarquias absolutas impunham restrições à dignidade e liberdade dos indivíduos. O Antigo Regime perdurou até o século iluminista quando houve o deslocamento do centro do poder da figura do rei para a soberania do povo. Ainda que a soberania efetivamente tenha existido, foi somente pelo aspecto formal tendo em vista a concentração do poder nas mãos da burguesia, deixando de lado o proletariado.

Essas transformações sociais foram propiciadas notadamente pelas revoluções burguesas. As revoltas albergavam princípios como os da separação de poderes, da legalidade e da ideologia do jusnaturalismo e permitiram a configuração do liberalismo-formalista.

A filosofia preponderante era a do jusnaturalismo veiculada pelas obras de Montesquieu, Rousseau, Locke e Hobbes.

A economia se baseava na liberdade de mercado e foi propugnada pela teoria da "mão invisível" de Adam Smith e seus seguidores.

A política correspondia também ao paradigma do Estado liberal e se expressava pelo denominado Estado-mínimo, instrumento de implementação dos interesses da classe burguesa recém-chegada ao poder.

Porém, a burguesia se apresentou anacrônica, na medida em que se fundamentou no aparato do Estado liberal-democrático. Esse modelo de Estado enclausurava a sua própria contradição: a de conciliar duas visões de mundo inconciliáveis: o liberalismo e a democracia.

Ademais, no campo filosófico das ideologias vigentes, era nítida a incompatibilidade entre as teorias do Estado robusto de Rousseau e do Estado mínimo de Montesquieu. Durante todo o período áureo do liberalismo permaneceram as bases desenvolvidas pelo pensador francês, influenciado, inegavelmente, por Locke.

Já o Estado social tem como principal característica a intervenção do Estado na atividade econômica e na vida social e tem sua origem a partir da implantação do *Welfare State*.

O Estado de Bem-Estar Social nasce da crise profunda pela qual passou o Estado liberal e seu modelo de economia capitalista de mercado. Tal crise é oriunda da grande depressão, ocorrida entre 1929 e 1933, que gerou significativas mudanças nas esferas econômica, política e social.

A recém iniciada tentativa das economias capitalistas de se reerguerem tem seu curso interrompido pela eclosão da II Guerra Mundial. Esta foi propiciada fortemente pela disputa acirrada pelo poder político em nível internacional encetada pelos Estados nacionais da Europa.

Surge uma séria questão nos debates teóricos da época acerca do papel do Estado nas economias capitalistas. As políticas econômicas de viés liberal fundamentadas no *laissez faire* e na livre economia de mercado já não funcionavam tão bem. Tais políticas não eram mais aptas a permitir o “desenvolvimento do processo econômico, tampouco davam conta dos objetivos macroeconômicos de crescimento estável”<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> LEAL, Suely Maria Ribeiro. *A outra face da crise do Estado do Bem-Estar Social: neoliberalismo e os novos movimentos da sociedade do trabalho*. Caderno de pesquisa, Campinas: Unicamp, n. 13, 1990, p. 8.

Nesse contexto toma força a concepção teórica de John Maynard Keynes, sobre o Estado e a economia política, que se posiciona como algo entre o liberalismo e o socialismo de mercado. É a semente que fez germinar o *Welfare State*.

Não obstante a II Guerra Mundial seja considerada o marco que permitiu o desenvolvimento do Estado social, uma multiplicidade de fatores contribuiu para a formação desse modelo de gestão estatal. Uma gestão intervencionista na questão socioeconômica e aberta à participação popular no poder político.

Alguns fatores impulsionaram o deslinde do Estado liberal em Estado social, “de ordem filosófica, sociológica, jurídico-dogmática e hermenêutica”<sup>86</sup>:

As mudanças filosóficas se devem principalmente à introdução das ideias de Marx e Engels na sociedade. Esses teóricos chamavam os trabalhadores para lutarem por maior participação política.

Sociológicas são as mudanças ligadas à qualidade dos direitos que eram defendidos para os cidadãos. Os indivíduos não se conformam mais com a mera igualdade formal, pois essa propiciava direitos apenas para pequena parte da população.

No aspecto jurídico-dogmático a percepção das diferenças entre os indivíduos e da existência de uma multiplicidade de direitos com consequências diversas gera o desenvolvimento dos direitos fundamentais e da personalidade e a busca de sua efetivação. Nesse momento há o alargamento do rol dos direitos trabalhistas. Também surgem os direitos de segunda geração.

No campo da hermenêutica ocorre o fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais. As Constituições passam a condicionar a validade do ordenamento legal e das relações privadas ao atendimento de seus preceitos.

---

<sup>86</sup> COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 70.

O Estado social é fruto da reivindicação das massas e também é fruto do medo da revolução. É ao mesmo tempo um Estado que recua, transige e promove benefícios aos trabalhadores. Ele confere direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, etc<sup>87</sup>.

Em síntese, os princípios formulados a partir da Revolução Francesa precisavam ser revisitados, na medida em que o liberalismo puro e tradicional mostrava-se demasiadamente opressor da grande massa. Não obstante houvesse rompido com o Estado absolutista, agora também apresentava deficiências. Indiscutivelmente, o Estado liberal avançou acerca do respeito à personalidade humana e às liberdades fundamentais, já que as tornou juridicamente intangíveis. Ademais, foi o responsável pelo desenvolvimento industrial nos fins do século XVIII e no século XIX e representou uma arma contra o Estado totalitário. Porém, O Estado liberal necessitava de tons mais justos e humanos.

### ***3.1.1 Estrutura filosófica***

Ainda que as ideias de Rousseau, Locke e Montesquieu não fossem mais suficientes para explicar o Estado novo que se delineava, não se pode negar que referidas ideias representaram o rompimento com o período medieval. Sem esse rompimento ficaria demasiadamente difícil para sociólogos como Marx e Engels disseminarem as ideias que ajudariam na consolidação do Estado social.

De fato, Rousseau representou a superação do Estado medieval e serviu de incentivo para o movimento de emancipação contra o capitalismo liberal extremado do século XX.

Através do *Manifesto Comunista*, célebre obra de Marx e Engels gerada pela inquietude e profunda reflexão crítica de seus autores espantados com o homem escravizado, é

---

<sup>87</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 186.

lançada a semente das transformações políticas que socialistas utópicos e marxistas buscariam incessantemente em tempos de Estado social<sup>88</sup>.

Marx em *O Capital* afirma convictamente que os males sociais são oriundos, mais do que de qualquer outra coisa, de fatores econômicos:

Minha pesquisa chega à conclusão de que as relações jurídicas, bem como as formas de Estado não podem ser explicadas por si mesmas nem através da chamada evolução geral do espírito humano, senão que deitam suas raízes nas relações materiais da vida, cuja totalidade Hegel, à maneira dos ingleses e franceses do século XVIII, compendiou sob a denominação de “sociedade burguesa”, devendo-se, porém, buscar na economia política a anatomia dessa sociedade<sup>89</sup>.

A doutrina do Estado social se vale do marxismo na medida em que Marx analisa as disparidades do sistema capitalista e prega a reforma do capitalismo. Ele condena as mazelas do capitalismo e lança a irrevogável necessidade de sua reforma, ou até mesmo, de sua superação.

O marxismo se constrói em meio a aguda crise que separa o trabalho do capital, quando o capitalismo acreditava cegamente no liberalismo, que o favorecia, legitimava-lhe as pretensões iníquas e acalmava a consciência de seus agentes, do mesmo passo que a classe operária dispunha da violência como sua única arma de defesa<sup>90</sup>.

Marx convoca os trabalhadores para uma tomada de posição com o mote de conquistar o poder mediante a força. Seria a ação de *uma classe* contra o poder político burguês para colocar fim à *sociedade de classes*, esta entendida do ponto de vista das desigualdades que produz.

---

<sup>88</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. Publicado pelo Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2003.

<sup>89</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 192.

<sup>90</sup> BONAVIDES, op.cit., p. 196.



O que Marx proporcionou com seu *Manifesto Comunista* foi uma reação por parte dos trabalhadores. Estes se sentindo fortalecidos usaram a subversão violenta como mecanismo revolucionário de rompimento com os privilégios burgueses, conseguindo intimidá-los e obrigá-los a ceder, proporcionando aos trabalhadores alguns benefícios sociais.

A adesão de Marx à violência se acha, pois, historicamente legitimada, e é porventura duvidoso afirmar que sem o apelo à crise social, houvéssemos jamais chegado às concessões feitas, a esse fecundo amadurecimento de consciência, que leva o mundo contemporâneo a tutelar, como verdade indestrutível, alguns postulados de justiça social<sup>91</sup>.

Nessa passagem histórica, não há o desaparecimento do Estado liberal propriamente dito, porém, atemorizado pelas pressões e reivindicações sociais e influenciado pela ideologia marxista, ele se transforma no Estado social.

O Estado social surge do rompimento com o Estado liberal. É um novo modelo que rompe os laços com o contraditório binômio da *igualdade política formal e restrita e desigualdade social da maioria*. Em seu lugar, tenta implementar a igualdade substancial.

O Estado social não se confunde com o socialismo, mas sem dúvida a ideologia deste interfere e propicia diretamente o surgimento e fortalecimento daquele. Ressalte-se que o socialismo aqui é entendido de forma ampla, indo desde o socialismo utópico ao científico, este fundamentado no marxismo.

Apenas influenciado pelas ideologias do socialismo o Estado que surge é voltado para o social, intervém na questão social e efetiva direitos. É um Estado mediador entre o capital e o trabalho e não nega o capitalismo, como pretende o socialismo puro.

O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e

---

<sup>91</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 198.

diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardinal a que não renuncia<sup>92</sup>.

Social é um Estado que se consolida pelo reconhecimento de direitos ao proletariado, notadamente direitos políticos. A concessão desses direitos é que vai permitir a penetração popular no poder e a realização de mudanças sociais.

### ***3.1.2 A sociologia do pós-positivismo os teóricos do marxismo***

Seguindo a mesma metodologia utilizada no primeiro capítulo, passaremos agora ao exame das principais ideias da sociologia fundada no marxismo, tendo em vista ser a teoria sociológica preponderante no Estado social.

Os filósofos do Estado social voltam seus esforços para o estudo do pensamento filosófico levando em conta o seu condicionamento histórico e social. Assim, mostram uma nítida superação das ideias iluministas e positivistas que defendiam a neutralidade e a objetividade do direito.

É de grande valia entender a linha de pensamento desses principais teóricos, pois significa compreender a transformação filosófico-sociológica quando da passagem do Estado liberal para o Estado social. Os teóricos do marxismo conferem ampla importância ao proletariado e à luta de classes e buscam a superação da sociologia do conhecimento típica do Estado liberal.

Os teóricos do marxismo defendem a subversão do sistema capitalista. Não obstante não tenham alcançado seu objetivo, suas ideias deram importante contribuição à sociologia, em virtude da relevância atribuída à classe operária.

---

<sup>92</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 205.

Curioso notar que até mesmo no contexto do nascente Estado social a sociologia do conhecimento ainda tem a postura de uma ciência da sociedade objetiva e sem vínculos sociais. Somente em momento posterior que ela vai assumir como é importante para a ciência social conhecer o ponto de vista do proletariado.

Na realização da Segunda Internacional<sup>93</sup>, tanto o marxismo quanto o positivismo eram ideologias presentes. De fato, a ideologia positivista acabou por penetrar na doutrina do movimento operário socialista à época da Segunda Internacional. Nesta organização, chegou-se a constatar a existência de concepções acerca do marxismo com uma teoria puramente científica, livre de ideologias.

Nesse período de comunhão de ideias adversas, a corrente da esquerda revolucionária de Rosa Luxemburgo escaparia da influência positivista. Ela não acreditava na pretensão positivista de colocar a ciência acima das classes, afinal a sociedade é composta de classes, interesses e aspirações. Para Rosa, um liberalismo e moral abstratos são pura ilusão e o conhecimento é mais visível pelo ponto de vista do proletariado, enquanto classe revolucionária que é<sup>94</sup>.

Nesse período, Bernstein ocupa um lugar de destaque porque não procura reduzir o marxismo a uma ciência natural da sociedade. Ao contrário, reconhece a oposição entre o marxismo e o positivismo. Para Bernstein, não é possível conhecimento científico puro na concepção do socialismo, pois este é a expressão de uma luta de classes. E o conflito de interesses não pode protagonizar conhecimento científico neutro.

Já o marxismo historicista tem em Lukács, Korsch, Gramsci, Goldmann seus principais precursores. “O termo marxismo historicista designa uma corrente metodológica no

---

<sup>93</sup> A Internacional socialista é uma organização global de partidos sociais democratas, socialistas e trabalhistas. Atualmente congrega em torno de 162 partidos e organizações de todo o mundo. Foi fundada em 1889, pela facção marxista após a cisão da Associação Internacional dos trabalhadores, sendo por isso também chamada de Segunda Internacional. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Internacional\\_socialista](http://pt.wikipedia.org/wiki/Internacional_socialista)>. Acesso em: 12 nov. 2008.

<sup>94</sup> LOWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2003, p.124-126.

seio do pensamento marxista que se distingue pela importância central atribuída à historicidade dos fatos sociais”<sup>95</sup>.

Lukács foi um dos principais representantes dessa corrente. Ele entendia que os limites do conhecimento decorrem da situação objetiva de classes. Apenas as classes que participam do processo de produção (a burguesia e o proletariado) seriam capazes de compreender o movimento da vida social. Sua visão é a de que o conhecimento está diretamente ligado à postura de classe. E o ponto de vista do proletariado é o mais objetivo e cientificamente elevado, pois essa classe é o sujeito e objeto do conhecimento.

Tais autores consideram o método marxista bom por ter o ponto de vista do proletariado como base. O ponto de vista dessa classe não é a consciência empírica de seus membros, e sim o sentido tornado consciente da situação histórica da classe.

Após a Primeira Grande Guerra surge Lucien Goldmann para quem a base para a formação de uma nova sociologia do conhecimento era encontrar um fato social que se relacionasse com os interesses de cada grupo social. E nas ciências humanas Goldmann prega o proletariado como classe universal.

Barroso explica o *materialismo histórico* que Marx articula ao desenvolver o conceito essencial à sua teoria:

O materialismo histórico assentou que as crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais dependiam da posição social do indivíduo, das relações de produção e de trabalho, na forma como estas se constituem em cada fase da história econômica<sup>96</sup>.

Por fim, o marxismo racionalista da Escola de Frankfurt, com sua Teoria Crítica é particularmente radical na recusa da doutrina positivista de uma ciência social "sem

---

<sup>95</sup> LOWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 127.

<sup>96</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 307.

pressuposições", "livre de julgamentos de valor" ou "axiologicamente neutra", que pretendesse se limitar à coleta e classificação de fatos puramente empíricos, como se a seleção dos fatos e sua reconstrução teórica não implicasse necessariamente certas pressuposições a certa orientação<sup>97</sup>.

A Teoria Crítica da Escola de Frankfurt abarca um movimento de franca e aberta crítica à ciência jurídica tradicional, no que se refere à sua busca por neutralidade, objetividade, cientificidade, etc. Pelo contrário, fundava-se na nova premissa de que o direito não está dissociado da atuação dos sujeitos sociais, sejam eles legislador, juiz, juristas.

A teoria crítica, portanto, enfatiza o caráter ideológico do direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder. O direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe<sup>98</sup>.

Seus principais autores foram Horkheimer e Marcuse no curso dos anos 1930 e Adorno, após a Segunda Guerra.

Marcuse entende que a base crítica da Teoria Crítica não é o proletariado, mas sim a essência humana que foi negada e oprimida pelo capitalismo. Assim, essa teoria não estaria vinculada a uma classe social específica, mas a todas as classes que comungassem dos mesmos valores<sup>99</sup>.

Outro traço fundamental da apropriação de Marx por Marcuse refere-se à perspectiva de transformação social para a realização histórica da emancipação do homem como diretriz do trabalho do pensamento. Tomando distância da perspectiva positivista que afirma a neutralidade de uma teoria social “científica” que se limita a descrever aquilo que é e a investigar as relações de causalidade que lhe são subjacentes, a perspectiva marxiana parte

---

<sup>97</sup> LOWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2003, p.145.

<sup>98</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 315.

<sup>99</sup> LOWY, op.cit., p.153-166.

explicitamente de uma orientação de valor, qual seja, o da emancipação do ser humano e da realização histórica da liberdade<sup>100</sup>.

Horkheimer percebia a vocação da classe proletária para o conhecimento da verdade. Porém, acreditava que essa vocação poderia ser dificultada pelas condições históricas. Considerava que o proletariado não constituía uma tomada de consciência correta, na medida em que houvesse confronto entre os interesses pessoais e os da classe. Isso geraria obstáculos para o avanço de uma autêntica consciência de classe<sup>101</sup>.

Já Adorno não concorda com Marcuse e Horkheimer. Adorno não se preocupou com a consciência revolucionária do proletariado e centrou seus estudos na ordem ética e racional como fundamentos da verdadeira consciência.

A principal contribuição a se retirar da pesquisa acerca dos teóricos do marxismo consiste na necessidade de reflexão sobre a relação entre o conhecimento e os pontos de vista de diversas classes. A tendência explicitada em quase todos os autores citados, que abordaram o Estado social, foi de considerar o ponto de vista do proletariado como o mais adequado para a compreensão da sociedade.

Dessa forma, fica claro que o trabalho humano e a união do proletariado têm grande valia nesse período histórico, do Estado social, quando há o rompimento com o positivismo e a valorização da dignidade humana, da solidariedade e da igualdade substancial.

### ***3.1.3 Estrutura econômica e política do Estado social***

Sob o aspecto econômico-político o Estado social tem suas bases nos estudos de John M. Keynes.

---

<sup>100</sup> KLEIN, Stefan Fornos. *Sobre a dominação e a emancipação na teoria crítica de Marcuse*. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas)-Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 17.

<sup>101</sup> LOWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 154.

O Estado keynesiano propiciou modificações profundas tanto no campo econômico quanto no aspecto social. Ele rompe de forma brusca com a política burguesa do Estado liberal anterior e transforma-se em sua antítese.

A sociedade buscava uma igualdade substancial e uma liberdade real que não escravizasse os indivíduos, mas com a finalidade de libertá-los. Para tanto, era necessária a negação da concepção tradicional do Estado liberal. Inicia-se uma nova fase na história, o Estado social de direito.

John Maynard Keynes representou um marco no pensamento econômico e político através de sua principal obra - a *Teoria Geral*-, que propunha veementemente a responsabilização do Estado para a superação da recessão e do desemprego.

Para entender o funcionamento da economia capitalista, Keynes levava em conta os condicionamentos políticos a que estavam submetidas as decisões dos agentes políticos, notadamente, dos *policymakers*<sup>102</sup>.

Além disso, Keynes se preocupava com a clara suposição de o sistema capitalista ser incapaz de gerar demanda apta a promover empregos para parcela expressiva dos trabalhadores.

Os estudos de Keynes e a consagração do *Welfare State* surgem após a grande depressão mundial, quando todos os países entram em consenso acerca das metas e meios de gerenciamento econômico internacional. Tais decisões consensuais viriam a ser tomadas na Conferência de Bretton Woods<sup>103</sup>. Esse acordo surge da aposta no capitalismo intervencionista como forma de conter o caos monetário advindo do período entre guerras e que solaparam a economia internacional.

---

<sup>102</sup> AMADEO, Edward J. *John M. Keynes: cinquenta anos da Teoria geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: IPEA, 1992, p. 2.

<sup>103</sup> Acordo realizado em agosto de 1944 que adotou a convertibilidade das moedas com o padrão dólar-ouro, criando duas entidades de supervisão, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional – FMI.

Esse período da grande depressão que assolou os países no período entre guerras foi chamada por Hobsbawm de a *era da catástrofe*. Segundo Hobsbawm, dos esforços no pós-guerra surge o debate sobre a construção de uma nova ordem econômica, política e social que se baseasse numa ativa atuação estatal e na criação de um padrão de regulação social. Desse debate saem fortalecidas as posições profundamente antiliberais, catalisadas em grande medida pela expressão desse novo Estado que vai se moldando progressivamente<sup>104</sup>.

Gimenez faz referência ao acordo de Bretton Woods como consolidador de uma nova ordem econômica internacional. Essa nova ordem baseia-se no fortalecimento das instituições reguladoras dos mercados nacionais e na ampliação dos esquemas de proteção social na órbita dos Estados<sup>105</sup>.

Assim, foi após a grande depressão que os Estados lançaram uma nova forma de governar ao adotar políticas públicas de pleno emprego, estabilidade e crescimento. Muda-se o papel do Estado na política econômica nacional que toma o viés promocional e garantidor de bem-estar econômico aos seus cidadãos.

Benetti explica de forma sucinta o projeto de Keynes<sup>106</sup>:

a) seu objetivo principal é a elaboração de uma nova teoria que viesse a substituir a teoria ortodoxa da *Mão invisível de Adam Smith*, fornecendo bases racionais para negar o autoequilíbrio e autorregulação dos mercados;

b) oferece mecanismos para evitar flutuações e depressões e, ao contrário das proposições teóricas ortodoxas, suas alternativas têm alcance circunstancial e não de caráter geral e definitivo;

---

<sup>104</sup> GIMENEZ, Denis Maracci. *Políticas de emprego no capitalismo avançado: trajetória no século XX e o significado da ruptura neoliberal*. Dissertação (Mestrado em Economia)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001, p. 28-29.

<sup>105</sup> GIMENEZ, op. cit. 28-29.

<sup>106</sup> BENETTI. *A Teoria Geral 50 anos depois: Keynes e a teoria neokeynesiana contemporânea*. 2.ed. Rio de Janeiro: IPEA, 1992, p. 88.



c) busca analisar a falha essencial da teoria ortodoxa a qual se opõe que, para Keynes, está no tratamento da moeda e da incerteza, ou seja, na concepção errônea dos juros e da incerteza que levava a equivocada impressão de que o mercado é autorregulável;

d) a teoria ortodoxa considera que há um emprego pleno dos fatores, porém a nova teoria de Keynes demonstra que a utilização de fatores é o que é, o que permite tornar a teoria de Keynes uma teoria geral e a teoria ortodoxa uma teoria limitada.

A teoria geral coloca em cheque a *Lei de Say* e a substitui pela Lei de Keynes. Segundo a Lei de Keynes os níveis de emprego e utilização da capacidade dependem dos determinantes da demanda agregada. Em particular da decisão de investir das classes capitalistas e da propensão a consumir a partir das diferentes fontes de renda<sup>107</sup>.

Já pela Lei de Say e em consonância com a teoria ortodoxa de livre regulação do mercado difundida por Adam Smith, o nível do emprego era definido pela oferta e demanda por trabalho e os dois lados eram iguados pelo *salário real*. Ou seja, para essa teoria todos os trabalhadores que quisessem trabalhar estariam trabalhando. No entanto, essa premissa dissociava a Lei de Say do mundo real.

Partindo da análise real de mundo, Keynes analisa a questão sob outro enfoque. Os empresários contratavam trabalhadores para disporem de sua mão-de-obra na produção de bens que seriam vendidos lucrativamente. Contratavam tão-somente o número suficiente de trabalhadores que propiciassem seus objetivos de lucro e não todos os que queriam trabalhar.

Por isso o nível de desemprego é determinado não pela oferta e demanda de trabalho, mas sim pelos custos da produção, incluindo o salário nesse passivo, e pela demanda esperada pelo consumo dos produtos. Essa conclusão foi chamada por Keynes de *princípio da demanda efetiva*. Assim, Keynes propunha o crescimento das funções governamentais como forma de evitar a derrocada do sistema econômico vigente e como pressuposto para o desenvolvimento satisfatório da iniciativa privada.

---

<sup>107</sup> AMADEO, Edward J. *John M. Keynes: cinquenta anos da Teoria geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: IPEA, 1992, p. 5.

Keynes equacionava o problema em um equilíbrio global entre as demandas por crescimento econômico e as exigências de maior igualdade social, contextualizado em um Estado econômica e socialmente ativo<sup>108</sup>.

Vitoria Chick analisa essa crucial diferença entre a teoria da autorregulação do mercado e a teoria de Keynes:

O desemprego causado por uma expectativa de demanda inadequada foi denominado por Keynes de “desemprego involuntário”, para distinguir seu resultado dos resultados das teorias que, por analisarem o emprego apenas segundo o comportamento do mercado de trabalho, necessitam que a oferta de trabalho se iguale à demanda para chegar a um resultado. Tais teorias, portanto, estão restritas às formas de desemprego voluntário que, note-se bem, a teoria keynesiana não exclui. Na teoria keynesiana, o problema é que o trabalhador desempregado não é capaz de insistir em que lhe seja dado um emprego. O desemprego causado por uma demanda deficiente não é apenas não voluntário, mas também precisa ser não temporário. Porém, há situações em que o desemprego persistirá. Este é o *desemprego de equilíbrio*. Para curar o desemprego não basta a redução nominal dos salários, pois seria inútil, seria melhor, ao invés disso, aumentar a demanda<sup>109</sup>.

Ou seja, o que se quer dizer é que não adianta diminuir o valor dos salários nominais, pois os empresários não contratarão mais trabalhadores caso não desejem aumentar a produção. A premissa de que haveria mais contratações se os salários baixassem é errônea. É preciso, por outro lado, aumentar o nível da demanda por produtos. Baixar os salários, nesse caso, tem um efeito reverso sobre a demanda, pois o trabalho é importante fonte de demanda.

Por derradeiro, o keynesiasmo estabelece “um tripé fundamental – Estado/Capital/trabalho”:

<sup>108</sup> ROSANVALLON, P. *La crise de l'état providence*. Paris: Editora. Seuil, 1981, p. 50.

<sup>109</sup> CHICK, Victoria. *A Teoria Geral de Keynes 50 anos depois: o que resta?* 2.ed. Rio de Janeiro: IPEA, 1992, p. 37.

O tripé fundamental Estado/Capital/trabalho permitiria o estabelecimento de uma esfera de negociação triangular, gerando modalidades estruturais novas da luta de classes. Nesse sentido, tornou-se possível estabelecer a combinação entre capitalismo e democracia, através de um compromisso entre capital/trabalho onde, de um lado, os proprietários dos meios de produção “permitem” aos não-proprietários sua organização e a criação de instrumentos políticos que lhes possibilitem exigir seus direitos na repartição dos recursos e na conseqüente distribuição de renda; de outro, os não proprietários dos instrumentos de produção “concordam” com a manutenção da propriedade privada do capital social e com as regras de lucratividade<sup>110</sup>.

A concepção teórica de Keynes foi a *peça-chave* que faltava no *quebra cabeça* que iria formar e consolidar uma nova política econômica. Opondo-se à racionalidade da economia de livre mercado e também às políticas radicais de socialização, Keynes encontra um meio termo.

A proposta elaborada é no sentido de uma socialização mais ampla dos investimentos. Essa socialização seria um meio apto a promover uma situação aproximada de pleno emprego, sem necessariamente implicar na exclusão de ajustes e fórmulas que permitam ao Estado cooperar com a iniciativa privada<sup>111</sup>.

### **3.2 Natureza e estrutura do direito**

O advento do Estado liberal provocou mudanças estruturais no próprio direito pelo enaltecimento extremado do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito positivo. Da mesma forma, quando há a passagem do Estado liberal para o Estado social acontecem novas transformações.

---

<sup>110</sup> LEAL, Suely Maria Ribeiro. *A outra face da crise do Estado do Bem-Estar Social: neoliberalismo e os novos movimentos da sociedade do trabalho*. Caderno de pesquisa, Unicamp-NEPP, n. 13, 1990, p. 10.

<sup>111</sup> BUCI- GLUCKSMANN, C. THERBORN, Goran. *O desafio social democrata*. Lisboa: Dom Quixote, 1983, p. 34.

São mudanças importantes e não menos radicais através das quais a legalidade passou a ser subordinada às Constituições rígidas. Tais mudanças foram hierarquicamente posicionadas em superioridade às leis e passaram a servir como normas de reconhecimento da validade destas.

Nesse contexto, ocorre a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, abrindo caminho para um conjunto mais amplo de reflexões acerca da estrutura do direito, sua função social e sua interpretação<sup>112</sup>.

As condições de validade das leis mudam. As normas que dependiam somente da forma como eram elaboradas para serem válidas, agora precisam apresentar coerência de seus conteúdos com os princípios constitucionais<sup>113</sup>.

Nesse contexto histórico evolutivo é marcante a constitucionalização de direitos sociais, a exemplo das Cartas Constitucionais do México, de 1917, e a Constituição alemã de Weimar, de 1919. Esse movimento de constitucionalização prestigia e dá relevância à igualdade substancial e a dignidade da pessoa humana.

De fato, no Estado social as feições são diferentes da concepção liberal clássica de direito. Elas são welfaristas e criam formas de solidariedade para regular os conflitos. São solidárias nos prejuízos, no sofrimento, no combate à exploração do fraco, etc., e visam à pacificação social<sup>114</sup>.

Nesse sentido, as normas que antes eram válidas por cumprirem corretamente o processo de sua elaboração, agora podem ser invalidadas em virtude do conteúdo injusto que apresentarem ou que contrariarem os princípios constitucionais.

---

<sup>112</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 325.

<sup>113</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del Estado de derecho*. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 18.

<sup>114</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação Civil Pública, o direito social e os princípios. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Édis Milaré (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 292.

A existência ou vigência das normas, que no paradigma paleo-juspositivista havia se dissociado da justiça, se dissocia agora também da validade, sendo possível que uma norma formalmente válida, e conseqüentemente vigente, seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com as normas constitucionais, como por exemplo o princípio da igualdade e os direitos fundamentais<sup>115</sup>.

As características do direito social o levam a ser definido como síntese de uma Nova Era dos direitos e pode ser esquematicamente explicado<sup>116</sup>:

a) Sob a acepção da igualdade formal e de matizes liberais, o direito social pode ser considerado um “direito das desigualdades”, um “direito de privilégios”, “um direito discriminatório”, “um direito dos grupos”, na medida em que se empenha na busca da socialização dos riscos e perdas sociais, variáveis conforme os grupos e situações sociais envolvidos.

b) O indivíduo perde prestígio frente ao coletivo, portanto o direito não pode mais ser uma mera expressão de garantias do indivíduo, tornando-se as garantias de uma categoria ou grupo, como dos consumidores, inquilinos, minorias, trabalhadores, etc. Dentro desse novo contexto, o direito social transforma-se em necessário mecanismo de governo e administração, orientando os critérios de legitimação das políticas sociais e dos acordos de cooperação econômica. Os direitos especiais e privilégios são distribuídos segundo sistemas políticos e econômicos de pesos e contrapesos.

c) A velha acepção liberal da existência de um só direito dá lugar à existência de um regime de normalidades provisório e flexivelmente integrado. Daí pode-se dizer sugestivo o tema de Norberto Bobbio da *Era dos direitos e não Era do direito*.

d) O direito social tem viés político. Mediante os princípios presentes nas normas, pode-se ponderar a existência de prioridades governamentais. Uma vez que na sociedade

<sup>115</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del Estado de derecho*. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 18. (Tradução livre nossa: La existencia o vigencia de las normas, que en el paradigma paleo-juspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales).

<sup>116</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação Civil Pública, o direito social e os princípios. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Édis Milaré (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 295.

normativa a norma tem um princípio de comensurabilidade de natureza política, a política transforma-se na moeda universal que torna comensuráveis o econômico e o político.

A estrutura do direito é transformada na medida em que se recorre novamente à lei, mas agora para se implementar a igualdade substancial. Nesse contexto é que passaram a ser reconhecidos e proclamados os direitos sociais e econômicos, dentre eles o direito do trabalho, bem como foi construído o paradigma do Estado do Bem-Estar Social, o *Welfare State*<sup>117</sup>.

A matriz liberal do Estado de direito concebia os direitos fundamentais como defesa contra o Estado. Em contraponto, os direitos sociais clamam pela atuação ativa e positiva do Estado. Ademais, conferem prestações sociais aos indivíduos e grupos a fim de efetivar a igualdade material.

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente<sup>118</sup>.

Enfim, o direito que surge após o positivismo apresenta estrutura que não desconstrói o ordenamento positivo, mas introduz nele as ideias de justiça e legitimidade.

### **3.3 Ciência jurídica – Constituição social**

Na ciência jurídica também ocorrem mudanças para se adequar ao novo modelo de Estado. O próprio estatuto epistemológico da ciência muda e as eventuais e possíveis

---

<sup>117</sup> PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. *Revista do Tribunal Regional da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, jan/jun. 2006, p. 99.

<sup>118</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 326.

divergências entre Constituição e legislação infraconstitucional tomam um papel já não tão unicamente explicativo, mas também crítico e protetivo de seu próprio objeto.

O Estado social é caracterizado pela introdução de normas sociais nas Constituições e pela superação da igualdade unicamente formal. Ele leva em conta o conteúdo de sua normatização e busca mecanismos de efetivação de justiça e igualdade substancial.

A ciência jurídica se delinea com base na igualdade substancial e gera significativas alterações legislativas que viriam a formar a estrutura normativa do *Welfare State*.

Bonavides explica que as Constituições liberais foram ultrapassadas pelas mudanças sociais e se tornaram atrasadas com os fatos e com a realidade. Elas se converteram em objeto de um formalismo nihilista ou esvaziante, que assinalou toda a metodologia constitucional do positivismo<sup>119</sup>.

Em substituição ao formalismo e normativismo de Kelsen, ícone da *Constituição formal*, surge a teoria constitucional de Carl Schmitt. Para Bonavides, Schmitt foi um dos mais conspícuos constitucionalistas da República de Weimar ao conceber pressupostos essencialmente materiais.

Estabelecendo a distinção fundamental entre a Constituição numa acepção positivista e a lei da Constituição, Schmitt ingressa de cheio na realidade, no existencial, nos conteúdos materiais, para nos mostrar que a Constituição significa uma decisão conjunta e fundamental sobre o modo e a forma de unidade de um povo. As leis da Constituição valem por se fundamentarem na Constituição e têm esta por pressuposto<sup>120</sup>.

Sucintamente, Flávia Piovesan explica a passagem da Constituição formal para Constituição social:

---

<sup>119</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 172.

<sup>120</sup> BONAVIDES, op.cit., p. 175-176.

Enquanto a Constituição Defensiva do Estado liberal é a Constituição antigoverno e anti-Estado; a Constituição do Estado social traz uma sociedade reconciliada com o Estado, que exige sua intervenção em domínios fundamentais. Por isso, sem sua dinâmica, a Constituição social não se apresenta como um instrumento jurídico de conformação do *status quo*, mas surge como um instrumento de direção e transformação social, bem como instrumento de implementação de políticas públicas<sup>121</sup>.

Na opinião de Santiago Ariza, a repercussão mais importante na ciência jurídica nesse momento histórico da segunda metade do século XX tem a ver com dois aspectos principais das Constituições:

I. Sua condição normativa garantida: a normatização das Constituições logrou superar obstáculos, tais como a resistência ao princípio monárquico, a concepção rousseauriana de lei e a própria noção de Constituição do liberalismo *decimonónico*. Além disso, deixou de ser uma norma meramente programática ou de orientações dirigidas ao legislador, para consolidar seu valor normativo e operar uma autêntica norma jurídica com eficácia direta e imediata.

II. Características de seu conteúdo: sublinha que nestas Constituições, ao contrário das advertências feitas por Hans Kelsen, se incorporam conteúdos materiais que adotam a forma de direito, princípios, diretrizes e valores. Os dispositivos constitucionais apresentam alto grau de indeterminação, com a presença de conceitos vagos, como dignidade, justiça, liberdade e autonomia, de forte carga valorativa<sup>122</sup>.

O Estado social de direito não disciplina somente as formas de produção legislativa, mas impõe ao legislador proibições e obrigações de conteúdo. Algumas obrigações correspondem aos direitos de liberdade (substancial) e outras, aos direitos sociais. A violação

---

<sup>121</sup> PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

<sup>122</sup> ARIZA, Santiago Sastre. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 240-241.



dessas obrigações e desses limites gera antinomias ou lacunas que a ciência jurídica tem o dever de constatar para que sejam eliminadas e corrigidas<sup>123</sup>.

Nesse modelo de Estado a dignidade da pessoa humana é enaltecida e manifesta-se, primeiramente, pelo princípio da igualdade substancial. Há o fortalecimento da já existente igualdade formal, que se mostrou insuficiente e discriminatória ao privilegiar somente a parte detentora do poder político do Estado liberal.

Quando a normativamente consagra a igualdade sob o aspecto substancial, seu critério passa a ser tratar as pessoas de forma desigual, quando desiguais, em razão e na medida da sua desigualdade. Passa a considerar que as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas<sup>124</sup>.

Fiorovanti explica que a ciência jurídica do Estado social tem como peculiaridade tentar recompor a grande fratura entre democracia e constitucionalismo. As Constituições desse período se caracterizam por serem normas que limitam o legislador e por serem diretivas fundamentais para o futuro<sup>125</sup>.

A submissão da lei aos princípios constitucionais introduz uma dimensão substancial tanto nas condições de validade das normas quanto na natureza da estrutura do próprio direito e do Estado.

Essa submissão representa um limite e uma complementação da democracia. Limite na medida em que os direitos constitucionalmente estabelecidos correspondem obrigações e proibições aos poderes da maioria. Caso contrário, seriam absolutos. Complementação porque

---

<sup>123</sup> FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del Estado de derecho. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 18.

<sup>124</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 120.

<sup>125</sup> FIORAVANTI, M. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Tradução de: M. Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 162-163.

essas mesmas proibições e obrigações se configuram como outras tantas garantias dos direitos de todos, frente aos abusos de tais poderes<sup>126</sup>.

Enfim, existe uma interligação direta entre as transformações estruturais do direito e as transformações sociais e culturais, sendo este um importante mote do presente estudo: demonstrar como as modificações sociais demandam nova estruturação do direito, da sua interpretação e aplicação e uma nova postura por parte dos magistrados.

O jusnaturalismo foi a filosofia jurídica dominante da época pré-moderna. O positivismo foi preponderante a partir das codificações e pelo nascimento do Estado liberal. Naturalmente, o constitucionalismo se mostrou fundamental em relação ao Estado social.

Em congruência, no último capítulo buscaremos delinear quais os tipos de direitos, de constitucionalismo e de atuação jurisdicional clama o Estado de direito da contemporaneidade.

### ***3.4 A relação entre o público e o privado***

No contexto de um Estado liberal há uma extremada valorização do indivíduo e de suas liberdades contra esse próprio Estado. No contexto do Estado social há significativa transformação na relação entre as esferas pública e privada.

Sob o argumento da segurança, o Estado liberal se assentava nas Constituições Liberais e na era das codificações, com nítida primazia do direito privado sobre o direito público, situação que iria viger até o advento do Estado social e a implementação do *Welfare State*.

Há uma inversão na trajetória de emancipação da sociedade civil frente ao Estado proporcionada pela chegada da burguesia ao poder. Quando passa a se delinear a prevalência

---

<sup>126</sup> Tradução livre: FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro Del Estado de Derecho*. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 19.

do público sobre o privado, percebe-se maior intervencionismo estatal e a caracterização de um Estado promocional.

Há um declínio nos limites impostos à ação estatal, que vai aos poucos se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa e sedimentando um Estado que não deixa qualquer assunto alheio à sua atuação<sup>127</sup>.

Norberto Bobbio, ao constatar uma sociedade tão profundamente permeada pelo Estado social, “ao ponto de transformar o próprio direito”, percebe que “à função repressiva dos comportamentos indesejados se une uma crescente função promocional, manifestada pelos incentivos com os quais o Estado induz aos comportamentos desejados”<sup>128</sup>.

Bobbio analisa o processo inverso à distinção entre sociedade civil e Estado, e afirma que onde a intervenção do poder público na esfera dos interesses econômicos cresce ao invés de recuar, as concepções tradicionais de direito mostram-se inapropriadas, “como vestidos que se tornaram demasiado apertados para um corpo que, de repente, cresceu”<sup>129</sup>.

Decorre do Estado social a ampliação das preocupações das autoridades públicas. As autoridades não se atêm tão-somente “à defesa das fronteiras, segurança externa e ordem interna, mas passam a intervir de forma penetrante no processo econômico”. O Estado passa a atuar diretamente na esfera privada e a gerir os serviços sociais. E indiretamente passa a disciplinar as relações privadas referentes ao comércio e às próprias relações intersubjetivas<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política [Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica]*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 25.

<sup>128</sup> LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de: Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri/SP: Manole, 2007, p. 40.

<sup>129</sup> BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de: Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri/SP: Manole, 2007, p. 11.

<sup>130</sup> NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 13-62, p. 29.

Um novo enfoque é atribuído à ordem pública através da releitura do direito civil à luz da Constituição. Diferentemente do Estado liberal, no Estado social busca-se ressaltar “valores não-patrimoniais” pelos quais a dignidade do ser humano deve ser efetivada e o desenvolvimento de sua personalidade garantido. O Estado passa a “promover os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”<sup>131</sup>.

O direito civil até então impregnado de ideologia liberal e com pretensões centralizadoras e totalizantes da codificação não apresentava mais soluções para regular em contento às novas exigências sociais<sup>132</sup>.

As mudanças ocorridas na passagem do Estado liberal para o Estado social representaram transformação completa no próprio ordenamento jurídico. O Estado abandona a posição passiva de proteção da propriedade e do interesse exclusivamente individual e passa a promover a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Maria Celina Bodin de Moraes expõe sobre a necessidade de se superar a dicotomia público-privado, o que ela chama de “o fim das dicotomias”.

A separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação<sup>133</sup>.

O Código Civil se apresenta com nova tônica, pois também passa a coordenar o público e o privado. Em sua normatividade são inseridos princípios e valores voltados à efetivação da dignidade da pessoa humana e o exercício de valores não-patrimoniais.

---

<sup>131</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 22.

<sup>132</sup> SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 91.

<sup>133</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito Civil Constitucional*. São Paulo: Revista de Direito Civil, v. 65, jul./set. 1993, p. 25.

Ingo Sarlet apresenta quatro principais funções das normas constituídas por princípios, regras e valores. A primeira delas é a “função fundante”, pois são normas das quais derivam outras normas. Estas têm também “função interpretativa”, por orientarem a correta interpretação e adequarem a solução de um conflito, por exemplo, aos fundamentos do direito privado e os fins do direito. Além disso, tais normas funcionam como “fronteiras” além das quais se torna ilegítima a atuação jurídica. Por fim, têm “função integrativa”, pois consistem instrumentos técnicos para preenchimento de lacunas do ordenamento jurídico<sup>134</sup>.

Nesse contexto não é mais possível conceber o direito privado, particularmente, o direito civil, como a antítese do direito público. O direito civil, como salvaguarda contra as interferências estatais na propriedade e autonomia privadas e na liberdade do indivíduo, ficou no Estado liberal. Agora o Estado social é ativo e interfere sim nas relações privadas na busca pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pela efetivação dos direitos sociais.

O velho modelo que separava Estado e sociedade civil é incompatível com o Estado social. Referido modelo colocava em lados distintos a Constituição como lei do Estado e o direito privado como ordenamento da sociedade civil. Ademais, concebia as normas constitucionais como intromissões na esfera reservada aos particulares<sup>135</sup>.

Enfim, com a superação da dicotomia clássica entre direito público e direito privado os limites dispostos por interesses da coletividade deixam de ser externos. Tais limites não são mais exceções ao direito privado, pelo contrário, passam a constituir regras<sup>136</sup>.

Em síntese, Fachin e Ruzyk consideram a dignidade da pessoa humana “o fio condutor da travessia” do direito codificado liberal para o direito civil contemporâneo ao Estado social. Continuam os autores:

---

<sup>134</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 280-281.

<sup>135</sup> PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 28.

<sup>136</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 137.

O fundamento dos direitos se altera, a clivagem entre público e privado perde aquele sentido, o mito da igualdade formal é desvelado. Essa crise que implicou mudança profunda em elementos nucleares de uma dada noção de direito produziu efeitos que atingiram também o direito Civil – como, por exemplo, o fenômeno da sua constitucionalização<sup>137</sup>.

Para acompanhar o novo paradigma de Estado social, o direito civil se institucionaliza através dos direitos fundamentais. Tais direitos expressam os limites além dos quais não é possível ir. Seu conteúdo passa a abarcar a tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, dentre eles os do trabalhador<sup>138</sup>.

Porém, Ubillos ressalta que não se pode jamais pretender o desaparecimento da fronteira entre as esferas pública e privada. A interferência total do Estado na esfera pública e sua conseqüente abolição é a característica mais forte de um regime totalitário.

Continua Ubillos:

Mas não se pode negar que essa fronteira foi se disseminando, é cada vez menos nítida. O que vemos realmente é uma continuidade, um progressivo entrecruzamento. A clássica contraposição que se remonta ao direito romano se faz cada vez mais tênue<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 93.

<sup>138</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 43.

<sup>139</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 307. (Tradução livre nossa: Pero no puede negarse que esa frontera se ha ido difuminando, es cada vez menos nítida. Lo que vemos realmente es una continuidad, un progresivo entrecruzamiento. La clásica contraposición que se remonta al Derecho romano se hace cada vez más tenue).

Por fim, vale trazer a questão da interpenetração do direito público e do direito privado para o enfoque trabalhista. Esse acontecimento propicia, no contrato de trabalho, a superação da concepção de contratualidade pautada na autonomia da vontade. Abre caminho também para uma atuação estatal direta nas relações de emprego a fim de preservar o interesse público. Ademais, levar em conta questões existenciais do trabalhador significa efetivar direitos fundamentais.

A mudança na contratualidade trabalhista, fruto do advento do Estado social, será estudada em tópico específico e com mais acuidade. Por ora basta ressaltar as transformações ocorridas no relacionamento entre as esferas pública e privada. Estas passam a se mesclar, não sendo mais possível concebê-las como esferas distintas e incomunicáveis.

### ***3.5 Segunda geração de direitos***

No capítulo anterior ficou demonstrado como a característica dos direitos se vincula diretamente ao modelo de Estado de direito no qual se desenvolvem. Aqui veremos que no Estado social os direitos denominados de segunda geração agregam características sociais, de ordem coletiva, e se coadunam com um Estado intervencionista e promotor de políticas públicas.

A segunda dimensão de direitos vem como resposta à intolerância e à passividade do Estado. As pessoas passam a exigir prestações positivas que melhorem suas condições de vida. Desabrocha então o dirigismo contratual. Este significa a maior interferência do Estado nas relações jurídicas firmadas a fim de assegurar maior igualdade de condições na pactuação da força de trabalho. Dessa maneira, o dirigismo busca amenizar a desproporcionalidade de forças dos indivíduos e revisita a aplicação pura da autonomia da vontade.

O contexto histórico que propiciou o surgimento dos direitos humanos de segunda geração é, de forma remota, a Revolução Industrial europeia no século XIX. Diante de condições de trabalho precárias os trabalhadores começam a organizar e a demandar normas de proteção ao trabalho e de assistência social.

Por isso que os direitos dessa geração são de índole social, cultural, econômica e coletiva. Do mesmo gênero, temos o Pacto Internacional sobre direitos Econômicos, Sociais e Culturais, as recomendações da Organização Internacional do trabalho (OIT), bem como as Constituições mexicana e alemã, já referidas.

Os direitos humanos de segunda geração são típicos do Estado social em que há a mudança dos ordenamentos jurídicos, numa franca tendência à constitucionalização. Eles correspondem ao lema da igualdade, têm como ator principal o grupo e como pano de fundo o Estado social, que deixa de lado a passividade liberal e passa a ter um papel ativo na sociedade<sup>140</sup>.

Os direitos dessa natureza não surgiram com inicial e total aceitação por parte do Estado. Foi necessário um período de transição para que se afirmassem a existência e a importância desses direitos, razão pela qual surgiram desprovidos de instrumentos jurídicos que lhe assegurassem eficácia imediata.

Esse período de baixa normatividade ou de eficácia duvidosa se deu pelo fato de exigirem do Estado prestações materiais. Ocorre que os Estados nem sempre conseguiam efetivá-los por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. Por isso que em muitas Constituições os direitos de segunda geração foram remetidos à esfera programática<sup>141</sup>.

O Estado social se caracteriza por ser promocional e intervencionista. Também pelo fato de os cidadãos dele exigirem uma posição ativa de realização dos direitos trabalhistas e assistenciais. Por isso que os direitos de segunda geração têm natureza promocional. Eles ultrapassam a barreira da liberdade, forma de um típico do Estado liberal e assumem tais direitos feições de igualdade substancial de um típico Estado social.

---

<sup>140</sup> LENZA, Pedro. As transformações do Estado e a multiplicação dos direitos. In: *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 28.

<sup>141</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 564.



Da mesma forma, os direitos fundamentais desse período adquirem feição promocional. Porém, não obstante detenham essa característica promocional mais forte não abandonam seu aspecto de garantias negativas. Ou seja, tanto o Estado quanto os particulares continuam tendo o dever de não ofender direitos fundamentais de segunda geração<sup>142</sup>.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho situa a origem dos direitos de segunda geração na Constituição francesa de 1848, relatando que nelas estão garantidos direitos dos trabalhadores à educação.

Não há dúvida, entretanto, que o principal documento da evolução dos direitos fundamentais para a consagração dos direitos econômicos e sociais foi a Constituição francesa de 1848. Esse 1848 foi na Europa um ano de graves conflitos, de revoluções, uma das quais foi a que derrubou na França a monarquia orleanista. Ora, um elemento importante nesses movimentos, e particularmente no que ocorreu em Paris, foi a atuação dos trabalhadores e dos desempregados. A conotação social da revolução que levou à segunda república é nítida. A constituição então elaborada, promulgada em 4 de novembro, é precedida de um preâmbulo e contém um capítulo no qual se enunciam os direitos por ela garantidos<sup>143</sup>.

Como visto, os direitos humanos de segunda geração são conquistas da reivindicação popular, notadamente dos trabalhadores e seus sindicatos. São direitos típicos de um Estado promocional que se preocupa com a questão social e implementa direitos econômicos, sociais e culturais. Além disso, enquanto direitos fundamentais servem de barreira à autonomia privada, que deve agora ser balizada pelos princípios constitucionais, notadamente a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>142</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 100.

<sup>143</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45-46.

O viés promocional dos direitos de segunda geração significa novo tratamento da igualdade, que passa a ser concebida sob o aspecto substancial. Tais direitos se diferem dos direitos de primeira geração na medida em que demandam atuação positiva do Estado. Para tanto, para efetivar os direitos de segunda geração é preciso que o Estado sofra adequações notadamente sob a perspectiva de sua atuação gerencial que deve:

- a) regulamentar por lei a prestação e o gozo de tais direitos na sua extensão, forma e requisitos, o que pressupõe opções políticas;
- b) destinar recursos para o custeio da atuação do Estado em tais áreas, o que pressupõe sua viabilidade econômica e financeira;
- c) contar com a eficiência da Administração na execução dos respectivos programas, o que pressupõe a priorização da área social<sup>144</sup>.

Enfim, as transformações ocorridas na concepção de objetividade e de valores, propiciadas pelo advento do Estado social, fez com que os princípios da igualdade e da liberdade tomassem um novo sentido. Eles deixam de ser direitos de defesa contra atos arbitrários do Estado e adquirem uma dimensão promocional a exigir a atuação efetiva do Estado.

Como visto mais uma vez, as transformações históricas da sociedade e da economia determinam diretamente mudanças no pensamento filosófico, cultural, na ciência do direito e na ciência jurídica.

Da mesma maneira caminham os direitos do homem. Para Bobbio constituem uma classe variável como a história desses últimos séculos demonstra suficientemente. De fato, o rol dos direitos do homem se modificou e continua a se modificar. E também continuam as transformações das condições históricas, dos interesses das classes no poder e dos meios disponíveis para a realização dos mesmos.

---

<sup>144</sup> PAULSEN, Leandro. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. N. 01, março 2003. Porto Alegre: AJUFERGS, 2003, p. 3.

### **3.6 O direito do trabalho**

No que diz respeito ao direito do trabalho, foi visto que no período do Estado liberal as normas existentes visavam conter os abusos perpetrados pelos capitalistas contra direitos dos trabalhadores.

Mas, quando o direito do trabalho é inserido no contexto do Estado social, ele ganha maior prestígio. Esse modelo de Estado se preocupa amplamente com a questão social e, conseqüentemente, com as condições de vida dos trabalhadores.

Após a Segunda Guerra Mundial, delineou-se um quadro social e político que demonstrava a inviabilidade de um novo período de hegemonia das concepções do livre mercado. O momento era propício ao seu paradoxo. Havia a necessidade de maior regulação da economia e da construção de instituições que pudessem abrigar as demandas geradas em meio ao novo alinhamento das forças sociais. Essa demanda tinha arrimo na memória recente do entre guerras e no importante avanço dos comunistas, socialistas e trabalhistas nesse mundo a ser reconstruído<sup>145</sup>.

Como visto, o surgimento do Estado social foi influenciado por pressões ideológicas e mudanças econômico-sociais. Considerando que os acontecimentos históricos geram consequências diretas na ordem jurídica, o efeito dessas mudanças no direito do trabalho é o seu fortalecimento. De fato, ocorre sua sistematização e valorização, fenômeno condizente e afinado com o modelo econômico, estatal e filosófico da sociedade do período do Estado social.

No Brasil, de acordo com contextualização proposta por Maurício Godinho Delgado, somente em 1930 o direito do trabalho é *institucionalizado*<sup>146</sup>. É nesse período que o

---

<sup>145</sup> GIMENEZ, Denis Maracci. *Políticas de emprego no capitalismo avançado: trajetória no século XX e o significado da ruptura neoliberal*. Dissertação (Mestrado em economia social e do trabalho)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001, p. 30.

<sup>146</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 109.

movimento operário se apresenta “mais consistente e organizado<sup>147</sup>”, colhendo os frutos de 1922, momento de criação do Partido Comunista. Nesse contexto há a destituição de Washington Luís e o início da Era Vargas.

Esse atraso histórico é naturalmente explicado. O Brasil foi um país colonizado e sempre se desenvolveu de forma subsidiária aos países ocidentais. O país tem uma economia periférica e de fornecimento de matéria-prima, o que não poderia levá-lo a acompanhar o mesmo ritmo da marcha histórica dos países desenvolvidos.

A Igreja Católica desenvolveu exponencial papel para o reconhecimento do valor do trabalho e, conseqüentemente do direito do trabalho, com a edição da encíclica *Rerum Novarum*, em 1891, pelo papa Leão XIII. Essa encíclica prestigiou a questão trabalhista ao discutir o salário mínimo justo, o trabalho da mulher, a previdência, dentre outros temas relevantes. A sua edição inaugurou um novo pensamento na cultura da população, fortemente influenciada pela religião católica, no sentido da valorização do trabalhador.

No que se refere às influências ideológicas, o ano de 1848 é de grande relevância. Foi nesse ano a publicação do *Manifesto Comunista*, de Marx e Engels<sup>148</sup> e também da eclosão de movimentos e revoluções de massas. Tais acontecimentos demonstraram a reorientação estratégica e a pressão coletiva sobre a ordem institucional vigorante<sup>149</sup>.

Conforme abordado em item anterior, o Manifesto de Marx e Engels foi de incontestável importância, uma vez que conclamava os trabalhadores a se unirem. Defendia a

---

<sup>147</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 67.

<sup>148</sup> “A Liga Comunista, associação internacional de operários que, nas condições atuais, só poderia ser secreta, incumbiu Karl Marx e Friedrich Engels, por ocasião do Congresso realizado em Londres, em novembro de 1847, de escrever para fins de publicação um programa detalhado, teórico e prático do partido. Foi esta a origem do seguinte *Manifesto*, cujo manuscrito foi enviado a Londres, sendo impresso poucas semanas antes da Revolução de Fevereiro. Primeiramente publicado em alemão, teve pelo menos umas doze edições diferentes nessa língua, na Alemanha, Inglaterra e América do Norte. Foi publicado em inglês pela primeira vez, em 1850, no *R. ed Republican*, em tradução da Srta. Helen MacFarlane, e teve em 1871 pelo menos três traduções diferentes na América do Norte. A versão francesa apareceu pela primeira vez em Paris pouco antes da insurreição de junho de 1848 e, recentemente, no *Le socialiste* de Nova York”. (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. Localidade: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2003).

<sup>149</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relações de emprego*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001, p.44.

necessidade de organização dos operários e o direito de associação para que pudessem manifestar as suas opiniões e obter melhores contratos de trabalho<sup>150</sup>.

O *Manifesto Comunista* tem narrativa detalhada acerca da sociedade daquela época. Retrata como atuou a burguesia, por ocasião das lutas dos trabalhadores para a derrubada do Estado liberal e também contra a exploração que era submetida essa classe trabalhadora. O trecho abaixo apresenta a narrativa de Marx e Engels sobre a união dos trabalhadores:

Essa organização dos proletários em classe e, portanto, em partido político é incessantemente abalada pela competição entre os próprios trabalhadores. Mas sempre se ergue mais forte, mais firme, mais poderosa. Aproveitando-se das divisões internas da própria burguesia, força o reconhecimento legal de certos interesses particulares dos trabalhadores, como a lei da jornada de dez horas de trabalho, na Inglaterra. Em geral, os choques entre as classes da velha sociedade favorecem de diversas maneiras o desenvolvimento do proletariado. A burguesia vive em guerra perpétua: primeiramente com a aristocracia; mais tarde com os setores da própria burguesia cujos interesses entraram em conflito com os progressos da indústria; em todas as épocas, com a burguesia dos países estrangeiros. Nessas lutas vê-se obrigada a apelar para o proletariado, em busca de auxílio, arrastando-o para a arena política. A própria burguesia, portanto, fornece ao proletariado os elementos de sua politização, em outras palavras, as armas contra ela própria<sup>151</sup>.

A industrialização propiciou o surgimento do direito do trabalho da mesma forma que possibilitou o desenvolvimento da união coletiva. Mesmo porque existe uma verdadeira relação de causa e efeito entre os dois. Pode-se dizer também que o direito do trabalho surgiu da união e organização dos trabalhadores.

---

<sup>150</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Evolução Histórica do Sindicalismo. In: ROMITA, Arion Sayão (Coord). *Sindicalismo*. São Paulo: LTR, 1986, p.5.

<sup>151</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. Localidade: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2003, p. 34-35.

Mozart Victor Russomano explica a indissociável ligação entre o sistema de convenções coletivas, o sindicalismo e o desenvolvimento econômico nacional.

Tomamos a expressão *desenvolvimento econômico nacional* em sentido estrito, que tem como pressuposto imperativo a *industrialização* do país. Sem que ocorra esse fenômeno, não existirá, em nenhuma nação, massa operária sindicalmente organizada e resistente, capaz de participar, com êxito, da negociação direta com os empresários<sup>152</sup>.

Rodrigues Pinto fala do especial significado da Revolução Industrial para o surgimento e evolução do direito do trabalho. A revolução forçou que se encarasse de uma nova maneira a prestação de trabalho individual em proveito de outrem. Enfim, a industrialização propiciou a demanda pela elaboração de “um sistema de disciplina jurídico” que se adequasse a “um tipo de relação não exatamente novo”, porém, “profundamente renovado pela vigorosa alteração de pressupostos econômicos da sociedade e das relações de seus integrantes”<sup>153</sup>.

Portanto, foram as lutas dos trabalhadores explorados nas grandes indústrias, somadas ao Estado social, que intervinha na esfera privada e era de índole promocional, que propiciaram maior regulamentação dos direitos trabalhistas.

Foi com a intervenção do Estado na tutela dos direitos dos trabalhadores que estes, após muitos anos de luta e de sofrimento, foram reconhecidos. O aparecimento do sindicalismo foi bastante significativo neste sentido, visto que foi o movimento dos trabalhadores organizados o estopim para a mudança nas relações de trabalho<sup>154</sup>.

Especificamente no Brasil as primeiras ações por parte dos sindicatos visavam reprimir as atrocidades advindas da industrialização incipiente. Portanto, o objeto da luta era inicialmente a redução do horário de trabalho e das horas extras e o fim do trabalho infantil e

---

<sup>152</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito sindical, princípios gerais*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975, p.136.

<sup>153</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito Individual do trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 28.

<sup>154</sup> BUDÓ, Marília Denardin. *Flexibilização do direito do trabalho. E a justiça social?*. Site do Curso de direito da UFSM. Santa Maria/RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/trabalho/flexibilizacao-clt.htm>>. Acesso em:23. jul. 2008.

noturno feminino. Somente no século XX é que os direitos tão reivindicados pelos trabalhadores foram reconhecidos.

Getúlio Vargas edita a Consolidação das Leis do trabalho (CLT), uma compilação de várias leis que já existiam e a criação de tantas outras. A CLT perdura até os tempos atuais com modificações posteriores.

A ampla legislação elaborada no governo de Getúlio Vargas leva a afirmativa *ideológica* de que o Estado intervencionista e protetor, ao dar uma legislação pronta, sufocou a população e não permitiu o seu amadurecimento político.

Jorge Luiz Souto Maior alerta para a necessidade de “derrubar a ideologia de que tais direitos resultaram da ação de um Estado paternalista. Em verdade, foram conquistas da classe trabalhadora, ainda que sua concretização somente tenha sido possível em virtude do reconhecimento da classe dominante de que para manter-se no poder seria preciso fazer algumas concessões aos dominados”<sup>155</sup>.

Na verdade, “a legislação trabalhista não foi uma dádiva do Estado getulista”. Não procede a ideologia da outorga, pois a legislação trabalhista é resultante de “grandes greves operárias que tomaram conta do país no início do século e da adesão do Brasil à Organização Internacional do trabalho (OIT), outra conquista dos trabalhadores brasileiros”. Portanto, a CLT é, como o seu próprio nome diz, uma consolidação em lei única de todas as conquistas sociais dos trabalhadores”<sup>156</sup>. Dizer que a CLT foi um presente getulista é cometer uma injustiça histórica com a luta dos trabalhadores.

A afirmação correta acerca do surgimento do direito do trabalho, seja nos países ocidentais, seja no Brasil, especificamente, é aquela que leva em consideração o

---

<sup>155</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 111.

<sup>156</sup> PRIORI, Angelo. Sindicalistas e o debate sobre a CLT. Maringá: *Revista espaço acadêmico*. Ano I, n. 07, dez, 2001, p. 2.

desenvolvimento histórico dos Estados de direito, da filosofia e da sociologia marxista, das lutas de classe dos trabalhadores, da mudança estrutural e em geral da própria sociedade.

No mundo ocidental o direito do trabalho surge no período posterior à Segunda Guerra Mundial. As pressões coletivas e a problemática da participação política institucional, além das crescentes necessidades fiscais e militares da primeira metade do século XX, aproximaram cada vez mais o Estado das massas. A consequência é o surgimento e crescimento de organizações que representam tanto o capital como o trabalho no interior do Estado.<sup>157</sup>.

Na França, por exemplo, Claude Lobry explica como seu deu esse avanço do direito do trabalho:

Após a Segunda Guerra Mundial, o direito social dá um novo passo adiante. Gaulistas, comunistas, socialistas e cristãos, unidos na resistência, se encontram associados ao governo em 1944-46. A Constituição de 1946 reconhece em seu preâmbulo, ao lado de importantes liberdades públicas, a existência dos direitos sociais fundamentais: direito ao trabalho, direito à seguridade social, direito de greve, direito sindical, direito de negociação coletiva, direito de controle da gestão das empresas<sup>158</sup>.

O contrato de trabalho se apresenta em consonância com o Estado social de direito. Esse novo contrato trabalhista rompe com o modelo liberal de extrema valorização da

---

<sup>157</sup> GIMENEZ, Denis Maracci. *Políticas de emprego no capitalismo avançado: trajetória no século XX e o significado da ruptura neoliberal*. Dissertação (Mestrado em economia social e do trabalho)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001, p. 29.

<sup>158</sup> LOBRY, Claude. *Droit du travail et sécurité sociale*. Paris: Tóp Éditions, 2000, p. 6. (Tradução livre nossa: Après la Seconde Guerre mondiale, le droit social fait un nouveau bond en avant. Gaullistes, communistes, socialistes et chrétiens, unis dans la Résistance, se retrouvent associés au gouvernement en 1944-46. La Constitution de 1946 reconnaît dans son Préambule, à coté d'importantes libertés publiques, l'existence de droits sociaux fondamentaux: droit au travail, droit à la Sécurité sociale, droit de grève, droit syndical, droit de négociation collective, droit de contrôle de la gestion des entreprises).



autonomia privada e da propriedade e passa a ocupar uma nova ordem pública constitucional<sup>159</sup>.

A maior vantagem oriunda de um direito do trabalho regulamentado foi a obtenção de taxas de crescimento das economias nacionais superiores a qualquer período da história do capitalismo. A economia alçou elevados níveis de absorção da mão-de-obra próximos ao pleno emprego<sup>160</sup>.

**Tabela 1**  
**Taxas médias de desemprego em períodos e países selecionados**  
**(% da população ativa)**

	<b>1921-1929</b>	<b>1930-1938</b>	<b>1950-1959</b>	<b>1960-1967</b>	<b>1968-1973</b>
<b>Alemanha</b>	9.2	21.8	4.9	0.8	0.8
<b>EUA</b>	5.1	14.5	4.5	5.0	4.6
<b>Inglaterra</b>	8.3	11.7	1.4	1.5	2.4
<b>Itália</b>	3.3	9.6	10.1	4.9	5.7
<b>Japão</b>	--	4.9	2.2	1.3	1.2
<b>Suécia</b>	14.2	15.8	2.2	1.6	2.2
<b>França</b>	3.8	10.2	1.8	1.5	2.6*

Fonte: apud GIMENEZ, Denis Maracci.

\*OECD, Historical Statistics, 1991.

Enfim, a superação do paradigma do Estado liberal e formalista de direito pela consolidação do Estado social possibilitou a incorporação de grande parcela de trabalhadores à teia de proteção das normas trabalhistas.

<sup>159</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 100.

<sup>160</sup> GIMENEZ, Denis Maracci. *Políticas de emprego no capitalismo avançado: trajetória no século XX e o significado da ruptura neoliberal*. Dissertação (Mestrado em economia social e do trabalho)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001, p. 32.

### ***3.7 Mudanças na jurisdição e no papel do juiz***

O desenvolvimento do *Welfare State* e o advento do constitucionalismo social geram maior intervencionismo estatal nos países ocidentais. Logo após a Segunda Grande guerra mundial os Estados buscam a promoção da igualdade substancial.

Segundo Bobbio, quando o direito se depara com as exigências do Estado social, ele não mais se limita a tutelar os atos conformes as suas normas ou a reprimir atos que lhes sejam contrários. Ele assume um papel promocional, “com técnicas de estimulação e encorajamento”, visando promover “atos socialmente úteis”<sup>161</sup>.

Acompanhando o movimento natural de mudanças proporcionadas pela superação do Estado liberal, a jurisdição apresenta novas características nessa nova fase, demandando o exercício de um novo papel dos magistrados.

O papel da jurisdição muda na medida em que ao juiz não cabe tão somente a função robótica de mera aplicação “neutra” da lei, bem como ao intérprete não é mais exigida uma mera leitura gramatical e literal das normas jurídicas.

Agora devem os intérpretes e aplicadores do direito desenvolver uma atividade construtiva do sentido e da finalidade das normas, sempre atendendo aos comandos previstos em princípios albergados pela Constituição.

Ferrajoli explica que cabe ao intérprete e ao juiz realizar um juízo sobre a lei e denunciar as inconstitucionalidades:

Paralelamente, se altera o papel da jurisdição, que passa a ser aplicar a lei somente se for constitucionalmente válida, e cuja interpretação e aplicação sejam sempre, por isso, também, um juízo de valor sobre a mesma lei que o juiz tem o dever de definir como válida ou inválida mediante a denúncia de

---

<sup>161</sup> BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizione di Comunità, 1977, p. 13-32.

sua inconstitucionalidade, quando não seja possível interpretá-la no sentido constitucional<sup>162</sup>.

Algumas consequências advêm dessa nova forma de jurisdição, que a diferem muito do velho positivismo legalista e formalista. Diante de antinomias e lacunas do ordenamento jurídico, o juiz deve buscar sua superação mediante garantias constitucionais existentes.

Essa nova postura dos juízes e intérpretes se coaduna com o próprio Estado social no qual estão inseridos. Um governo intervencionista e promotor de políticas públicas e que busca a realização de justiça social e distribuição de renda.

O magistrado se insere num Estado eminentemente preocupado com a questão social e que visa à igualdade substancial dos cidadãos. Trata-se de um novo modelo de Estado que distribui prestações de acordo com a lógica universalista das garantias e dos direitos sociais. Portanto, o Poder Judiciário passa a desenvolver sua nova função de controlar a legitimidade da legislação infraconstitucional, com fulcro nos princípios e garantias constitucionais.

Essas mudanças também resultam da ampliação substantiva do princípio da legalidade, tão caro ao liberalismo positivista. Agora a legalidade agora passa a subordinar não apenas o Executivo, mas também o próprio Legislativo por meio do controle de constitucionalidade.

Facchini Neto relembra a “notável contribuição da Suprema Corte norte-americana”, no julgamento do caso de John Marshall em 1803, em cuja decisão aquele corte afirmou ser “natural a atribuição do Judiciário de tornar inválida a legislação ordinária que contrariasse a Constituição”. E esse novo paradigma de decisões judiciais chega à Europa<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del Estado de derecho. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 18. (Tradução livre nossa: Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley solo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional).

<sup>163</sup> NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 18-19.

A nova fundamentação desse Estado social se justifica pela tutela dada aos direitos fundamentais. A validade de todo o ordenamento jurídico passa a se submeter ao atendimento dos direitos fundamentais.

A transformação profunda que se operou na estrutura do Estado e da sociedade inevitavelmente atinge a maneira como é prestada a atividade jurisdicional.

Segundo Pedro Lenza, a mudança nas relações sociais fatalmente trouxe consigo reflexos na forma de Estado e na maneira de se prestar a atividade jurisdicional. E a multiplicação de direitos é fenômeno diretamente ligado à ciência jurídica, em especial em relação à forma de tutela e prestação jurisdicional estatal<sup>164</sup>.

Os direitos fundamentais e sociais sujeitam também os poderes privados, imprimindo uma nova lógica nas relações de direito privado. Percebe-se a “tendência da construção de um piso mínimo de direitos fundamentais e sociais, titularizados por todos os indivíduos, a exemplo do que ocorre com o direito do trabalho”<sup>165</sup>.

De fato, na esfera do direito privado essa nova fase passa a limitar também a vontade dos particulares sob o fundamento da “concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana”. Ou seja, há um avanço da solidariedade sobre o individualismo. Relativiza-se a tutela da autonomia da vontade, de viés liberalista, e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana, de contornos sociais.

O que ocorre no Estado social é a tentativa de se conciliar a lógica da economia de mercado com os princípios econômicos redistributivos de equilíbrio e solidariedade. Por isso há espaço para “a coexistência de regras de julgamento tanto de matriz liberal quanto social”.

---

<sup>164</sup> LENZA, Pedro. As transformações do Estado e a multiplicação dos direitos. In: *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 25.

<sup>165</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 126.

O princípio da autonomia, nas relações privadas, não é superado, não obstante esteja agora “subordinado e mitigado pelos princípios do direito social”<sup>166</sup>.

Apesar do panorama favorável tanto à classe trabalhadora quanto ao sistema ao capitalista, o modelo de Estado social de direito entra em crise. Essa crise caracteriza o atual Estado de direito e coloca em questão o papel do magistrado para a efetivação dos direitos trabalhistas e será objeto de estudo do capítulo seguinte.

---

<sup>166</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação Civil Pública, o direito social e os princípios. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Édis Milaré (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 298.

## **4 CRISE DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO**

### **4.1 Mudanças filosóficas, sociais e econômico-políticas**

O modelo de Estado intervencionista na economia e promotor de políticas públicas entraria em crise no início da década de 1970. O modelo de gestão econômica nos moldes de John Maynard Keynes é questionado. O período glorioso caracterizado pela alta empregabilidade, pelo forte crescimento econômico e por níveis satisfatórios de qualidade de vida começaria a sofrer seus primeiros ataques.

O Estado do Bem-Estar Social permitiu a vivência de “anos dourados” no contexto do capitalismo do pós-guerra. Havia um compromisso entre capital e trabalho que favorecia os níveis de emprego, as condições de trabalho e o poder de barganha dos trabalhadores, sob condições econômicas, políticas e sociais específicas. As agendas governamentais dos países visavam ao crescimento sustentado de suas economias, ao pleno emprego e o bem-estar da população<sup>167</sup>.

De fato, a eclosão de duas crises mundiais do petróleo, na década de 1970, deu início à crise do Estado social. A crise é caracterizada por um processo de transformação radical da sociedade e pela transição para uma sociedade de massas e de consumo exacerbado. A tentativa de desregulamentação do direito e de esvaziamento do papel do Estado, além do processo de desenvolvimento de novas tecnologias são também fatores desencadeadores da crise. Todos esses acontecimentos acabam sendo elevados à máxima potência através do fenômeno da globalização e da massificação da internet.

A crise do petróleo na década de 1970 não encontrou resposta satisfatória dos Estados dirigentes da época. A economia capitalista teve seu equilíbrio abalado pelo crescimento da inflação e acabou por abalar a higidez do sistema econômico. O acirramento da concorrência

---

<sup>167</sup> ALMEIDA, Adriana Sousa de. *Desemprego e precarização das condições de trabalho nos países avançados*. Dissertação (Mestrado em economia social e do trabalho)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003, p. 1.

capitalista produziu altas taxas de desemprego e agravou o déficit fiscal do Estado colocando em xeque o papel de um Estado interventor e promotor de políticas públicas<sup>168</sup>.

A sociedade contemporânea que se delinea é marcada pela multidiversidade. São transformações rápidas e em todos os campos do conhecimento e devem ser analisadas em conjunto.

Em oposição aos períodos anteriores, na filosofia não há duas linhas de pensamento visivelmente divergentes. Percebem-se duas linhas do pensamento filosófico, mas ambas de matrizes liberais. Uma delas com contornos nítidos de tentativa de retomada de um liberalismo adaptado e reinventado. De outro lado, um pensamento atenuador que busca a retomada do liberalismo, mas preza pela conservação e manutenção dos direitos garantidos formalmente pelo ordenamento jurídico.

Na sociologia o debate eclode em torno da dignidade humana e do papel do indivíduo e do trabalhador numa sociedade de massas e consumista. Busca-se definir quem ocupa a centralidade da sociedade. O indivíduo munido de valores e direitos ou o poder econômico que visa ao lucro e à alta produtividade?

Sob o aspecto econômico o que se pode perceber é a transição de uma sociedade do quase pleno emprego para outra de elevado número de desempregados. Vem ocorrendo uma tentativa de se institucionalizar a informalização do emprego.

O perfil do novo Estado que se delinea tem tons do liberalismo, porém com novas nuances. “Vivemos o neoliberalismo e a ideologia do fim dos empregos, a hegemonia do capital financeiro globalizado e a perda de autonomia no desenvolvimento das estratégias nacionais pelos Governos”<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7.ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 97.

<sup>169</sup> ACKERMANN, Kátia. *Mercado de trabalho invisível: a articulação entre o trabalho no mercado informal, o emprego e o desemprego na trajetória de trabalhadores*. Dissertação (Mestrado em Psicologia social e do trabalho)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 8.

Na esfera política é expressivo o surgimento da “Nova Direita” com a vitória eleitoral de Margareth Thatcher, na Inglaterra, de Ronald Reagan, nos Estados Unidos, e Helmut Kohl, na Alemanha. O conteúdo dessas novas políticas de governo ficou conhecido através do Consenso de Washington. Em linhas gerais, esse braço político neoliberal que chega ao poder prega a desregulamentação do Estado de Bem-Estar Social<sup>170</sup>.

Sinteticamente, o novo modelo de gestão do Estado e da economia que se apresenta está inserido em um capitalismo modificado e tem instrumentos e consequências próprias:

Os meios utilizados para esta supremacia do capital é um ambiente composto de uma onda de desregulamentação dos mercados financeiros, de trabalho e de comércio. As consequências desta forma de reprodução do capital são as altas taxas de desemprego, flexibilização do trabalho, aparecimento de empregos atípicos – o que torna o mercado de trabalho mais heterogêneo -, assim como uma insegurança generalizada daqueles que estão dentro ou fora do mercado de trabalho. Por outro lado, podemos perceber nas últimas décadas, uma desaceleração das taxas de crescimento das principais economias avançadas, uma nova forma de competição das empresas produtivas e comerciais (em contexto de mercados abertos e financeirizados) que se expressam através da reestruturação produtiva, com novos incrementos tecnológicos, organizacionais e investimentos financeiros<sup>171</sup>.

No plano jurídico a natureza e estrutura do direito, bem como as condições de sua validade, não se modificam tanto, apenas ganhando maior relevo o debate sobre a importância da efetivação da igualdade substancial e dos direitos fundamentais. Aliado a isso, há a afirmação dos direitos de terceira geração, que privilegiam destinatários difusos e coletivos, característicos de uma sociedade de massa.

---

<sup>170</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito Processual do trabalho*. 6.ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 38.

<sup>171</sup> ALMEIDA, Adriana Sousa de. *Desemprego e precarização das condições de trabalho nos países avançados*. Dissertação (Mestrado em Economia social e do trabalho)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003, p. 2.



As consequências no direito do trabalho são no mesmo sentido. Nas últimas décadas sofreu franco ataque e se submeteu a medidas de flexibilização e desregulamentação, mas sobreviveu e se fortaleceu no primado do trabalho e da dignidade do trabalhador.

Por certo, o novo modelo de Estado que se delineia visa romper com as “relações diplomáticas” entre capital e trabalho pela tentativa de submeter o trabalho à lógica do capital. O sistema capitalista toma novas formas e torna mais do que nunca globalizado, financeirizado e isento de controles. Adquire poderes para submeter as políticas econômicas dos Estados nacionais e o nível de emprego às suas prioridades e condições de funcionamento<sup>172</sup>.

Veremos que todas essas mudanças estão direta ou indiretamente ligadas ao fenômeno da *globalização*. A globalização é um movimento de múltiplas facetas e com implicações determinantes na economia, na filosofia, na vida social, na estrutura da ciência e do direito e na própria atividade jurisdicional<sup>173</sup>.

O Brasil sofreu os efeitos desse movimento histórico transformador mais tardiamente. Acredita-se que ainda esteja se transformando nessa sociedade de massas, informacional e globalizada. Foi a partir da década de 1980 que a reestruturação produtiva e o retorno às políticas liberais geraram consequências gravosas à economia e ao mercado de trabalho brasileiro. Cresce a informalidade dos postos de trabalho, a flexibilização das relações trabalhistas e a cultura consumista e massificadora. Ademais, é a década que inaugura a forte tentativa de implementar políticas neoliberais.

#### ***4.1.1 Estrutura filosófica e sociológica***

---

<sup>172</sup> ALMEIDA, Adriana Sousa de. *Desemprego e precarização das condições de trabalho nos países avançados*. Dissertação (Mestrado em Economia social e do trabalho)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003, p. 2.

<sup>173</sup> ACKERMANN, Kátia. *Mercado de trabalho invisível: a articulação entre o trabalho no mercado informal, o emprego e o desemprego na trajetória de trabalhadores*. Dissertação (Mestrado em Psicologia social e do trabalho)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 8.

*a. A idéia de sociedade aberta de Popper, Hayek, Mises e Schumpeter*

Acerca da estrutura filosófica e sociológica em contextos de crise do modelo de Estado social, trazemos em linhas gerais as argumentações desenvolvidas por teóricos contemporâneos.

Karl Popper, Joseph Schumpeter, Friedrich Hayek e Ludwig Von Mises são pensadores da contemporaneidade que ganham força e projeção mundial. Esses teóricos, ainda que tenham posições políticas diferentes, defendem pontos em comum. Suas ideias lançam bases teóricas para posições extremistas veiculadoras da desregulamentação e flexibilização dos direitos humanos, particularmente dos direitos trabalhistas, foco desta pesquisa.

Quatro pontos de comunhão podem ser identificados nas ideias dos referidos teóricos. São questões afins que delineiam um pensamento neoliberal e voltado muito mais para a valorização do mercado do que para a afirmação do indivíduo enquanto ser humano digno e titular de direitos fundamentais inalienáveis e indisponíveis. São temas recorrentes nas argumentações desses teóricos:

- I. A definição do que é uma “sociedade aberta” e seu uso recorrente nos quatro autores;
- II. A crítica ao socialismo;
- III. A crítica mais específica à Marx enquanto o mais influente pensador socialista ou colaborador para a defesa política do que Popper nomeou de “sociedade fechada”.
- IV. A defesa em maior ou menor grau da economia de mercado;
- V. A discussão sobre o papel e, principalmente, o funcionamento da burocracia no mundo atual<sup>174</sup>.

---

<sup>174</sup> SERPA, Luiz Gustavo Martins. *A sociedade aberta e seus amigos: o conceito de sociedade aberta no pensamento político de Popper, Schumpeter, Hayek e Von Mises*. Tese (Doutorado em Ciência Política)-Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 143.

Os principais pontos de contato serão analisados sinteticamente em cada um dos autores. Posteriormente serão demonstradas correntes do pensamento que atenuam um pouco a idéia de sociedade aberta.

Karl Popper foi o responsável pela construção da metodologia da falseabilidade. A *sociedade aberta e seus inimigos*, sua obra mais expressiva, foi elaborada durante a Segunda Guerra Mundial e publicada em 1944. Consistiu em uma resposta política ao que o autor vivenciava pessoalmente desde a Primeira Guerra em sua terra natal, Viena, do Império Austro-Húngaro. A região foi praticamente destruída em consequência das duas grandes guerras<sup>175</sup>.

Popper acredita que esses efeitos destrutivos das grandes guerras mundiais foram causados em grande medida por indivíduos que agiam sob “a tensão da civilização”. A tensão seria o fato de a maioria dos indivíduos não conseguir arcar com o peso de sua liberdade. Por isso pressionaram pela consolidação de situações sociais do tipo paternalistas e que os levariam a abrir mão de sua liberdade em troca de não assumirem responsabilidades. Seria o caso de uma sociedade fechada.

Popper afirma que os indivíduos e a sociedade devem fazer uma escolha entre liberdade e segurança e a opção por uma delas implica necessariamente dispor da outra. A escolha da liberdade representa a introdução do pensamento crítico. Para Popper a escolha da segurança no lugar da liberdade se compara à organização das sociedades tribais, que para ele é um exemplo de sociedade fechada.

Quanto ao socialismo, Popper afirma que ainda que buscasse a liberdade incorria em alguns equívocos em suas teorizações que acabavam por atentar contra a liberdade. “Os objetivos políticos e socialistas de Marx serviriam para melhorar as condições de vida das

---

<sup>175</sup> SERPA, Luiz Gustavo Martins. *A sociedade aberta e seus amigos: o conceito de sociedade aberta no pensamento político de Popper, Schumpeter, Hayek e Von Mises*. Tese (Doutorado em Ciência Política)-Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 22.

peças”, mas utilizavam de mecanismos “falhos que alcançavam resultados ruins e totalitários, atentando contra a liberdade”<sup>176</sup>.

Ao se referir à burocracia, Popper fala em mecânica social utópica e mecânica social gradual. A primeira busca concretizar um ideal que transforme a sociedade. A segunda considera que se a sociedade está mudando devem-se buscar soluções para os problemas que acompanhem essas mudanças. Enfim, Popper afirma que a mecânica social gradual é a forma racional de estabelecer um Estado que garanta o confronto de ideias e hipóteses. Ademais, permite inserir nele as ferramentas que permitam que esses diversos e contrastantes pontos de vista possam ser debatidos e adotados<sup>177</sup>.

Schumpeter também nasceu no Império austro-húngaro, em 1883, e vivenciou as duas grandes guerras mundiais. Foi bastante influenciado pelas guerras, passou pela vida política, trabalhou na esfera privada e terminou sua vida atuante na área acadêmica.

Ao tratar da sociedade aberta, Schumpeter desenvolve o conceito de destruição criativa. Para ele, talentoso é aquele indivíduo que consegue se destacar desempenhando bem o papel de empresário inovador. Inovador seria aquele que reflete sobre o capitalismo e entende o processo de transformação permanente pelo qual são destruídas atividades antigas para darem lugar a novas<sup>178</sup>.

Em obra intitulada *A teoria do desenvolvimento econômico*, Schumpeter trabalha a idéia de liderança, que seria aquele atributo das “pessoas detentoras de talentos especiais, que vão liderar o desenvolvimento da sociedade”. E assim explica a relação da liderança com as classes sociais:

---

<sup>176</sup> SERPA, Luiz Gustavo Martins. *A sociedade aberta e seus amigos: o conceito de sociedade aberta no pensamento político de Popper, Schumpeter, Hayek e Von Mises*. Tese (Doutorado em Ciência Política)-Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 28.

<sup>177</sup> SIMI, Luiz. *Popper, a sociedade aberta e o liberalismo*. Disponível em: <<http://livre-pensamento.blogspot.com>>. Acesso em: 02 jan. 2009.

<sup>178</sup> TRIGO, Virgínia. Prefácio. In: *Made in China: o maior palco da globalização no século XXI*. Lisboa: Centro Atlântico, 2005, p. 15.

O empresário bem sucedido ascende socialmente e, com ele, a sua família, que adquire, a partir dos frutos de seu sucesso, uma posição que não depende imediatamente de sua conduta pessoal. O mesmo destino sofre o empresário cujos poderes estejam em declínio, ou seus herdeiros, que receberam sua riqueza sem sua habilidade<sup>179</sup>.

No que se refere à análise do socialismo e do marxismo, Schumpeter contesta a idéia de que o desenvolvimento do capitalismo levaria à supressão das classes médias. Pelo contrário, para ele o próprio processo capitalista cria uma nova classe média entre a burguesia e o proletariado. E é justamente essa nova classe que evitaria o avanço do socialismo. Enfim, Schumpeter diz que a obra de Marx também é ideológica, apesar de criticar a ideologia dos outros<sup>180</sup>.

O economista Friedrich Hayek nasceu em Viena em 1899 e sua obra mais prestigiada foi *O caminho da servidão*, publicada em 1944. Hayek afirma que a ordem espontânea repousa num conjunto de princípios e só pode subsistir se houver um respeito incondicional por esses princípios<sup>181</sup>.

A sociedade aberta em Hayek aparece notadamente vinculada à ideia de liberdade individual. Ele é taxativamente contrário a qualquer forma de intervenção na ordem espontânea da sociedade liberal. O espontâneo de Hayek diz respeito ao livre jogo de mercado e qualquer intervenção é pior que a não-intervenção<sup>182</sup>.

A crítica de Hayek ao socialismo e a Marx diz respeito aos regimes do tipo coletivistas. Ele os caracteriza como veiculadores de um pensamento utópico, e sua expressão

---

<sup>179</sup> SERPA, Luiz Gustavo Martins. *A sociedade aberta e seus amigos: o conceito de sociedade aberta no pensamento político de Popper, Schumpeter, Hayek e Von Mises*. Tese (Doutorado em Ciência Política)-Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 59.

<sup>180</sup> PEREIRA, Héder Cardoso. *Schumpeter: o futuro do capitalismo, o empresário e a inovação*. Cadeira de Sociologia Econômica. Aula n. 14. Disponível em: <<http://docentes.esgs.pt>>. Acesso em: 02 jan. 2009.

<sup>181</sup> HAYEK, Friedrich. *Law, legislation and liberty*. First one-volume paperback edition with corrections and revised preface. Londres: Routledge & Kegan Paul. v.2, 1982, p. 2.

<sup>182</sup> ESPADA, João Carlos. *Sociedade aberta e neoliberalismo. Análise social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, Lisboa v. 29, 1994, p. 160.

mais bem-sucedida foi a socialista pelas suas ideias políticas e econômicas de planejamento da sociedade<sup>183</sup>.

Ludwing Von Mises nasceu em 1881 na cidade de Lemberg, atualmente Lvov. Ele é considerado inspirador da Escola Austríaca de pensamento econômico do século XX. As receitas políticas para os ciclos econômicos prescritas por Mises e Hayek eram diametralmente opostas às de Keynes. Para os períodos de expansão, Mises aconselhava um fim imediato a todo o crédito bancário e expansão monetária. Durante a recessão, ele defendia um estrito *laissez-faire*, permitindo que as forças reajustadoras da recessão pudessem trabalhar o mais rápido possível<sup>184</sup>.

A sociedade aberta em Von Mises aparece segundo sua concepção de liberalismo na obra *Liberalismo segundo a tradição clássica*, onde prega:

- I. a defesa da liberdade através do uso de leis iguais para todos;
- II. A importância da propriedade privada na vida dos indivíduos e na própria constituição da autonomia de que necessita para manter sua liberdade;
- III. O governo representativo;
- IV. O papel da tolerância no funcionamento de uma sociedade verdadeiramente liberal;
- V. A cessão de parte da liberdade individual em nome da defesa de um campo de liberdade comum que possa ser garantido pela ação do Estado<sup>185</sup>.

A burocracia para Von Mises é compreendida como uma ameaça à liberdade individual, pois tende a se expandir indefinidamente. Para Mises, quando o governo intervém

---

<sup>183</sup> SERPA, Luiz Gustavo Martins. *A sociedade aberta e seus amigos: o conceito de sociedade aberta no pensamento político de Popper, Schumpeter, Hayek e Von Mises*. Tese (Doutorado em Ciência Política)-Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 111.

<sup>184</sup> ROTHBARD, Murray N. *Ludwing von Mises (1881-1973)*. Tradução de: Leandro Augusto Gomes Roque. Instituto Ludwing von Mises Brasil. Disponível em: <<http://www.mises.org.br>>. Acesso em: 02 jan. 2009.

<sup>185</sup> SERPA, op.cit., p. 120.

na economia ele perturba o equilíbrio e causa novos problemas, o que gera a necessidade de outras intervenções. Ele chamou esse fenômeno de a lógica do intervencionismo<sup>186</sup>.

Em sua análise sobre o socialismo e Marx, Von Mises deixa claro que seria impossível para um conselho planejador socialista planejar um sistema econômico moderno. Indo além, diz que nenhuma tentativa de mercados artificiais funcionaria, já que um genuíno sistema de preços e custos requer uma troca de títulos de propriedade, e, portanto, requer a propriedade privada dos meios de produção<sup>187</sup>.

Como se percebe, Popper, Schumpeter, Hayek e Von Mises são autênticos defensores de uma economia de mercado aberto. Trata-se de uma tentativa de revisitar o liberalismo mantendo-se alinhados aos seus princípios de não-intervenção do Estado na economia, desregulamentação de direitos trabalhistas e fortalecimento da autonomia privada.

#### ***b. A atenuação: o pensamento de John Rawls e Jurgen Habermas***

Não obstante a tendência generalizada iniciada pela globalização e pelas vitórias eleitorais de Thatcher, Reagan e Kohl demonstrem a tentativa de tornar o neoliberalismo hegemônico, essa política encontra atenuações.

Apesar de também serem adeptos do liberalismo, nos estudos de Rawls e Habermas, percebe-se a preocupação com a classe menos favorecida da sociedade e com a questão da justiça. De fato, Rawls não obstante seja sucessor legítimo do liberalismo clássico, tem preocupações de índole social e distributiva. Essa temática também é apresentada nos estudos de Habermas, que não pode ser considerado liberal ou social, mas cujas teorias influenciam amplamente a sociedade contemporânea.

---

<sup>186</sup> ROCKWELL, Lew. *Por que o Estado cresce?(E o que podemos fazer contra isso)*. Tradução de: Leandro Augusto Gomes Roque. Instituto Ludwig von Mises Brasil. Disponível em: <<http://www.mises.org.br>>. Acesso em: 02 jan. 2009.

<sup>187</sup> ROTHBARD, Murray N. *Ludwig von Mises (1881-1973)*. Tradução de: Leandro Augusto Gomes Roque. Instituto Ludwig von Mises Brasil. Disponível em: <<http://www.mises.org.br>>. Acesso em: 02 jan. 2009.

John Rawls, através de sua principal obra *A Teoria da Justiça, de 1971*, pode ser considerado o grande filósofo norte-americano e ganhou notoriedade pelos seus estudos sobre a democracia liberal da sociedade de hoje. Apesar de ser herdeiro direto da linhagem liberal iniciada por Locke, passando por Hobbes, Rousseau, Stuart Mills, Kant, dentre outros, suas ideias são no sentido de inclusão das classes menos favorecidas nas comunidades. Ele discute, por exemplo, o polêmico sistema de cotas para os negros nas universidades e nos cargos públicos, cuja sua origem está na concepção de sociedade justa estabelecida por esse teórico<sup>188</sup>.

Posteriormente, Rawls faz uma releitura da obra *A Teoria da justiça* e mostra uma nova concepção. Nomeada de *Justiça como equidade*, essa releitura é no sentido de propiciar a participação das classes menos favorecidas no mercado, mediante mecanismos de inclusão. Ele tenta elaborar uma teoria alternativa sistemática de justiça que seja superior ao que ele chama de doutrinas utilitaristas que dominam a tradição filosófica<sup>189</sup>.

No prefácio de seu livro à edição brasileira, Rawls deixa claro que não pretende ver sua teoria atrelada a alguma forma de democracia da propriedade privada, tampouco por um regime liberal-socialista. Ele prefere deixar essa questão em aberto para ser “determinada pelas condições históricas, tradições, instituições e forças sociais de cada nação”. Eis sua proposta:

Como uma concepção política, a justiça como equidade não inclui, portanto, nenhum direito natural de propriedade privada dos meios de produção (embora inclua um direito de propriedade pessoal como necessária à independência e à integridade dos cidadãos), nem um direito natural à propriedade e à gestão de empresas pelos trabalhadores. Em vez disso, oferece uma concepção de justiça à luz da qual, dada as circunstâncias

---

<sup>188</sup> RAWLS, John. A teoria da justiça de John Rawls. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/cultura/2003/04/13/001.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2008.

<sup>189</sup> Neste ponto, Rawls pretende demonstrar uma teoria alternativa que supere o problema dos denominados utilitaristas como Hume, Adam Smith, Bentham, Mill. Sobre o assunto, consultar: RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.



particulares de uma nação, essas questões podem ser resolvidas de forma racional<sup>190</sup>.

As ideias de Rawls influenciam o mundo de hoje. Sua tentativa é implementar o liberalismo reiventado, na medida em que é a favor da limitação dos benefícios obtidos pelos mais talentosos para que sejam alocados aos menos favorecidos socialmente. Essas ideias geram incômodo aos teóricos conservadores de uma igualdade formal, por entenderem ser injusto retirar do talentoso as vantagens legítimas que adquiriu.

De fato, ao propor a equidade como um sucedâneo à igualdade, Rawls fere os princípios dos teóricos democráticos mais radicais. Para Rawls, as afirmações pró-igualdade da maioria dos países democráticos prendem-se mais à retórica do que à realidade. Demonstrem a intenção em desenvolver a igualdade de oportunidades para todos, bem como propagam os direitos de cidadania. Mas o fato é que, na verdade, a igualdade não passou de mera formalidade, poucas vezes tendo ocorrido de forma ampla e substancial<sup>191</sup>.

Rawls, considerando que a sociedade é um empreendimento cooperativo, alerta que seus membros visam a vantagens mútuas, o que acaba por tornar essa sociedade tipicamente marcada, por mais paradoxal que possa parecer, por um conflito e por uma identidade de interesses.

A identidade consiste na constatação de que a colaboração mútua propicia melhores condições de vida do que teriam cada um dos membros se contassem apenas com seus próprios esforços. Já o conflito aparece na medida em que, percebendo que há uma distribuição dos benefícios maiores produzidos pela colaboração mútua, as pessoas passam a buscar princípios para embasar a forma adequada de divisão e distribuição dessas vantagens<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 19.

<sup>191</sup> RAWLS, John. A teoria da justiça de John Rawls. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/cultura/2003/04/13/001.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2008.

<sup>192</sup> RAWLS, op.cit., p.5.

A identidade e o conflito são os chamados princípios da justiça social de Rawls. Para ele:

Esses princípios, então, regulam a escolha de uma constituição política e os elementos principais de um sistema econômico e social. A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade<sup>193</sup>.

Rawls explica também como funciona a justiça social de acordo com a conceituação de dois grupos: os Worst off - os socialmente desfavorecidos - e os Better off - os mais favorecidos. Os socialmente desfavorecidos devem ter suas esperanças de ascensão e boa colocação social maximizadas, objetivo atingido por meio de legislação especial corretiva, reparadora das injustiças passadas. Já os mais favorecidos devem ter suas expectativas materiais minimizadas, sendo convencidos mediante o apelo altruístico de que o talento está a serviço do coletivo, preferencialmente voltado ao atendimento dos menos favorecidos<sup>194</sup>.

O mais interessante na Teoria da Justiça de Rawls, e que a vem tornando um dos maiores instrumentos de fundamentação dos teóricos de um reformismo social, é o fato de se apresentar como forma coerente e alternativa de superação de mecanismos revolucionários, autoritários, violentos ou utópicos de imposição da igualdade, que se mostraram falaciosos no decorrer da história.

Ademais, ainda que tenha origens nos teóricos do contrato social, os quais eram afinados com os ideais de uma sociedade liberal que despontava, Rawls se mostra coerente com o momento da história em que se insere. Ele busca expandir para o mundo princípios de justiça coerentes com sociedades democráticas.

---

<sup>193</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 8.

<sup>194</sup> RAWLS, John. *A teoria da justiça de John Rawls*. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/cultura/2003/04/13/001.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2009.

Em um Estado que se pretenda democrático as injustiças podem ser corrigidas pela tomada de consciência coletiva e pela atuação efetiva da esfera pública em favor dos setores menos favorecidos. Para tanto, mecanismos legislativos e jurisdicionais compensatórios e adequados podem reparar as desigualdades e fazer justiça social.

Jürgen Habermas é outro teórico de projeção mundial, sendo considerado um filósofo social da atualidade. A sua formação foi herdada diretamente da escola de Frankfurt, mas ele não pode ser considerado liberal ou conservador, porém o fato é que seus estudos levam em conta o valor justiça.

Os estudos de Habermas foram necessariamente influenciados pelo contexto histórico do fim da Segunda Guerra Mundial em 1945, pela emergência da República Federativa da Alemanha, pela Guerra Fria, pelos protestos dos estudantes de 1968. Também é dessa época a chegada ao poder político em vários países do mundo de candidatos de formação nitidamente de direita e com estratégias de mundialização do neoliberalismo. Ademais, é o contexto da queda do muro de Berlim, em 1989, e do declínio da União Soviética<sup>195</sup>.

Habermas foi aluno de Adorno e Horkheimer na escola de Frankfurt. Enquanto seus professores acreditavam que o iluminismo e a industrialização geravam cada vez mais o empobrecimento do indivíduo e a retirada de seus direitos fundamentais, Habermas acreditava que tal constatação (aporria) era justamente a falha na teoria de seus antecessores.

Em síntese, temos a análise de Adorno e Horkheimer:

Ironicamente, então, o mesmo processo da iluminação que, segundo os pensadores de Iluminação do 18o século como Rousseau, Voltaire, Diderot, e Kant, supostamente liberou o homem da natureza e levou a liberdade humana ao florescimento, ressaltou sobre ele. Gradualmente, como a industrialização e o capitalismo que ganha força no século 19, os seres humanos são submetidos a redes cada vez mais penetrantes de disciplina administrativa e

---

<sup>195</sup> FINLAYSON, James Gordon. *Habermas: a very short introduction*. Localidade: Oxford University Press, 2005, p. 12.

controle, e a um sistema econômico cada vez mais poderoso e selvagem. Em vez de liberar homem da natureza, o processo da iluminação prende o homem, que é uma parte da natureza. Em vez da abundância econômica, há miséria e pobreza. Em vez do progresso moral, há regressão à barbárie, à violência, e à intolerância<sup>196</sup>.

A análise de Jürgen Habermas é na tentativa de resgatar a verdadeira teoria crítica. Ele procura mostrar que Horkheimer e Adorno não tinham razão no que se refere aos frutos do iluminismo, pois este era coerente com a teoria social. Para ele, a teoria crítica deveria ser engajada nas lutas políticas do presente e construir-se em nome do futuro revolucionário para o qual trabalha. Deveria fazer um exame teórico e crítico da ideologia, mas também uma crítica revolucionária do presente<sup>197</sup>.

Isso porque Adorno e Horkheimer escreverem muito acerca das consequências nefastas do desenvolvimento desenfreado do capitalismo nos países ocidentais no século XX. Para eles, a cultura industrial e a sociedade de massas acabaram por massificar e tornar os indivíduos dóceis e acríticos, o que levava ao encurtamento da liberdade desses indivíduos.

Habermas compartilha do “pessimismo” de Adorno e Horkheimer acerca dos malefícios proporcionados à participação do povo na esfera política pelo advento de uma sociedade altamente industrializada e massificada. No entanto, apresenta soluções mais otimistas ao propor uma transformação estrutural. Afirma que promovendo políticas e

---

<sup>196</sup> FINLAYSON, James Gordon. *Habermas: a very short introduction*. Localidade: Oxford University Press, 2005, p. 32. (Tradução livre nossa: Ironically, then, the very process of enlightenment which was, according to 18th-century Enlightenment thinkers such as Rousseau, Voltaire, Diderot, and Kant, supposed to liberate man from nature and to lead to human freedom and flourishing, rebounds upon him. Gradually, as industrialization and capitalism take hold in the 19th century, human beings are subjected to ever more pervasive networks of administrative discipline and control, and to an increasingly powerful and untamable economic system. Instead of liberating man from nature, the process of enlightenment imprisons man, who is himself a part of nature. Instead of economic plenty, there is misery and poverty. Instead of moral progress, there is regression to barbarism, violence, and intolerance).

<sup>197</sup> Marcuse, Adorno, Horkheimer, Benjamin e Habermas - Teóricos de Frankfurt. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.pro.br/frankfurt.htm>>. Acesso em: 04 de nov. 2008.

condições sociais corretas, o abismo entre a esfera pública e a realidade política e social pode ser fechado novamente<sup>198</sup>.

A maior preocupação de Habermas ao estudar a esfera pública e seu relacionamento com os direitos dos indivíduos é em entender quais tipos de instituições são necessárias para proteger os indivíduos. Para ele, a emancipação do indivíduo pode ser alcançada pela criação de autênticas instituições democráticas capazes de conter o efeito corrosivo do capitalismo e da administração social<sup>199</sup>.

O programa habermasiano de teoria legal e democrática parte da ideia de que as sociedades modernas são formadas não somente de normas morais, mas também de instituições políticas e de leis. Ademais, ele afirma a política e o direito não funcionam sem a moral.

Para o bom funcionamento do sistema político, nos centros de poder decisório deve haver a participação da esfera civil. Para ele, as instituições responsáveis por decidir devem criar mecanismos de participação da sociedade civil e da opinião pública nas políticas e na própria elaboração das leis. Os Estados Democráticos, normalmente apresentam esse mecanismo melhor estruturado do que os sistemas não-democráticos.

Em sociedades modernas, o ideal persiste na medida em que os órgãos de tomada de decisão formais estão abertos à influência da sociedade civil. Quando as instituições políticas formais estão abertas à entrada das forças que vêm de baixo, as suas decisões, a política e as leis tenderão a ser racionais e encontrar a aceitação. O pensamento básico é que um sistema de direitos resguardados na lei pode ajudar a criar as formas da sociedade civil que os órgãos de tomada de decisão formais têm de absorver para ser capazes de produzir leis racionalmente aceitáveis<sup>200</sup>.

---

<sup>198</sup> FINLAYSON, James Gordon. *Habermas: a very short introduction*. Localidade: Oxford University Press, 2005, p. 14.

<sup>199</sup> FINLAYSON, op.cit., p. 14.

<sup>200</sup> FINLAYSON, op.cit., p. 113. (Tradução livre nossa: In modern societies, the ideal persists in the extent to which formal decision-making bodies are open to the influence of civil society. When formal political institutions are open to the right degree of input from below, their decisions, policies and laws will tend to be rational and to

Nesse aspecto a presente pesquisa dialoga com os estudos de Habermas. Ele defende que a validade de uma norma tem dois lados. Um lado normativo que a torna positiva e um lado fático. Além disso, a norma deve ter uma autoridade reconhecida e ser coercitiva. A sua validade pressupõe um Judiciário e um Estado que tenha o monopólio da força legitimadora e a habilidade de fazer valer suas leis, fiscalizando sua observância e punindo seus transgressores<sup>201</sup>.

É exatamente isso que buscaremos demonstrar no último capítulo. A norma deve ser construída pelo juiz no momento de sua aplicação. Dessa forma, ele poderá colher dados do fato concreto e procurar a solução mais justa para fazer valer, concretamente, os direitos trabalhistas previstos na Constituição.

### *c. O contraponto: a sociedade aberta em Peter Häberle*

Peter Häberle é um doutrinador alemão contemporâneo cuja principal obra é *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*.

Esse autor também traz a idéia de sociedade aberta, porém com conceito e conteúdo distintos daqueles dados por Popper, Hayek, Schumpeter e Von Mises. Isso apesar de *A sociedade aberta e seus inimigos*, de Karl Popper, ter servido de inspiração para a obra de Häberle.

A sociedade aberta em Häberle se relaciona diretamente com a superação do modelo lógico dedutivo da hermenêutica tradicional. Apesar de tratar especificamente da interpretação

---

find acceptance. The basic thought is that a system of rights enshrined in law can help nurture the forms of civil society that formal decision-making bodies need to absorb in order to be able to produce rationally acceptable laws).

<sup>201</sup> FINLAYSON, James Gordon. *Habermas: a very short introduction*. Localidade: Oxford University Press, 2005, p. 118.

constitucional, suas ideias podem ser facilmente aplicadas à interpretação do ordenamento jurídico geral.

A nova hermenêutica leva em conta todos os potenciais atores sociais, participantes materiais do fenômeno social, por isso faz parte da sociedade aberta na mesma medida em que a fundamenta. A interpretação há de ser tão mais aberta quanto mais pluralista e complexa for a sociedade<sup>202</sup>. Ou seja, essa nova maneira de interpretar aproxima a norma da realidade e, nesse contexto, a boa preparação do magistrado é fundamental para que desempenhe bem esse papel.

A sociedade aberta exige uma nova postura do magistrado que precisará perquirir, através de sua função hermenêutica, por todas as opiniões e pontos de discussão presentes na sociedade, antes de formar seu convencimento<sup>203</sup>.

Ou seja, o que se propõem é o abandono do modelo de interpretação da sociedade fechada, que prioriza somente os procedimentos formalizados, gerando o empobrecimento de seu espaço investigatório. É chegado o momento de uma virada hermenêutica radical, que seja concretizada pela participação da sociedade aberta e não apenas dos operadores oficiais das normas<sup>204</sup>.

A sociedade aberta, portanto, será aquela que permite a participação direta ou indireta dos destinatários da norma, que passam a fazer parte indissociável do processo hermenêutico.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode

---

<sup>202</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p. 13.

<sup>203</sup> SILVA JÚNIOR, Antônio Soares. *A hermenêutica constitucional de Peter Häberle: a mudança do paradigma jurídico de participação popular no fenômeno de criação/interpretação normativa segundo a teoria concretista*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1208, out. 2006, p. 6.

<sup>204</sup> COELHO, Inocêncio Martins. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137 jan./mar. 1998, p. 158.

supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição<sup>205</sup>.

O principal diferencial existente na idéia de sociedade aberta entre os autores liberais acima estudados e Peter Häberle está no enfoque. Aqueles entendem a sociedade aberta como aquela onde há a abertura para a participação dos grupos privados e atores sociais, mas de modo a levar à livre economia de mercado e à supervalorização da autonomia privada, mediante flexibilização e desregulamentação das fontes normativas. Häberle, por seu turno, entende que a sociedade aberta é aquele que permite a participação de grupos singulares, entidades sindicais, organizações religiosas, etc., além dos tradicionais intérpretes da norma jurídica, ou seja, os juízes e os parlamentares para a construção do sentido mais justo da norma.

A interpretação será adequada na medida em que é realizada por intérpretes estritos, que são os legitimados tradicionais (parlamentares e magistrados), bem como por intérpretes latos, que são os atores sociais, os intérpretes leigos, envolvidos no problema em questão.

Em outras palavras, os intérpretes em sentido estrito e lato têm a mesma participação no processo hermenêutico, uma vez que os magistrados não decidem de forma isolada, pois são influenciados diretamente pelos intérpretes latos, obtendo dados necessários à formação de uma decisão mais razoável e justa.

Por certo, a maior participação dos intérpretes leigos na interpretação da norma faz surgir novas alternativas, as quais propiciarão ao magistrado um contato maior com a realidade, decidindo, assim, teoricamente, de forma mais adequada, justa e legítima<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p. 15.

<sup>206</sup> AMARAL, Rafael Caiado. *Breve ensaio acerca da hermenêutica constitucional de Peter Häberle*. Disponível em: <[www.ihj.org.br](http://www.ihj.org.br)>. Acesso em 03 jun. 2009.



Assim, a lei, que já se constituiu outrora na cidadela contra os desmandos do Estado, vem-se tornando amiúde naquilo de que os cidadãos, hoje, mais precisam se proteger. Não é por outra razão que HÄBERLE enfatiza uma cidadania ativa, visto que só com cidadãos que se reconheçam como titulares de direitos fundamentais que precisam ser validados diariamente é que poderá ser potencializada a interpretação pluralista da Constituição<sup>207</sup>.

De fato, a lei que já se constituiu o instrumento de proteção dos jurisdicionados contra os desmandos do Estado Absolutista, tornou-se algo contra o que os cidadãos precisavam se proteger, no Estado Liberal. Hoje, Häberle enfatiza a lei como instrumento de uma cidadania ativa, pois reconhecendo os cidadãos como titulares de direitos fundamentais, que precisam ser validados diariamente, é que poderá ser potencializada a interpretação pluralista da Constituição.

Enfim, Häberle afirma que há incontáveis intérpretes das normas constitucionais. Assim, no contexto de uma sociedade de bases e objetivos democráticos, eles não podem ser ignorados. Por isso o elo com o tradicional método de interpretação, característico das sociedades fechadas, deve ser rompido. Nesse aspecto, veremos adiante que a presença das cláusulas abertas e dos conceitos jurídicos indeterminados no ordenamento jurídico constitui o ponto de partida para a participação dos atores de uma sociedade pluralista na construção da norma.

#### ***4.1.2 Estrutura econômica e política: tentativa de reconstrução do liberalismo e desconstrução do Estado social***

O Estado do Bem-Estar Social se deu no período imediato ao pós-guerra pela conjugação favorável dos fatores econômico, político, social e filosófico. No plano internacional, esses anos dourados foram incentivados pelo Acordo de Bretton Woods, de 1944, que visava reerguer os países assolados pela guerra.

---

<sup>207</sup> MACIEL, Omar Serva. A interpretação pluralista de Peter Häberle como contributo à democratização do processo constitucional. *Revista da AGU*, Brasília, ano 4, n. 26, mar. 2004, p.7.

Porém, esses anos dourados não durariam indefinidamente, apesar das projeções de documentos importantes publicados pela ONU e pela OCDE de crescimento na faixa de 5% ao ano em média para a década seguinte ao ano de 1970<sup>208</sup>.

Mas a realidade que se delineou nas décadas seguintes nos países de economia avançada foi diametralmente oposta, o que representou o fim do Estado de Bem-Estar Social. Houve regressão social e dos níveis de empregabilidade, níveis muito baixos de crescimento econômico e outros fatores que indicavam o início de uma crise.

Esses fatores iniciados na década de 1970 geraram múltiplos problemas. Houve o aumento das taxas de desemprego, a oscilação e a redução no ritmo de crescimento da economia dos países capitalistas, dificuldades no sistema monetário internacional, elevação geral dos preços das matérias-primas e os efeitos deletérios da nova realidade sobre o desempenho das contas públicas<sup>209</sup>.

Somente a partir dos anos setenta é que deu maior atenção ao neoliberalismo, em virtude dos baixos índices de crescimento econômico e da insustentável alta da inflação verificada naquela época. Dessa forma, alguns governantes passaram a dar ouvidos às teorias de Hayek, Friedman e Popper, os quais criticaram o *poder excessivo dos sindicatos* e os *movimentos operários*, haja vista que se acreditava que destruíam o lucro das empresas e gravavam processos inflacionários<sup>i[54]</sup>. Desde então, pode-se falar em retrocesso a avanços sociais conquistados e retorno ao sistema do *laissez-faire*<sup>210</sup>.

---

<sup>208</sup> ONU - Organização das Nações Unidas e OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Sobre o assunto: GIMENEZ, Denis Maracci. *Políticas de emprego no capitalismo avançado: trajetória no século XX e o significado da ruptura neoliberal*. Dissertação (Mestrado em Economia Social e do Trabalho)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001, p. 55.

<sup>209</sup> GIMENEZ, Denis Maracci. *Políticas de emprego no capitalismo avançado: trajetória no século XX e o significado da ruptura neoliberal*. Dissertação (Mestrado em Economia Social e do Trabalho)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001, p. 54.

<sup>210</sup> GASTALDI, Suzana. *O fenômeno da massificação social e a superação da tradicional dicotomia público-privado*. Disponível em: <[http://www.direitosfundamentais.com.br/html/colaborador\\_o\\_fenomeno.asp](http://www.direitosfundamentais.com.br/html/colaborador_o_fenomeno.asp)>. Acesso em: 23 ago. 2008.

Naquele período houve uma onda de choques que progressivamente minou os compromissos políticos estabelecidos no pós-guerra e a ordem internacional construída a partir de Bretton Woods. Foram quatro grandes choques econômicos:

- I. Em primeiro lugar as pressões inflacionárias no início dos anos 70, quando em vários países desenvolvidos, as taxas alcançaram dois dígitos;
- II. O segundo choque refere-se ao aumento dos preços das matérias-primas (principalmente o petróleo que saindo de US\$ 3,0 o barril em 1973, alcança no final da década o valor de US\$ 30,0);
- III. O terceiro grande choque foi a freada do crescimento econômico e as profundas recessões de 1974/75 e 1980/82; e por fim o choque dos juros no final dos anos 70<sup>211</sup>.

O acordo de Bretton Woods baseou-se na paridade de moedas, no câmbio estável e no controle sobre a mobilidade do capital. Alavancou a autonomia dos países desenvolvidos para focarem seus esforços no crescimento e no emprego. Estabeleceu o padrão dólar-ouro como moeda de referência internacional, que se apresentava mais elástica para satisfazer as necessidades de liquidez, e propiciou a desvalorização cambial dos países desenvolvidos em relação à moeda americana<sup>212</sup>.

A par disso há os efeitos não esperados, pelos EUA, do Plano Marshal em 1947. Os EUA unidos pela intenção de conter a ameaça comunista e desejando revitalizar o comércio internacional concedem ajuda bilionária para a reconstrução dos países europeus e do Japão.

O objetivo primordial de reconstruir a Europa e o Japão para fortalecer o comércio internacional e solidificar as bases do capitalismo contra a ameaça comunista foi alcançado. Mas o efeito diverso e indesejável foi constatar que a ajuda do Plano Marshall possibilitou aos

---

<sup>211</sup> GIMENEZ, Denis Maracci. *Políticas de emprego no capitalismo avançado: trajetória no século XX e o significado da ruptura neoliberal*. Dissertação (Mestrado em Economia Social e do Trabalho)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001, p. 55.

<sup>212</sup> ALMEIDA, Adriana Sousa de. *Desemprego e precarização das condições de trabalho nos países avançados*. Dissertação (Mestrado em Economia Social e do Trabalho)-Universidade de Campinas, Campinas, 2003, p. 28.

países reerguidos se tornarem os principais concorrentes frente aos americanos no mercado internacional. Segundo Almeida:

Contraditoriamente, se por um lado, estes compromissos favoreceram um cenário de liquidez, regulação internacional do capital, maior autonomia dos Estados Nacionais para o crescimento, emprego e reconstrução, elementos *sine qua non* para um consistente e sadio restabelecimento do comércio internacional, assim como obstáculo aos ideais do socialismo. Por outro lado, proporcionaram que Europa e Japão emergissem como ameaças aos Estados Unidos no plano comercial internacional<sup>213</sup>.

A resposta dos Estados Unidos foi imediata. Em 1971, os EUA romperam com o padrão dólar-ouro e estabeleceram padrão dólar, impondo a hegemonia da sua moeda no cenário econômico mundial. Nos anos seguintes, as flutuações cambiais propiciaram a especulação monetária, os Estados Unidos elevaram a taxa de juros e o processo de liquidez internacional recuou. Tais medidas tornam os investimentos públicos e privados demasiadamente caros, repercutindo negativamente na geração de empregos e tornando mais seguros os investimentos de curto prazo. Tal cenário de instabilidade econômica e acirrada concorrência no mercado internacional leva as empresas transnacionais a fazer a reestruturação produtiva e a buscar investimentos financeiros, criando as bases para o abandono da relação harmoniosa que capital e trabalho estabeleceram no pós-guerra<sup>214</sup>.

Enfim, a crise vivenciada atualmente foi gerada nos anos de 1970. Para a presente pesquisa, seu principal desdobramento negativo foi o problema do desemprego que se propagou pela economia mundial de forma generalizada.

Nos anos seguintes à crise as consequências foram sentidas nas grandes empresas. Elas começaram uma “modernização conservadora”, buscando angariar maiores lucros, mediante flexibilização do trabalho e um novo padrão produtivo, tecnológico e organizacional.

---

<sup>213</sup> ALMEIDA, Adriana Sousa de. *Desemprego e precarização das condições de trabalho nos países avançados*. Dissertação (Mestrado em Economia Social e do Trabalho)-Universidade de Campinas, Campinas, 2003, p. 28.

<sup>214</sup> ALMEIDA, op.cit., p. 30.

As medidas políticas e legislativas adotadas nas últimas décadas podem também ser apresentadas como desencadeadoras da implantação de um novo modelo de liberalismo e da tentativa de hegemonizar a ideologia de que o trabalho caminha para a extinção.

Na verdade, diversos fatores controvertidos tentam explicar a crise dos anos 1970, mas dois fatos são extremamente significativos. A evidência do impacto da crise sobre os níveis de emprego e renda e a reconversão hegemônica conservadora – política, econômica e social. Essa retomada liberal foi fundamental para o entendimento da evolução das políticas públicas e das práticas dos Estados nacionais nas duas décadas seguintes<sup>215</sup>.

De fato, as políticas neoliberais adotadas pela Nova Direita (Margaret Thatcher na Inglaterra, Ronald Reagan nos EUA e Helmut Kohl na Alemanha) e a derrocada da ameaça comunista (queda do muro de Berlim e fim da União Soviética) propiciaram o nascimento de uma nova ideologia de não-intervencionismo estatal e desregulamentação do trabalho.

Maria da Conceição Tavares explica como funciona essa retomada de hegemonia liberal:

Tal reconversão conservadora no campo político-ideológico foi precedida de um reenquadramento por parte do governo dos Estados Unidos do movimento policêntrico que vinha tomando corpo e debilitando a posição hegemônica norte-americana na ordem mundial ao longo dos anos 70, a partir da transnacionalização dos capitais de origem deste país. Trata-se, segundo Conceição, de uma questão de retomada de hegemonia, capacidade de enquadramento econômico financeiro e político-ideológico de sócios ou rivais, compelidos não apenas a submeter-se, mas a racionalizar a visão dominante como sendo a única possível<sup>216</sup>.

---

<sup>215</sup> GIMENEZ, Denis Maracci. *Políticas de emprego no capitalismo avançado: trajetória no século XX e o significado da ruptura neoliberal*. Dissertação (Mestrado em Economia Social e do Trabalho)-Universidade de Campinas, Campinas, 2001, p. 62.

<sup>216</sup> GIMENEZ, op.cit., p. 63.

No final dos anos de 1980 foi formulado o Consenso de Washington. O Consenso foi assim batizado pelo economista John Williamson, visando especificar uma série de reformas econômicas de cunho fortemente neoliberais e que eram recomendadas para os países da América Latina.

Assim como as políticas da Nova Direita – Thatcher, Reagan e Kohl – tentaram hegemonizar uma ideologia ultraliberal, o Consenso de Washington foi o principal instrumento para que essa ideologia se espalhasse e fosse aplicada diretamente nos países da América Latina.

Em pouco tempo o Consenso conseguiu difundir a subordinação do Estado ao mercado e consistia em dez medidas a serem implementadas por seus destinatários latinos<sup>217</sup>:

### **O consenso original de Washington de 1989<sup>218</sup>**

- 1. Disciplina fiscal.** Altos e contínuos déficits fiscais contribuem para a inflação e fugas de capital.
- 2. Redução dos gastos.** Mudança nas prioridades para as despesas públicas.
- 3. Reforma tributária.** A base de arrecadação tributária deve ser ampla e as MARGINAL TAX RATES moderadas.
- 4. Taxas de juros.** Os mercados financeiros domésticos devem determinar as taxas de juros de um país. Taxas de juros reais e positivas desfavorecem fugas de capitais e aumentam a poupança local.
- 5. Taxas de câmbio.** Países em desenvolvimento devem adotar uma taxa de câmbio competitiva que favoreça as exportações tornando-as mais baratas no exterior.
- 6. Abertura comercial.** As tarifas devem ser minimizadas e não devem incidir sobre bens intermediários utilizados como insumos para as exportações.
- 7. Investimento direto estrangeiro.** Investimentos estrangeiros podem introduzir o capital e as tecnologias que faltam no país, devendo, portanto ser incentivados.
- 8. Privatização.** As indústrias privadas operam com mais eficiência porque os executivos possuem um “interesse pessoal direto nos ganhos de uma empresa ou respondem àqueles que tem.” As estatais devem ser privatizadas.

<sup>217</sup> CANABRAVA FILHO, Paulo. América Latina pós Consenso de Washington: compondo uma nova cultura. *Revista Conjuntura*, São Paulo: Nova Sociedade, out. 2003, p. 3.

<sup>218</sup> Fonte: WILLIAMSON, John. *What Whashington means by policy reform*. Institute for International Economics. Washington: Editora Latin American Adjustment: How Much Has Happen, 1990.

**9. Desregulação.** A regulação excessiva pode promover a corrupção e a discriminação contra empresas menores com pouco acesso aos maiores escalões da burocracia. Os governos precisam desregular a economia.

**10. direito de propriedade.** Os direitos de propriedade devem ser aplicados. Sistemas judiciários pobres e leis fracas reduzem os incentivos para poupar e acumular riqueza.

A política da Nova Direita encontrou no Consenso de Washington o mecanismo sintetizador das ideias que seriam difundidas na América Latina nas últimas duas décadas. O sucesso do termo foi inesperado até mesmo para o próprio John Williamson:

Não é o que mais me faz feliz na vida, mas o fato é que eu sou melhor conhecido não por causa de algum teorema, ou idéia, ou análise empírica, mas por causa de uma frase que criei em 1989: a frase “consenso de Washington”. Pior ainda, esta é uma frase sem uma definição clara e geralmente aceita, mas com pelo menos três significados diferentes:

- Meu significado original, uma lista de 10 reformas específicas que (eu afirmei) em 1989 quase todo o mundo em Washington acreditava eram necessárias em quase todos os países da América Latina.
- O programa das organizações internacionais sediadas em Washington, principalmente o Banco Mundial e o FMI, para os países que são seus clientes.
- Um programa de neoliberalismo, o fundamentalismo do mercado, que aparentemente a esquerda acredita que as instituições internacionais estão dedicadas a impor aos países em desenvolvimento<sup>219</sup>.

A popularidade do Consenso pode ser explicada por alguns fatores. As novas administrações estatais eram favoráveis à livre economia de mercado e desejavam minimizar os custos e maximizar os benefícios das reformas econômicas que estavam sendo executadas. Não existiam propostas confiáveis dos grupos de oposição. E o mais determinante foi o fato de

---

<sup>219</sup> Em palestra proferida por John Williamson na semana do economista na FAAP, em São Paulo, em 25 de agosto de 2003.

o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial decidirem condicionar o acesso a seus empréstimos à adoção de reformas políticas inspiradas no Consenso<sup>220</sup>.

O problema foi que as medidas do Consenso se propagaram pelos países subdesenvolvidos rapidamente. Isso ocorreu porque eles se espelham nos países de economia avançada e aceitam suas propostas político-econômicas a qualquer custo. Nesse sentido, Souto Maior alerta que “muitas vezes as próprias ideias escondem suas verdadeiras intenções, sendo esse o campo de atuação da ideologia”<sup>221</sup>.

Outro fator é que as ideias neoliberais tiveram a seu favor a globalização e a internet. Essas duas ferramentas possibilitaram a generalização da ideia de que o trabalho não ocupava mais o primado no sistema capitalista e os custos trabalhistas atravancavam o desenvolvimento pleno da economia e da competitividade empresarial. Acompanhando a tendência, as grandes transnacionais passaram a dispensar trabalhadores e a adotar a empresa enxuta para melhorarem seu faturamento e ocuparem lugar no mercado concorrencial internacional.

Para tentar reconstruir o liberalismo e desconstruir o Estado social, a nova ideologia critica duramente a intervenção do Estado, pregando que este deve estar totalmente livre de quaisquer obstáculos para criar empregos. A ideologia neoliberal faz acreditar que direitos trabalhistas “são sinônimos de vantagens ou privilégios” que atrasam o crescimento econômico. Para superar o obstáculo que é o trabalhador e seus custos, a flexibilização é entendida como um caminho ideal e imprescindível para libertar o capital de amarras e gerar mais empregos<sup>222</sup>.

Nesse caso, o trabalhador ao receber sua remuneração não é entendido como um ser humano que recebe verbas alimentares, mas sim como um passivo que onera o sistema

---

<sup>220</sup> NAÍM, Moisés. Ascensão e Queda do Consenso de Washington: O Consenso de Washington ou a Confusão de Washington? *Revista Brasileira de Comércio Exterior – RBCE*, Rio de Janeiro: FUNCEX, 2000, p. 2.

<sup>221</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 107.

<sup>222</sup> ALMEIDA, Adriana Sousa de. *Desemprego e precarização das condições de trabalho nos países avançados*. Dissertação (Mestrado em Economia Social e do Trabalho)-Universidade de Campinas, Campinas, 2003, p. 60-61.



produtivo. A relação entre o capital e o trabalho ou a relação entre (des) emprego e mercado de trabalho é comparada à clássica Lei de Say<sup>223</sup>, sobre a oferta e a demanda. “Sendo assim, se os trabalhadores aceitam as condições do mercado haverá emprego. Caso contrário, se eles rejeitam as condições dadas e impõem as suas próprias condições serão os responsáveis pelo desemprego”<sup>224</sup>.

Maurício Godinho Delgado explica que este “diagnóstico sombrio”, lançado no mundo das ideias sobre o fim do trabalho, decorre das “determinações inescapáveis da terceira revolução tecnológica, da reestruturação empresarial externa e interna, além da acentuação da concorrência capitalista”, o que justificaria a precarização e o barateamento da mão-de-obra. Mas “o implemento desse tipo de reformulação trabalhista tende a agravar os efeitos sofridos pelos níveis de emprego e pelos trabalhadores nas respectivas economias e sociedades, em face da repercussão concentracionista de riqueza que enseja, além da diminuição da participação do valor-trabalho na renda nacional correspondente”<sup>225</sup>.

Essa ideologia neoliberal que toma a decisão de tornar o trabalhador o centro da crise baseia-se numa interpretação clássica da economia. Segundo a interpretação neoliberal, os desequilíbrios são causados pelas elevações salariais que fazem a produtividade deixar de ser flexível o suficiente para manter o nível de emprego.

Para a visão neoclássica do liberalismo o desemprego deriva do fato de os salários estarem muito elevados, acima do seu nível de equilíbrio, ou que teriam crescido muito em relação aos ganhos de produtividade. O “consenso neoclássico” destaca o que denomina de “efeitos negativos do bem-estar social”, como “os serviços sociais, a legislação de segurança no emprego, os salários mínimos e as negociações salariais centralmente negociadas”<sup>226</sup>.

---

<sup>223</sup> Remetemos o leitor para o primeiro capítulo, onde foi explicada a Lei de Say como forma de compreensão da economia típica de um modelo de Estado liberal.

<sup>224</sup> ALMEIDA, Adriana Sousa de. *Desemprego e precarização das condições de trabalho nos países avançados*. Dissertação (Mestrado em Economia Social e do Trabalho)-Universidade de Campinas, Campinas, 2003, p. 61.

<sup>225</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006, p. 66-67.

<sup>226</sup> DATHEIN, Ricardo. *O crescimento do desemprego nos países desenvolvidos e sua interpretação pela teoria econômica: as abordagens neoclássica, keynesiana e schumpeteriana*. Tese (Doutorado em Economia)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000, p. 83.

Portanto, é generalizada para o mundo a ideia de que os próprios trabalhadores são responsáveis pelo desemprego e pela fuga de capital da economia interna e que o resultado pode ser comprovado pelas baixas taxas de crescimento econômico.

A solução avistada pelos empregadores é cortar custos mediante redução dos salários e da sonegação dos demais encargos trabalhistas, pois o “empregador obrigado a respeitar a legislação trabalhista, com seus ‘enormes’ custos de admissão e demissão, é obrigado a substituir trabalho vivo por trabalho morto”. Essa dinâmica é instaurada através do incremento tecnológico ou mediante políticas de empregos atípicos, tais como temporários, subcontratados, em tempo parcial, estagiários, cooperados, dentre outros<sup>227</sup>.

Para Gláucia Campregher é preciso negar a negação do trabalho. O trabalho que foi até aqui o sujeito (negado) por trás do capital está hoje no auge do processo de negação. Por isso pleiteia a “negação dessa negação” ao invés de embarcar no discurso dominante de que vivemos o fim da sociedade do trabalho. Segundo essa autora:

Acima de tudo a negação do trabalho vivo aparece para a esquerda - positiva ou negativamente - não como o esgotamento de um padrão específico de sociabilidade baseada numa forma específica de trabalho, mas como o fim da “sociedade do trabalho”. Ou seja, mesmo os que querem ver nesse processo o “fim do capitalismo”, só o vêem por ser este também o “fim do trabalho”. Enquanto do outro lado ficam os que acreditam que o capital sobreviverá mais forte do que nunca com o (quando não por causa do) “fim do trabalho”. De fato, há mais autores chorando do que comemorando o fim do trabalho e de sua sociedade. Poucos, como Robert Kurz, vêem o fim do “trabalho abstrato”, como a anunciação da crise final da sociedade do capital. Mas o que é comum a “otimistas” e “pessimistas” é a carência de conhecimento da dialética do trabalho que acaba por transformá-los em contrários-idênticos. Para aqueles que só vêem negatividade na negação do trabalho, este, mesmo sob o capital, é essencialmente bom, promotor da solidariedade operária e do próprio conceito de classe trabalhadora e de seu potencial revolucionário.

---

<sup>227</sup> ALMEIDA, Adriana Sousa de. *Desemprego e precarização das condições de trabalho nos países avançados*. Dissertação (Mestrado em Economia Social e do Trabalho)-Universidade de Campinas, Campinas, 2003, p. 40.

Para os que vêem apenas positividade na negação do trabalho, o trabalho se identifica com o mal<sup>228</sup>.

Enfim, o que se pretende demonstrar é que a ideologia generalizada pelo mundo afora foi encabeçada pelo neoliberalismo econômico e político iniciado na década de 1970. Essa ideologia que busca um determinismo sobre o fim do primado do trabalho que não se sustenta.

A presente tese não concorda com esse determinismo do fim do primado do trabalho. A realidade pode demonstrar que a recuperação do valor do trabalho é válida inclusive para manutenção do próprio sistema capitalista. A missão a ser cumprida é reconhecer como o trabalho e os direitos que lhe asseguram permeiam toda a manutenção das estruturas produtivas e administrativas da sociedade. Para tanto, é fundamental que o juiz conheça essa realidade para que sirva de instrumento de efetivação desses direitos aos trabalhadores.

Maurício Godinho Delgado disserta:

O primado do trabalho e emprego na vida social constitui uma das maiores conquistas da democracia no mundo ocidental capitalista. Tal conquista sedimentou-se na gestão pública do chamado Estado de Bem-Estar social, característico de boa parte do século XX no ocidente, incrustando-se, desde então, no direito. Mesmo em países que não tiveram real experiência de *Welfare State*, como no Brasil, este primado incorporou-se à cultura jurídica, alcançando grande relevância nos princípios e regras da Constituição da República de 1988<sup>229</sup>.

Nesse sentido, na aplicação das normas trabalhistas ao caso concreto não pode o juiz fechar os olhos a essa nova realidade, nem tampouco acreditar ou se submeter à falsa idéia de que o trabalho está no fim.

---

<sup>228</sup> CAMPREGHER, Gláucia Angélica. *A quem interessa o fim do trabalho*. Localidade: Associação Brasileira de Estudos do trabalho. V Encontro Nacional, p. 882.

<sup>229</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006, p. 11.

A nova ideologia pregada no mundo não pode cegar o magistrado. Este deve focar seus esforços para a efetivação dos direitos trabalhistas. O direito se apresenta hoje não por si só, mas como resultado de uma evolução histórica social. “Da mesma forma como não se cria o direito por decreto, não se aniquila pelo mesmo modo”<sup>230</sup>.

## **4.2 Natureza e estrutura do direito**

No contexto do Estado atual não há uma nova caracterização da natureza e estrutura do direito que a distingue dos demais modelos de Estado. Na verdade, ocorre a continuação de um processo que se iniciou, nos países ocidentais, com o constitucionalismo, que é a submissão das leis à Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 continua sendo o norte pelo qual deve se guiar todo o processo de hermenêutica jurídica. Tanto no momento pré-jurídico de elaboração da norma, quanto no momento jurídico de aplicação, interpretação e integração, a validade desses processos está em atender a Constituição Federal.

Porém, algumas mudanças significativas ocorreram na natureza dos direitos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Esses direitos clamam por uma nova postura do juiz, que deve buscar reelaborar sua formação ética e teórica a fim de se afinar com a sociedade de hoje.

As normas e princípios constitucionais permanecem balizando a validade dos diplomas infraconstitucionais. De novo temos que a legislação deve buscar se adequar às novas características sociais advindas da globalização e da informatização e que propiciam a eclosão dos conflitos de massa.

A globalização é um fenômeno que pode ser sintetizado pela integração mundial sob todos os aspectos. Ela é instrumentalizada pela informatização e pelo encurtamento das

---

<sup>230</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 83

distâncias propiciado pela internet. Caracteriza-se pela difusão em escala global de ideias relacionadas à economia, à filosofia e à política. Enfim, qualquer tema está apto a ser compartilhado por todas as nações e povos em questão de segundos.

A globalização é um dos fatores que leva ao surgimento de conflitos de massa, de cunho coletivo e classista. Os conflitos de massa fazem surgir a chamada “terceira geração de direitos”. Tais direitos são difusos e é difícil delimitar seus titulares, pois são lesões aptas a atingir classes e coletividades inteiras.

Os conflitos de massa têm presença marcante nas relações trabalhistas e consumistas e correm o risco de coisificar o ser humano tornando-o passivo e retirando-lhe seu espírito crítico.

Finlayson narra o fenômeno da massificação:

Na medida em que os jornais e as revistas gradualmente adquiriram uma circulação de massa, eles ficaram absorvidos em corporações capitalistas gigantescas que funcionaram pelos interesses privados de alguns indivíduos poderosos. A opinião pública gradualmente perdeu a sua autonomia dual junto com a sua função crítica. Em vez de criar a formação de opinião racional e crenças confiáveis, a esfera pública dos séculos 19 e 20 se tornou uma arena na qual a opinião pública pode ser engessada e manipulada. Os jornais de comunicação em massa, as revistas, e os livros mais vendidos se tornaram, junto com rádio e transmissões de televisão, itens de consumo, que em vez de promover liberdade e florescimento humano de fato começaram a sufocar o ser humano. De fato, o estado, as instituições econômicas, e políticas tornam-se cada vez mais experiências de aclamação pública, e gerando, com isso, a aparência da legitimidade. Contudo, esta aparência consiste na verdade, em opiniões privadas de consumidores servis, não críticos, e economicamente

dependentes, e não em uma opinião pública sadia construída pelo debate público raciocinado<sup>231</sup>.

De fato, são conflitos que não podem mais ser reduzidos a meras controvérsias com objetos bem delimitados e entre indivíduos bem definidos. Pelo contrário, são conflitos com feições coletivas e classistas. Decorrem da organização e reestruturação do setor produtivo e da execução das políticas públicas dos políticos eleitos na década de 1970. Na esteira do neoliberalismo e atendendo ao Consenso de Washington, tais medidas levam ao surgimento de “grupos explorados economicamente e oprimidos social e culturalmente”. Tais grupos começam a ocupar um espaço público paralelo e clandestino em relação ao espaço público oficial e tradicional<sup>232</sup>.

A questão que se coloca é se a natureza e a estrutura do direito também mudam para se adaptar ou se adequar a esses novos conflitos. A resposta parece ser afirmativa, pois a tendência de imprimir uma dimensão substancial nas condições de validade das normas e idéia de democracia iniciada no Estado social continua mesmo após sua crise.

A natureza e a estrutura do direito, hoje, precisam responder às modificações sociais e culturais vivenciadas, sob pena de verem a proliferação de novas fontes normativas antes tradicionalmente reservadas à soberania do Estado.

De fato, o que se percebe na esfera civil é o franco retorno à autonomia privada, à proliferação de contratos particulares, à busca por meios alternativos de solução de conflitos, à

---

<sup>231</sup> FINLAYSON. James Gordon. *Habermas: a very short introduction*. Localidade: Oxford University Press, 2005, p. 13. (Tradução livre nossa: As newspapers and magazines gradually acquired a mass circulation, so they become absorbed into giant capitalist corporations that operated in the private interests of a few powerful individuals. Public opinion gradually lost its dual autonomy along with its critical function. Instead of fostering the formation of rational opinion and reliable beliefs, the public sphere in the 19th and 20th centuries became an arena in which public opinion could be stage-managed and manipulated. The mass-media newspapers, magazines, and bestseller novels became, along with radio and television broadcasts, consumer items, which instead of promoting freedom and human flourishing actually began to stifle it. To be sure, the state, economic, and political institutions became ever more skilled at winning public acclamation and support, and therewith the appearance of legitimacy. However, this support consisted in the private opinions of servile, uncritical, and economically dependent consumers, rather than in a healthy public opinion forged through reasoned public debate).

<sup>232</sup> FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005, p. 36.

escolha pela arbitragem, mediação e conciliação. Esse retorno sugere descrédito em relação à capacidade de o Estado gerir e resolver todos os problemas no montante e com a qualidade que se apresentam.

Luigi Ferrajoli explica como a globalização faz surgir os novos conflitos e como o despreparo estatal permite o aparecimento de inúmeras fontes normativas e decisórias:

Ademais, todo o processo de integração econômica mundial que chamamos globalização pode ser bem entendido como um vazio de direito público, produto da ausência de limites, regras e controles frente a força, tanto dos Estados com maior potencial militar, como dos grandes poderes econômicos privados. A falta de instituições a altura das novas relações, o direito da globalização vem se modelando cada dia mais, menos pelas formas públicas, gerais e abstratas da lei, mas pelas privadas do contrato, signo de uma primazia incontroversa da economia sobre a política e do mercado sobre a esfera pública<sup>233</sup>.

Esta também é a opinião de Armando Castelar Pinheiro:

Dentro de cada país, também, a busca de um modelo econômico capaz de produzir uma integração competitiva na economia mundial tem levado à crescente interação entre o direito e a economia, como refletido no aumento da regulação e no uso mais intenso dos contratos como forma de organizar a produção, viabilizar o financiamento e distribuir os riscos. Em particular, as reformas dos anos 90 -- privatização, abertura comercial, desregulamentação e reforma regulatória, na infra-estrutura e no sistema financeiro -- deram

---

<sup>233</sup> FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del Estado de derecho. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 22. (Tradução livre nossa: Por lo demás, todo el proceso de integración económica mundial que llamamos <<globalización>> bien puede ser entendido como un vacío de Derecho público producto de la ausencia de límites, reglas y controles frente a la fuerza, tanto de los Estados con mayor potencial militar como de los grandes poderes económicos privados. A falta de instituciones a la altura de las nuevas relaciones, el Derecho de la globalización viene modelándose cada día más, antes que en las formas públicas, generales y abstractas de la ley, en las privadas del contrato, signo de una primacía incontrovertible de la economía sobre la política y del mercado sobre la esfera pública).

grande impulso tanto à integração do Brasil na economia mundial como ao volume de regulação e à utilização de contratos<sup>234</sup>.

A tendência de multiplicação e superposição de órgãos decisórios dos conflitos pode ter resultados frutíferos na seara civil, que não nos arriscamos a defender ou criticar. Porém, na esfera trabalhista em um dos polos da relação há um ser humano que trabalha em troca de verbas alimentares. Ou seja, na esfera laboral, se essa tendência se confirma, corre-se o sério risco de os direitos trabalhistas serem extintos das relações privadas de trabalho.

Nesse sentido, toma maior importância o aprofundamento da importância dos princípios, colocando-os em posição de fundamento de validade do ordenamento jurídico e, consequentemente de todos os diplomas normativos.

As Constituições dos Estados contemporâneos são as mesmas elaboradas quando do advento do Estado social e em seu bojo abarcam inúmeros princípios que norteiam a atuação estatal e balizam as prioridades governamentais. Mas o mundo destinatário dessas Constituições não é mais o mesmo.

Por isso que as diretivas que baseiam a formação das normas no contexto atual devem ser retiradas de valores próprios da sociedade atual. Dessa forma, o ordenamento jurídico irá representar todo o arcabouço constituído de princípios, normas jurídicas e institutos visando à realização do bem-estar social e da justiça. Mesmo porque, quando o legislador completa seu trabalho, entregando mais uma norma, a sociedade que visava reger já está adiante. Portanto, outros valores fundamentais insculpidos na realidade devem ser valorizados.

A propósito, os conflitos sociais são a base da teoria material pela qual a Constituição possui “sentido político absoluto não podendo sua essência ficar contida numa lei ou numa norma”<sup>235</sup>. Para tanto, as fronteiras do ordenamento jurídico são abertas, dando passagem com

---

<sup>234</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* Rio de Janeiro: IPEA, 2003, p. 1.

<sup>235</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 104.



maior facilidade ao clamor social, à história das lutas de classes, para atender de forma eficaz aos anseios dos destinatários das normas.

No mundo globalizado, tal qual se apresenta, a realidade deve servir de instrumento para comensurar o direito, o econômico e o político. O juiz deve basear-se nos princípios constitucionais e também na nova realidade a fim de buscar a máxima efetividade dos direitos trabalhistas.

### **4.3 Ciência jurídica – Constituição jurídica**

A crise do Estado de Bem-Estar Social parece dar lugar a um novo modelo de Estado. Defini-lo é tarefa árdua e que demanda vindouros anos de história. Mas as Constituições o intitulam de “Estado Democrático de direito”. A par da nomenclatura que receba, trata-se de um momento da história em que há a ampla valorização dos princípios para a ordem jurídica.

Ganha relevo a preocupação de estimular e fortalecer a participação de grupos e classes no centro do poder político e público. Consequentemente, há a possibilidade de se tornarem mais efetivos o processo decisório e os atos de governo que passam a ser guiados pelos princípios constitucionais e pela justiça substancial que a realidade requer.

Atualmente os princípios são institutos de direito de suma importância inclusive tendo o reconhecimento de sua normatividade. De longa data colhe-se a origem dos princípios, mas o lugar por eles ocupado nas diversas fases de desenvolvimento da história, como liberalismo, modernidade e atualidade, nem sempre foi o mesmo.

Como visto nos capítulos anteriores, no liberalismo a tendência era um sistema fechado de regras já positivadas além das quais não poderia o intérprete ir. Essa época teve seu apogeu na teoria positivista de Hans Kelsen e a sua *Teoria Pura do direito*.

Já no Estado social há a superação do movimento do jusnaturalismo e a conseqüente derrocada do positivismo, tornando o terreno fértil para cultivo de reflexões acerca do direito,

sua função social e sua interpretação. Nesse modelo de Estado surge a necessidade de se conferir a igualdade substancial e tem seu apogeu pela elaboração das Constituições sociais da Alemanha e do México.

Para designar o contexto atual de crise do Estado social, o neologismo criado foi o “neoconstitucionalismo”. Essa designação foi adotada para conceituar o fenômeno pelo qual princípios, regras e valores passam a interagir na hermenêutica constitucional. A valorização dos princípios e sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais, além da atribuição aos mesmos de um valor normativo promovem a reaproximação entre direito e Ética<sup>236</sup>.

Ricardo Guastini afirma que pelo neoliberalismo a Constituição passa a ter a função de modelar as relações sociais por meio de suas normas, sobretudo os princípios gerais e as normas programáticas. Para ele, mesmo as normas programáticas podem e devem produzir efeitos diretamente e o juiz pode aplicá-las por ocasião de qualquer controvérsia a ele submetida.

Ronald Dworkin e Robert Alexy são os principais precursores desse movimento. Esses autores reconhecem a existência dos princípios e defendem sua força normativa, buscando desmontar a separação entre direito e moral.

Dworkin defende uma “leitura moral” que se caracteriza por um modo particular de ler e reforçar uma Constituição política, propondo que juízes, advogados e cidadãos interpretem e apliquem suas cláusulas abstratas na compreensão dos fatos concretos, invocando princípios morais sobre decência política e justiça<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 349-350

<sup>237</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Harvard: University Press, 1999, p. 3.

Robert Alexy afirma que pelo argumento dos princípios há uma abertura do direito positivo. O juiz passa a criar uma vinculação necessária entre o direito e a moral<sup>238</sup>. A par disso, afirma que a norma é o significado de um (ou mais) enunciado normativo; é aquilo que o enunciado normativo expressa.<sup>239</sup>

Nesse contexto, os princípios tomam uma importância fundamental para o direito, passando a servir de base para a construção da jurisprudência – aplicação -, para a elaboração e interpretação do direito.

Notadamente no direito do trabalho, essa guinada de importância dos princípios é extremamente relevante. Por ser um ramo jurídico construído sobre a constatação da desigualdade fática entre o trabalhador e patrão, invoca dois princípios: o da igualdade e o da proteção.

A própria diferença entre regras e princípios demonstra a arrancada de relevância destes tomada pela introdução de valores no ordenamento jurídico. Segundo Alexy um conflito de regras se soluciona ou introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou então declarando inválida, ao menos, uma das regras<sup>240</sup>. Ou seja, dado um determinado caso concreto, a regra “x” poderá ser aplicada ou não. Caso haja confronto entre duas regras, uma delas prevalecerá e implicará o descarte da outra.

Em relação ao conflito entre princípios a situação se difere, pois não se cogita em invalidação de um princípio ou introdução de alguma exceção. Pela ponderação haverá o estabelecimento de uma hierarquia axiológica entre os princípios em conflito. Ou seja, o intérprete realizará um juízo de valor pelo qual cada princípio terá um peso diferente e prevalecerá um ou outro dependendo do caso concreto<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> ALEXY, Robert. *El concepto de validez del derecho*. Barcelona/España: Gredisa Editorial. 1994, p. 20.

<sup>239</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 177.

<sup>240</sup> MORESO, José Juan. Conflictos entre principios constitucionales. In: Miguel Carbonell (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2.ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 113.

<sup>241</sup> Para aprofundamento na questão sugerimos: Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2.ed. Madrid: Trotta, 2005.

Então, o que se observa é a introdução de critérios axiológicos no momento de interpretação da norma, o que se dá pela larga utilização dos princípios. Assim, não obstante o ordenamento jurídico se baseie na teoria pura do direito de Hans Kelsen, esta sozinha não mais atende aos problemas do Estado social. É preciso observar a especial importância dos princípios.

Os princípios passam a ser considerados “valores que o direito reconhece como ideias fundantes do ordenamento jurídico, dos quais as regras jurídicas não devem afastar-se para que possam cumprir adequadamente os seus fins”<sup>242</sup>.

Em síntese apertada, os princípios desempenham os seguintes papéis: “a) condensam valores, espelhando a ideologia, os postulados básicos e os fins da sociedade; b) dão unidade e harmonia ao sistema, atenuando tensões normativas; c) condicionam a atividade do intérprete, que deve sempre buscar o princípio maior que rege o tema apreciado”<sup>243</sup>.

Luiz Roberto Barroso explica a importância adquirida pelos princípios nas Constituições dos países na atualidade:

Assim, os Princípios adquiriram o status de norma jurídica, atingiram o cerne do ordenamento jurídico, superando a ideia de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna compreende que as normas em geral, até mesmo as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os Princípios e as regras. Antes de uma classificação mais completa e avançada sobre a teoria dos Princípios, a distinção fundava-se, basicamente, no critério da generalidade. [...] as regras possuem conteúdo mais objetivo, em geral, restrito às situações específicas às quais se destinam. Por outro lado, os Princípios têm maior teor de abstração e incidência, atuando sobre vastas situações. Com base nessa moderna teoria.

---

<sup>242</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 33.ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 110.

<sup>243</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 327.

Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do Princípio da unidade da Constituição<sup>244</sup>.

Enfim, a introdução da normatividade dos princípios na ciência jurídica possibilitou ao Estado mecanismos para tentar desempenhar sua função ideal de transformação da realidade. Os direitos foram ampliados em virtude da abertura que a globalização, a informatização e a internet geraram. Eles são consequências dos conflitos novos que surgem dessa sociedade de massas. Para que o Estado efetive os direitos fundamentais, é preciso que dê especial importância aos princípios e compreenda a nova realidade que se delinea.

A massificação se estende desde a estrutura da sociedade e o relacionamento entre os povos até aos comportamentos e às relações sociais mais simples. Os interesses que são demandados no Poder Judiciário não dizem mais respeito tão-somente a um indivíduo determinado ou ainda àquele que integre um grupo. O que ocorre, na verdade, é que tais direitos são difusos e não têm titulares determinados, “pertencem ao mesmo tempo a todos, são insuscetíveis de apropriação individual e formam a terceira geração de direitos fundamentais”<sup>245</sup>.

A sociedade de massas faz surgir novos conflitos, com destinatários difusos e de difícil resolução pelo dogmatismo jurídico ou purismo legal imposto no Estado liberal. A compreensão dessa realidade pelos juízes e a utilização dos princípios constitucionais permitem a solução desses casos novos de modo a implementar a democracia.

Marilena Chauí fala sobre a relação direta entre democracia e ampliação de direitos:

I. A democracia é a única sociedade e o único regime político que considera o conflito legítimo. Não só trabalha politicamente os conflitos de necessidades e de interesses (disputas entre os partidos políticos e eleições de

<sup>244</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 327-328.

<sup>245</sup> PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. *Revista do Tribunal Regional da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, jan./jun. 2006, p. 115.

governantes pertencentes a partidos opostos), mas procura instituí-los como direitos e, como tais, exige que sejam reconhecidos e respeitados. Mais do que isso. Na sociedade democrática, indivíduos e grupos organizam-se em associações, movimentos sociais e populares, classes se organizam em sindicatos e partidos, criando um contra-poder social que, direta ou indiretamente, limita o poder do Estado;

II. a democracia é a sociedade verdadeiramente histórica, isto é aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo. Com efeito, pela criação de novos direitos e pela existência dos contra-poderes sociais, a sociedade democrática não está fixada numa forma para sempre determinada, ou seja, não cessa de trabalhar suas divisões e diferenças internas, de orientar-se pela possibilidade objetiva (a liberdade) e de alterar-se pela própria práxis<sup>246</sup>.

Em consequência do grande salto de importância tomada pela normatividade dos princípios, a relação entre o poder político e o direito passa a ter novos tons. Implica maior poder na atuação dos juízes, contra as arbitrariedades advindas da lei ou da ausência desta, a fim de assegurar os direitos trabalhistas constitucionalmente previstos e a própria unidade do ordenamento jurídico.

De fato, em tempo de crises do Estado, de consolidação de novos direitos e de surgimento de conflitos de massa aumenta a demanda por efetividade dos direitos previstos nas Constituições “Democráticas”. Nesse contexto, a atuação do Poder Judiciário é primordial na garantia desses direitos e na modificação do plano social.

Dessa forma, a compreensão da nova realidade o Estado, no exercício da atividade jurisdicional, torna o juiz apto a tomar decisões mais justas. Caso os juízes precisassem fundamentar suas decisões em um ordenamento jurídico estritamente dogmático e legalista poderiam cometer injustiças ou possibilitar lacunas, afinal o direito não consegue acompanhar os novos conflitos que surgem diariamente no seio social.

---

<sup>246</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Editora Ática, 1999, p. 433.

#### **4.4 A relação entre o público e o privado**

O relacionamento direto e intrincado entre as esferas pública e privada iniciada no Estado social prevalece em tempos de crise. Na verdade, tal diferenciação entre o público e o privado fez sentido e aconteceu realmente no período do Estado liberal, quando essas duas esferas podiam realmente ser analisadas sob perspectivas estanques e quase incomunicáveis.

Conforme visto no capítulo I do presente estudo, no século XVIII havia uma separação quase absoluta entre o Estado e a sociedade civil. Não havia intervencionismo da esfera pública em nome da autonomia da vontade e sob o fundamento da igualdade que, sabemos, era apenas formal. Existia uma separação entre o público e privado que fazia da economia um terreno infenso à intervenção estatal<sup>247</sup>.

Essa dicotomia entre o público é superada com o advento do Estado social, estudado no capítulo II. Nesse período se desenvolvem os direitos de segunda geração e um novo modelo econômico-político de intervenção do Estado na economia e nas relações privadas.

Mas esse modelo de Estado entra em crise na década de 1970. Como visto, a crise tem origens na recessão, no fenômeno da globalização e na vitória eleitoral de políticos liberais e com programas abertos de desconstrução do Estado social. Segundo Scarparo:

O posterior processo de globalização econômica fragilizou o Estado que passou a contar com cada vez menores poderes de condicionar, pela soberania, a atuação de forças presentes em seu território, retomando-se, pela via reversa, parte do poderio dos interesses e das liberdades privadas. A globalização econômica diminuiu a soberania política das nações, uma vez que os Estados perderam parte de seu poder de regulamentação independente. Pode-se ver a queda do Poder Público de intervir nas esferas particulares na constante privatização de bens estatais ou até mesmo no campo jurisdicional,

---

<sup>247</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 36.

como se percebe pelo crescimento da arbitragem e de outros meios alternativos à solução de litígios<sup>248</sup>.

No Estado social os espaços público e privado foram preenchidos pela ideia de um direito social e de um Estado promotor. Na medida em que o Estado tinha a função de zelar pelo bem-estar dos indivíduos da sociedade civil, ficava cada vez mais difícil a delimitação das fronteiras do espaços público e privado<sup>249</sup>.

E nos dias de hoje a multiplicação de direitos e de conflitos de massa clama ainda mais pela participação efetiva do Estado. Este deve ter intensa produção legislativa, mas principalmente uma postura atuante e direta do Judiciário, através de seus magistrados, buscando solucionar os conflitos e não deixá-los à margem do ordenamento jurídico.

O processo iniciado no Estado social de substituição das codificações típicas do Estado liberal pelo surgimento de diversos diplomas normativos se intensifica atualmente.

Ressalte-se que hoje a sociedade é de massas e os direitos são de terceira geração. O tom característico desses direitos é a indeterminação dos destinatários. Via de consequência, demandam melhor atuação da jurisdição em seu regramento, ou seja, maior participação estatal na sociedade civil. Diante dessa realidade, fica difícil se falar em dicotomia entre o público e o privado.

De fato, a separação entre o Estado e a sociedade, governo e a economia de mercado, ordenamento jurídico e a autonomia privada, justiça distributiva e a justiça comutativa<sup>250</sup> são conceitos que não atendem mais a uma sociedade de massa e com conflitos que transcendem a esfera individual.

---

<sup>248</sup> SCARPARO, Eduardo Kochenborger . A dicotomia público-privado no direito processual civil. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. (Org.). *Constituição, jurisdição e processo*. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 211-230.

<sup>249</sup> MAIA, Alexandre da. *A dicotomia público x privado com o advento do Estado social: uma análise crítica à obra de Hannah Arendt*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=53&p=2>> Acesso em: 02 set. 2008.

<sup>250</sup> Justiça comutativa diz respeito ao livre equilíbrio de mercado.



Em tais termos, Jorge Luiz Souto Maior acrescenta:

Apresenta-se como puramente ideológica a dicotomia Estado/sociedade civil, patrocinada pelo liberalismo, na medida em que nega a importância do papel do Estado na construção da justiça social, ao mesmo tempo em que possibilita que a força do Estado – que, inegavelmente, existe- seja utilizada para manter e aumentar a opressão e a injustiça, mas, perversamente, não se apresenta como tal. E, mais, o Estado, ainda, é aproveitado para a proteção de interesses dos dominantes<sup>251</sup>.

Atentamos para uma questão importante acerca da superação dessa dicotomia entre o público e o privado. Há autores que a criticam por enfocarem essa interpenetração sob o ponto de vista das mazelas provocadas na sociedade de massas. Ou seja, no sentido dos efeitos nefastos da informação na vida privada e na intimidade das pessoas. Por outro lado, até aqui enfocamos a questão sob outra abordagem, a no sentido de que a superação dessa dicotomia é válida e deve ser buscada na medida em que o Estado passa a ser mais atuante na sociedade civil como instrumento de realização de seus anseios e de seus direitos fundamentais.

Analisando a questão sob o ponto de vista dos efeitos provocados na sociedade de massas pela globalização e pela renovação tecnológica, é verdade que, na mesma medida que surgem novos direitos, surge uma forte ideologia que vem modificando drasticamente o modo de vida das populações de todos os países. Segundo Tiago Octaviani:

Os acontecimentos não possuem mais uma repercussão apenas local, mas sim mundial. Uma catástrofe passa a ser conhecida pelo outro lado do mundo em questão de segundos. Uma desvalorização da bolsa norte-americana faz entrar em crise toda a economia mundial, e assim por diante. Tudo gira em torno da informação. Os meios de comunicação, cada vez mais aprimorados e eficientes, por um lado, facilitam e dinamizam as relações entre os homens, mas por outro, acabam por transformar em público informações que

---

<sup>251</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 113.

deveriam ser privadas. Prova disto é a enorme sobrecarga verificada nos tribunais de casos cujo assunto é a violação de direitos privados<sup>252</sup>.

Esse enfoque da relação entre o público e o privado leva em conta a tendência de a sociedade informatizada e globalizada gerar a massificação de cidadãos apolíticos e acríticos. Assim:

O ambiente familiar é tomado e invadido, com os meios de comunicação, pela uniformização informativa, de forma a não mais haver uma discussão racional e ideológica dos assuntos referentes à cidade ou ao Estado, mas sim uma imposição de valores e ideias que podem perigosamente levar à alienação proposta por Karl Marx. Além do mais, a massificação e uniformização de ideias acaba por abafar a personalidade individual, além de obscurecer a capacidade de questionamento de cada indivíduo<sup>253</sup>.

As informações em rede não se preocupam com as ideias e pensamentos particulares dos indivíduos e os inserem em uma massificação de informações e ideias preestabelecidas. Aos indivíduos sobra somente a liberdade de aderir ou manter-se alheio. São os efeitos nefastos da sociedade de massas.

Nesse sentido, sem dúvida a distinção entre opinião pública, opinião de grupos e opinião pessoal perde espaço e dá lugar a uma cultura de massas e de alienação que cria terreno fértil para a consolidação de ideologias dominantes, que, em termos de neoliberalismo, pode ser fatal.

#### **4.5 Terceira geração de direitos**

---

<sup>252</sup> OCTAVIANI, Tiago. *Globalização e constitucionalismo frente à dicotomia público e privado*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7803>>. Acesso em: 7 set. 2009.

<sup>253</sup> OCTAVIANI, Tiago. *Globalização e constitucionalismo frente à dicotomia público e privado*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7803>>. Acesso em: 7 set. 2009.

No desenvolvimento do primeiro capítulo, demonstramos a ligação direta entre as características dos direitos de primeira geração e o paradigma de Estado liberal de direito. No capítulo seguinte explicitamos a vinculação do paradigma de Estado social com os direitos denominados de segunda geração.

No contexto de crise do Estado social começam a se delinear os direitos de fraternidade e de solidariedade, que vêm fundamentar a terceira geração de direitos. Tais direitos têm viés coletivo e difuso, dos quais temos exemplos a paz, a autodeterminação dos povos, o meio ambiente e a qualidade de vida.

A terceira dimensão de direitos surge como fruto do próprio desenvolvimento da sociedade e da transformação do modelo de Estado social. Mas, antes de tudo, é filha legítima da revolução tecnológica pela qual vem passando a sociedade e que recebe o nome de terceira revolução tecnológica.

Esse avanço tecnológico é caracterizado pelo surgimento e aprimoramento rápido e contínuo da microinformática, internet, microeletrônica e da robótica, dentre outros fatores. É a marcha da história que continua e cria terreno fértil para a invenção da internet e o aprimoramento das comunicações, “diminuindo a distância entre os povos”, e tornando “homogêneos valores, costumes e a idéia de consumo em massa, da globalização econômica e cultural”<sup>254</sup>.

Para alguns a terceira revolução tecnológica é sinônimo do fim da sociedade do trabalho, na medida em que nos próximos anos novas e mais sofisticadas tecnologias de *software* aproximarão cada vez mais a civilização de um mundo praticamente sem trabalhadores.

---

<sup>254</sup> ARAÚJO, Carolina Lobato Góes. *Direitos metaindividuais e ação civil pública : a perspectiva contemporânea da tutela coletiva trabalhista*. Dissertação (Mestrado Direito do Trabalho)-Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, p. 37.

Para essa corrente de análise dos impactos da tecnologia na sociedade do trabalho, a “maciça substituição do homem pela máquina” traz a necessidade de cada nação repensar o papel a ser desempenhado pelos seres humanos no processo social.<sup>255</sup>

Mas outros pensadores obtemperam ao considerar que estando em curso a terceira revolução tecnológica é imprudente prever ou preconizar seus efeitos próximos ou longínquos. Ademais, advertem que a terceira revolução tecnológica representa, na verdade, o acelerado aumento da produtividade do trabalho tanto na indústria como em numerosos serviços.<sup>256</sup>

Sem dúvida, essa nova revolução tecnológica apresenta avanços e retrocessos. A descoberta de novas tecnologias gera progresso e crescimento tanto econômico quanto humano. Não obstante, também gera prejuízos em larga escala e para grupos indeterminados de pessoas, como danos ambientais e ao patrimônio cultural da humanidade.

Nesse contexto, os direitos de terceira dimensão são caracterizados pela dificuldade de titularização por determinado grupo ou coletividade e por não serem restritos a um número especificado de destinatários. Ou seja, são direitos de toda humanidade globalmente considerada, porém não podem ser titularizados de forma individual por ninguém.

Pedro Lenza afirma que os direitos da terceira geração vêm sendo batizados de metaindividuais ou transindividuais, visto que transcendem o indivíduo, não mais se restringindo à relação individual. Eles fazem correspondência com o lema da fraternidade ou solidariedade profetizado na Revolução Francesa<sup>257</sup>.

Mancuso afirma que outra peculiaridade desses direitos humanos de terceira geração é sua duração efêmera. Pela efemeridade entende que tais direitos se modificam na medida em

---

<sup>255</sup> RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo*. São Paulo: M. Books, 2004, p.47.

<sup>256</sup> SINGER, Paul. *Globalização e desemprego: diagnósticos e alternativas*. 2.ed. São Paulo: Contexto, 1998, p.17.

<sup>257</sup> LENZA, Pedro. As transformações do Estado e a multiplicação dos direitos. In: *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 29.

que se alteram as condições fáticas que os ensejam, que podem se extinguir e reaparecer posteriormente<sup>258</sup>.

Ressalte-se que são direitos que complementam os de primeira e segunda geração. Apresentam como objeto central a solidariedade e a fraternidade e se caracterizam pelo fato de seus destinatários serem indeterminados. Apreendem o ser humano sob o ponto de vista universal, sem considerar as barreiras nacionais dos Estados.

Os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais e indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade<sup>259</sup>.

Os direitos de terceira geração surgem no contexto do Estado contemporâneo e com ele se relacionam intrinsecamente. O novo modelo de Estado de direito que se constrói é delineado justamente pelos conflitos de massa, que atingem toda a coletividade, pelo avanço tecnológico que une os povos através da informática e da internet e pela economia globalizada que prega o fim das barreiras comerciais entre as nações.

A terceira geração tem direitos de titularidade coletiva: a) no plano internacional: direito ao desenvolvimento e a uma nova ordem econômica mundial, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito à paz; b) no plano interno: interesses coletivos e difusos, como, por exemplo, o direito ao meio-ambiente<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup> PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, jan/jun. 2006, p. 117.

<sup>259</sup> STF, Pleno, MS n. 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

<sup>260</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Os direitos sociais na Constituição do Brasil*. Texto básico de palestra proferida em Madri, Espanha, na Universidade Carlos III, sob o patrocínio desta e da ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do trabalho, em 10 mar. 2003.

Já se fala, atualmente, em direitos de quarta geração, mas a definição de seu conteúdo é bastante divergente. Podem compreender desde o direitos à democracia, à informação e ao pluralismo<sup>261</sup>, como o direito ao desenvolvimento da “biotecnologia, tais como células tronco, privacidade dos dados genéticos, reprodução assistida, transplantes, mudança de sexo”<sup>262</sup>, etc.

Nesse sentido também temos Norberto Bobbio<sup>263</sup>, para quem a quarta dimensão tem como elemento principal o direito à propriedade genética, advinda da conjugação dos avanços tecnológico e científico, que permitirá a manipulação crescente do patrimônio genético de cada indivíduo.

Importante ressaltar do estudo da terceira dimensão de direitos é sua vinculação direta com a formatação de um novo modelo de Estado, tendo em vista que o Estado social entra em crise.

Isso demonstra que a marcha da história e o desenvolvimento do direito estão intrinsecamente ligados à escolha política dos governantes, ao funcionamento da economia, à demanda social e à respectiva resposta dada pela ordem jurídica.

Enfim, o Estado deve buscar conferir efetiva proteção a esses novos direitos de terceira geração, seja revisitando conceitos ou criando novos mecanismos para viabilizá-los. Nesse sentido, o juiz exerce papel relevante, pois são eles que fazem a ponte entre o direito e os conflitos sociais. Para tanto, precisam abandonar aquela visão liberal-individualista própria do liberalismo clássico e que não se identifica mais com os conflitos de massa da sociedade de hoje.

---

<sup>261</sup> BONAVIDES, Paulo. A teoria dos direitos fundamentais. *Curso de direito Constitucional*, p. 571.

<sup>262</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 127-129

<sup>263</sup> GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses individuais homogêneos na perspectiva das “ondas” de acesso à justiça. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). *Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2004, p. 58.

#### ***4.6 Direito do trabalho como marco regulatório***

A superação do Estado liberal e formalista coincide com a formação inicial do direito do trabalho. Mas este vem a se desenvolver plenamente pela consolidação do Estado social no pós-guerra.

No contexto do atual a situação do direito do trabalho é bem diferente e suas características se vinculam diretamente ao novo modelo de Estado e as condições sociais, econômicas e políticas que o cercam.

Estamos falando de um Estado caracterizado por uma sociedade de massas, de ideias pluralistas, envolvido em uma política mundial de tons nitidamente neoliberais. Isso significa que há a tendência de se desregulamentar as normas trabalhistas, de abertura econômica e de mundialização do capital. Também ocorre a multiplicação de direitos e de conflitos de massa. Por isso a jurisdição deve buscar se adequar a essa nova realidade, principalmente em virtude do desprestígio pelo qual vem passando o direito do trabalho em fase de neoliberalismo.

Ainda que a sociedade seja de massas e esteja passando por uma séria e importante reestruturação produtiva, o direito do trabalho não perde sua importância, como quer fazer pensar a corrente ultraliberal do pensamento. Pelo contrário, ele cresce em necessidade na medida em que limita e moraliza o capitalismo.

A terceira revolução tecnológica muda as bases da produção de bens e serviços. Isso tem o aspecto positivo de mostrar que a sociedade é dinâmica e está em inexorável desenvolvimento.

Quando o capitalismo deixa de ser industrial, o trabalho imaterial ganha relevo. A sociedade muda e, com ela, as relações de trabalho e os direitos trabalhistas. Enfim, muda o direito do trabalho, mas isso não significa seu fim.

Márcio Porchman alerta que acreditar na assertiva de que parece intransplantável o fato de que ou se precariza ou se aceita o desemprego é acreditar numa falsa disjuntiva. É plenamente possível que todos trabalhem, pois a centralidade do trabalho permanece evidente como um elemento de organização da vida humana, porém com uma temporalidade muito menor nos dias atuais. Afirma esse autor:

Entretanto, continuamos discutindo as condições de trabalho ainda como herdeiros do capitalismo do século XX. É preciso considerar que estamos diante de uma nova possibilidade técnica de organização do trabalho, com jornadas diárias de quatro horas por três dias por semana, com ingresso no mercado de trabalho somente a partir dos 25 anos de idade. Antes disso, a pessoa deve ser totalmente integrada a uma educação que deve ser recebida ao longo de toda sua vida, diante da complexidade da sociedade contemporânea. Ademais, estamos próximos também de chegar a uma longevidade que vai bater ao redor dos 100 anos de idade, não mais nos 70 anos atuais ou – como era há um século - de 40 anos<sup>264</sup>.

Portanto, é possível que o Estado se adapte à nova sociedade sem que isso signifique o sacrifício dos direitos de seus principais atores, os trabalhadores.

Como viver num mundo sem trabalho? Porque continuar acreditando nessa falsa ideologia? É simples imaginar que o mundo não sobrevive sem seus homens, cidadãos. Há possibilidade de um mundo tão-somente do capital?

Atualmente, o Estado está diante de um novo contexto de abertura de mercados, de capital especulativo, de mobilidade do capital em tempo real e em escala mundial, de fraco crescimento econômico e de concorrência acirrada. A par disso, as empresas e a direita política colocam em execução um plano de flexibilização e precarização do trabalho em nome do crescimento econômico e de melhores condições para a livre concorrência. Isso faz com que “governos, sindicatos e cidadãos se sintam cada dia mais impotentes e submissos ao que

---

<sup>264</sup> PORCHMANN, Márcio; ANTUNES, Ricardo. *O novo mundo do trabalho. O trabalho no novo mundo*. Entrevista conferida ao jornal da Unicamp, em 04 de abril de 2007. *Jornal da Unicamp*, Campinas, Edição 354, de 9 a 15 de abril.



parece ser a lógica do sistema”. Nessa nova ordem a classe trabalhadora se vê envolvida por um ambiente de flexibilização do trabalho, redução da formalidade e constante ameaça de desemprego<sup>265</sup>.

Para Ricardo Antunes a reestruturação produtiva faz com que as empresas se organizem em redes, enxuguem a produção e reduzam os custos. Elas buscam desorganizar a classe dos trabalhadores como principal mecanismo para participarem da concorrência empresarial. No entanto, ainda que ocorra uma retração do proletariado industrial taylorista e fordista, há a ampliação das múltiplas formas de assalariados. Ou seja, falar no fim do trabalho é, no limite, insustentável. Para esse autor:

Basta conceber de forma ampliada a noção de trabalho, como sinônimo de atividade humana vital, para perceber que todas as formas de sociabilidade humana, desde o passado mais remoto até as projeções mais longínquas, estão a ele associadas. Num plano ontológico, a humanidade não pode reproduzir-se sem trabalho, aqui entendido como atividade vital que produza bens socialmente úteis<sup>266</sup>.

Ressalte-se que não se busca negar a debilidade que vem sofrendo o trabalho, tampouco mascarar os altos níveis de desemprego vivenciados pelos países. De fato, eles existem e são resultado direto da dinâmica do sistema capitalista. O capitalismo sem amarras não encontra limites no ser humano e tenta se desenvolver sem se preocupar em gerar benefícios paralelamente aos trabalhadores.

O capitalismo que se desenvolve sem uma contrapartida benéfica aos trabalhadores tem consequências naturais. Ou seja, as modernas tecnologias, a abundância material e o

---

<sup>265</sup> ALMEIDA, Adriana Sousa de. *Desemprego e precarização das condições de trabalho nos países avançados*. Dissertação (Mestrado em Economia Social e do Trabalho)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003, p. 2.

<sup>266</sup> ANTUNES, Ricardo; PORCHMANN, Márcio. *O novo mundo do trabalho. O trabalho no novo mundo*. Entrevista conferida ao jornal da Unicamp, em 04 de abril de 2007. *Jornal da Unicamp*, Campinas, Edição 354, de 9 a 15 de abril.

desenvolvimento científico naturalmente vêm acompanhados de desigualdade, exclusão social e desemprego<sup>267</sup>.

Inclusive vários autores preconizam a descentralidade do trabalho no Estado atual. Dentre eles, destacam-se Claus Offe, André Gorz e Jeremy Rifkin.

André Gorz é um sociólogo francês e seu principal livro chama-se *Adeus ao Proletariado*. O livro foi publicado em 1980 e já anuncia sua posição frente à questão da centralidade do emprego na sociedade de hoje.

Gorz prega a impossibilidade de reconstrução da era do pleno emprego vivenciado no Estado keynesiano e fala em uma sociedade do desemprego e do tempo liberado. Ele acredita que a sociedade de tempo liberado só seria alcançada pela redução do tempo de trabalho. Para Gorz, na concepção antropológica o trabalho nunca foi fator de integração social. Pelo contrário, era um fator de exclusão, pois nas sociedades pré- modernas o trabalho era indigno e destinado às pessoas “inferiores”, na medida em que este era a garantia de sua sobrevivência<sup>268</sup>.

Porém, ainda que defenda a diminuição do tempo de trabalho e veja o desemprego como algo favorável, Gorz não encara tais fatores sob a ótica do neoliberalismo.

Pelo contrário, Gorz tem uma visão humanista do trabalho. Para ele a diminuição do tempo de trabalho tornaria a sociedade mais humana. Para tanto, afirma que a diminuição do tempo de trabalho não pode implicar a perda nos rendimentos. Sua intenção é fazer com que o trabalhador utilize o tempo economizado no trabalho, em atividades intelectuais, artísticas e/ou assistenciais, mas sem fins econômicos<sup>269</sup>.

---

<sup>267</sup> ALMEIDA, Adriana Sousa de. *Desemprego e precarização das condições de trabalho nos países avançados*. Dissertação (Mestrado em Economia Social e do Trabalho)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003, p. 2.

<sup>268</sup> GORZ, André. *Metamorfoses do trabalho: crítica da razão econômica*. Tradução de: Ana Montoia. São Paulo: Annablume, 2003, p. 25.

<sup>269</sup> GORZ, op.cit., p. 200-208.

As ideias do sociólogo alemão Claus Offe podem ser conhecidas através de seu texto *Trabalho: a categoria chave da Sociologia?*, publicado em 1989. Para Offe, o trabalho estaria perdendo seu status de fato da vida e sendo privado de seu papel de força subjetiva motivadora central da atividade dos indivíduos. Por isso, nega a centralidade e postula a “implosão da categoria trabalho” na constituição da identidade dos trabalhadores, baseando-se nos seguintes argumentos:

- I. O trabalho deixa de ser tratado como o mais importante princípio organizador das estruturas sociais, dado que as pesquisas voltam-se para a vida cotidiana, fora da esfera do trabalho;
- II. A vasta heterogeneidade empírica do trabalhador, a partir do qual o fato de ser um empregado, ou da dependência em relação ao salário, não mais constituiria foco da identidade coletiva e divisão social e política;
- III. O declínio da ética do trabalho, à medida que, no nível da integração social, o trabalho como um dever humano ético está provavelmente se desintegrando; e
- IV. O trabalho vem perdendo sua característica de se colocar com uma necessidade, ao nível da integração do sistema<sup>270</sup>.

Por fim, na recente década de 1990 o norte-americano Jeremy Rifkin escreve *O fim dos empregos*. O livro foi publicado em 1995 e nele Rifkin afirma que o Estado atual vivencia a “Era da Informação” e da “revolução da alta tecnologia”, delineando um “mundo sem trabalhadores”. Ele preconiza o fim massivo do trabalho formal e a formação do novo proletariado de máquinas. Termina dizendo que, ao contrário do que aconteceu nas últimas duas revoluções tecnológicas, em que a extinção de determinados postos de trabalho acontecia paralelamente ao surgimento de outras colocações entre setores diversos, atualmente a revolução tecnológica atinge todos os setores indistintamente<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> TONI, Míriam. Visões sobre o trabalho em transformação. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 5, n. 9, jan./jun. 2003, p. 255.

<sup>271</sup> RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo*. São Paulo: M. Books, 2004, p. 3-30. A respeito, consultar também: TONI, Míriam. Visões sobre o trabalho em transformação. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 5, n. 9, jan./jun. 2003, p. 257.

Fazendo o contraponto aos posicionamentos acima, há autores que afirmam a centralidade do trabalho e sua importância para a própria sobrevivência do capitalismo. Eles enxergam a importância que o trabalho, desde sua origem, tem de gerar a consciência política dos trabalhadores. Por isso concebem o direito do trabalho como limite ao avanço capitalista, na medida em que confere sentido ao sistema econômico e proporciona dignidade humana ao trabalhador.

Manuel Castells publicou seu livro *A sociedade em Rede* em 1999. Para ele, a sociedade está sofrendo a mudança de paradigma da sociedade industrial para a sociedade informacional. Essa mudança faz surgir o trabalho em redes globais. Nessas redes a mão-de-obra aparece em escala global, desagregada em seu desempenho, fragmentada em sua organização, diversificada em sua existência e dividida em sua ação coletiva. Porém, Castells atribui às organizações e instituições sociais a possibilidade e a capacidade de desempenharem importante papel na reversão das condições desfavoráveis à grande parcela de trabalhadores<sup>272</sup>.

Já o estudioso francês Robert Castel tem em sua obra *As metamorfoses da questão social*, publicada em 1998, a preocupação em utilizar o termo desfiliação do trabalhador no lugar de exclusão. A preferência pelo termo é porque a desfiliação expressa um erro de percurso que pode ser corrigido, demonstra uma ruptura, uma dissociação e uma desqualificação, ao passo que a exclusão leva ao estado de privação<sup>273</sup>.

Nesse sentido, Castel afirma que a nova questão social não se resume à retração do crescimento, tampouco ao fim da era do pleno emprego. A questão social consiste no papel integrador que o trabalho desempenha na sociedade e no fato de vir sofrendo vulnerabilidades fundadas no enfraquecimento das suas proteções historicamente tecidas<sup>274</sup>. De acordo com esse autor:

---

<sup>272</sup> TONI, Míriam. Visões sobre o trabalho em transformação. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 5, n. 9, jan./jun. 2003, p. 265.

<sup>273</sup> CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 25-26.

<sup>274</sup> TONI, op.cit., p. 268.

Analisando o contexto atual, de internacionalização do mercado em meio a exigências crescentes impostas pela concorrência e competitividade, Castel identifica que o trabalho vem sendo alvo de dois tipos de redução de custos face aos requisitos da flexibilização: de um lado trata-se de minimizar o preço da força de trabalho, de outro, de maximizar sua força produtiva. Os desdobramentos dessa dinâmica da modernização incidem sobre a problemática do emprego através de três manifestações principais: o desemprego, a precarização do trabalho e a individualização... O paradoxo é que essa situação se eclode após um processo secular de construções de relações entre os indivíduos e o trabalho que, através de lutas, sofrimentos e coerções, conformou uma civilização do trabalho. Face aos primórdios da industrialização, se configura uma vulnerabilidade de após proteções<sup>275</sup>.

Boaventura Santos é um sociólogo português que analisa a metamorfose do contrato social no Estado atual. Para tanto, examina a realidade das duas últimas décadas do século XX.

Segundo Boaventura Santos, a contratualidade na sociedade atual vem passando por uma crise que apresenta dois processos nítidos de exclusão do trabalhador. O primeiro diz respeito ao “pós-contratualismo” que leva à exclusão de grupos e interesses sociais até então inseridos no contrato social, sem perspectiva de retorno, levando o cidadão à condição similar à de servo. O segundo é o do “pré-contratualismo” que bloqueia o acesso de grupos sociais, antes com boas expectativas, à cidadania.

Por isso Boaventura Santos propõe uma nova contratualidade social baseada na redescoberta democrática do trabalho. Um novo contrato social que “não se assente em distinções rígidas entre Estado e sociedade civil, entre economia política e cultura, entre público e privado”<sup>276</sup>. A redescoberta democrática é condição inarredável para a reconstrução

---

<sup>275</sup> TONI, Míriam. Visões sobre o trabalho em transformação. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 5, n. 9, jan./jun. 2003, p. 269.

<sup>276</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré contratualismo e o pós contratualismo. In: HELLER, A. et. al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 64-66.

da economia como forma de sociabilidade democrática e não reduz o trabalho a um mero fator de produção<sup>277</sup>.

Enfim, ficou demonstrado o contraponto entre duas correntes do pensamento acerca da centralidade do trabalho na sociedade de hoje.

Ambas as correntes se aproximam no que se refere aos efeitos prejudiciais que a reestruturação produtiva e o fenômeno da globalização causam ao trabalho. Porém, os teóricos do fim do trabalho equivocam-se ao dizer que o trabalho está desaparecendo. Para mostrar o equívoco cabal dessa tese, o país que mais cresce hoje em termos capitalistas, em escala global, é a China. Justamente por contar com algo em torno de 800 milhões de pessoas é que é possível o rebaixamento da remuneração da força de trabalho a um nível antes inimaginável<sup>278</sup>.

É possível fazer a opção pela valorização do trabalho. A sua permanência é necessária à própria manutenção do sistema capitalista, pois não há como imaginar o mundo sem trabalho.

#### ***4.7 Mudanças na jurisdição: o papel do juiz na efetivação dos direitos trabalhistas***

No capítulo que se encerra foi feito um relato histórico dos fatores filosóficos, sociológicos, políticos e econômicos que caracterizam o Estado social em crise. Ademais, foi caracterizada a sociedade atual e enfatizada a importância que o direito do trabalho tem como humanizador do sistema capitalista.

Agora é alcançado o cerne da presente tese.

---

<sup>277</sup> TONI, Míriam. Visões sobre o trabalho em transformação. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 5, n. 9, jan./jun. 2003, p. 273.

<sup>278</sup> ANTUNES, Ricardo. *O novo mundo do trabalho. O trabalho no novo mundo*. Entrevista conferida ao jornal da Unicamp, em 04 de abril de 2007. *Jornal da Unicamp*, Campinas, Edição 354, de 9 a 15 de abril.

*Afirmar a importância do papel do magistrado na efetivação dos direitos trabalhistas no contexto da crise do Estado social. Demonstrar que o juiz pode ser o instrumento de efetivação de direitos trabalhistas na medida em que adequa o aparato jurisdicional à realidade social e reafirma a centralidade do trabalho.*

Esse item será tratado especificamente no próximo capítulo, totalmente reservado para a análise de qual seria o papel do juiz na efetivação dos direitos trabalhistas no contexto da crise do Estado social.

## **5 O PAPEL DO JUIZ NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

A sociedade contemporânea vem vivenciando uma fase de transformações amplas e multifacetadas que teve início na crise do Estado social de direito. Tais modificações ocorrem em todos os setores do conhecimento e afetam diretamente o Poder Judiciário.

Essa sociedade atual caracteriza-se pela substituição radical de paradigmas, numa velocidade tal que o Estado-legislador não consegue acompanhar, com influências diretas sobre a organização jurídica dos Estados<sup>279</sup>.

Ocorre o fenômeno da inflação legislativa, porém essa larga produtividade de normas é duvidosa do ponto de vista qualitativo. Além disso, tais normas têm características diferentes, sendo mais abertas. As referidas normas retiram a velha função do Poder Judiciário de impor sanções a situações tipificadas pelo ordenamento vigente, que passa agora a exercer a missão de efetivar direitos colocados na Constituição Federal.

De fato, o crescimento do volume da legislação acarreta dois fenômenos. A sobrecarga do Poder Legislativo e a freqüente imprecisão e ambigüidade dos atos legislativos. As normas passam a ser redigidas em termos vagos e deixam para a fase de interpretação e aplicação algumas delicadas escolhas políticas<sup>280</sup>.

Indo além, pode-se dizer que o Poder Legislativo vive certo desajuste uma vez que não consegue desempenhar suas funções constitucionais mais relevantes. A evidência está na incapacidade de desenvolver suas três atribuições fundamentais: não participa das prioridades do governo, não exerce controle sobre o Executivo e quase só aprova projetos de lei na grande maioria originários do chefe do Executivo<sup>281</sup>.

---

<sup>279</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A função jurisdicional no mundo contemporâneo e o papel das escolas judiciais. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul-AJURIS, em Porto Alegre. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/6710/1/A\\_Fun%C3%A7%C3%A3o\\_Jurisdicional\\_no\\_Mundo.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/6710/1/A_Fun%C3%A7%C3%A3o_Jurisdicional_no_Mundo.pdf)>. Acesso em: 23 dez. 2009.

<sup>280</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor (SAFE), 1989, p. 22.

<sup>281</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.



Existe a dificuldade de o Estado regradar, pela via legislativa tradicional, as relações sociais com as múltiplas facetas que ora se apresentam. Isso porque a sociedade hoje é complexa e está em ritmo de mudanças demasiadamente acelerado. Tal situação gera a necessidade de juiz elaborar a norma e adaptar o ordenamento jurídico ao caso real, no momento de seu processamento judicial.

De qualquer forma, esse importante encargo colocado nas mãos do juiz encontra limites sempre na necessária fundamentação das decisões. De fato, ao magistrado cabe atuar de maneira mais ativa, o que significa encontrar no ordenamento jurídico instrumentos válidos e legítimos que colaborem para seu maior contato com a realidade.

Essa nova atribuição dada ao Poder Judiciário tem origem em três fatores principais: a mudança do modelo de Estado e os fenômenos da globalização e massificação.

No Estado social a fronteira entre o público e o privado se esvai e cabe ao Poder Judiciário emitir juízos a respeito de todos os conflitos pertinentes ao convívio social. Porém, a crise pela qual atravessa o Estado social gera a necessidade de sua readaptação para resolver os novos conflitos de uma sociedade de massa.

O monopólio do Estado de regramento da vida social entra em colapso com a globalização. Esse fenômeno propicia a proliferação e a fragmentação de fontes normativas. De fato, a globalização traça as regras do jogo, evidenciando o poder econômico e político dos países desenvolvidos que podem gerir as medidas a serem adotadas pelos subdesenvolvidos. As decisões tomadas nos países de Primeiro Mundo são imediatamente acatadas e sentidas nos países periféricos, entre eles o Brasil<sup>282</sup>.

---

<sup>282</sup>AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A função jurisdicional no mundo contemporâneo e o papel das escolas judiciais. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul-AJURIS, em Porto Alegre. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/6710/1/A\\_Fun%C3%A7%C3%A3o\\_Jurisdicional\\_no\\_Mundo.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/6710/1/A_Fun%C3%A7%C3%A3o_Jurisdicional_no_Mundo.pdf)>. Acesso em: 23 dez. 2009.

A globalização surtiu efeitos claros no Brasil nesse contexto de crise através da edição da Constituição Federal, pelo fenômeno da globalização e em virtude da massificação das relações sociais.

A Constituição Federal de 1988 representou a virada democrática do Brasil e, notadamente em relação aos trabalhadores, outorgou um rol expressivo de direitos fundamentais. Ademais, previu a eficácia imediata desses direitos e garantiu amplos mecanismos de concretizá-lo pela via judicial.

Além disso, os direitos sociais são típico produto jurídico do Estado social e caracterizam-se pela natureza promocional que têm. Dessa forma, são projetados para o futuro, exigindo sua gradual realização<sup>283</sup>. Some-se a isso o surgimento dos direitos difusos e transindividuais que requerem do juiz o abandono da inércia de decidir de maneira estática. Na proteção de tais direitos ao juiz cabe a responsabilidade de decidir ainda que o ordenamento jurídico regre tais fatos novos de maneira vaga.

Quanto às relações de massa, elas multiplicam as possibilidades de reclamações e inconformidades, pois uma mesma ofensa desferida em massa atinge um número indeterminado de pessoas. A massificação se dá também no relacionamento interpessoal nos campos privado e público. Tal fenômeno institui um modelo de padronização e uniformização que despersionaliza as relações.

O instrumento processual para o tratamento dessas demandas é absolutamente diverso do que se pode dispensar ao litígio entre duas pessoas. Exige-se um novo posicionamento do juiz de hoje, tendo em vista que ainda não é aceito com facilidade o uso das ações coletivas<sup>284</sup>.

---

<sup>283</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor (SAFE), 1989, p. 22.

<sup>284</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A função jurisdicional no mundo contemporâneo e o papel das escolas judiciais. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul-AJURIS, em Porto Alegre. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/6710/1/A\\_Fun%C3%A7%C3%A3o\\_Jurisdicional\\_no\\_Mundo.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/6710/1/A_Fun%C3%A7%C3%A3o_Jurisdicional_no_Mundo.pdf)>. Acesso em: 23 dez. 2009.

A massificação também projeta efeitos em diversos campos do saber. Se na economia a produção é em massa, o consumo é em massa, assim também nas relações, os conflitos, as exigências sociais, culturais e de outra natureza têm assumido, seguidamente, um caráter largamente coletivo. Essa profunda metamorfose gera mudanças não apenas no campo dos conceitos e das estruturas tradicionais do processo judicial, mas igualmente no papel do próprio juiz moderno<sup>285</sup>.

Enfim, a diversidade de conflitos surgidos nessa sociedade em metamorfose, globalizada e massificada, mostra a incapacidade de o Estado regulamentar, pela via legislativa, todas essas novas situações surgidas.

Essa tomada de importância política e social do Poder Judiciário na efetivação dos direitos constitucionalmente previstos abre o debate primordial acerca da reforma do Poder Judiciário e do papel do magistrado.

Uma série de indagações de caráter prático surge: Quem são os juízes? Qual a sua formação intelectual e ética? Como são recrutados e qual o conteúdo dos cursos de formação? Os juízes conhecem a realidade para qual trabalham?

O que se procurará demonstrar é que a qualidade da prestação jurisdicional e o nível de efetivação dos direitos trabalhistas estão mais diretamente ligados à necessária qualificação ética, intelectual e profissional dos juízes do que à busca desenfreada por celeridade, propugnada pela reforma encetada no Poder Judiciário.

Isso porque a presença das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados no ordenamento legal reforça o papel do juiz na construção do significado da norma. O magistrado passa a ter instrumentos para julgar, fazendo-o a partir do conhecimento da realidade e através da concretização dos direitos trabalhistas na vida dos jurisdicionados.

---

<sup>285</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor (SAFE), 1989, p. 23.

### **5.1 A reforma do Poder Judiciário no Brasil**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil iniciou sua virada política democrática. A referida Carta contempla direitos trabalhistas, entendidos como direitos fundamentais e de aplicabilidade imediata. Mas após vinte anos de sua edição tais direitos ainda continuam sendo descumpridos. As razões para esta falta de efetividade são de diversas ordens, dentre elas a morosidade e ineficiência do Poder Judiciário.

Não há dúvidas de que a reforma do Judiciário promovida pela Emenda Constitucional n. 45, que veio à tona em dezembro de 2004, é resultado também da insatisfação da sociedade com o sistema jurídico atual. Num contexto de redemocratização e de profundas mudanças, o indivíduo passa a se apropriar do conceito de cidadania e a demandar a reavaliação do papel do Poder Judiciário.

Alguns questionamentos e suas respectivas conclusões podem demonstrar a diversidade de ideias que permeiam a sociedade de hoje especialmente no que dizem respeito à reforma do Judiciário. A insatisfação dos jurisdicionados é em que sentido? Qual o projeto mais eficaz? Maior rapidez na solução dos conflitos ou maior efetividade dos direitos?

Analisando os dados da pesquisa coordenada por Maria Tereza Sadek e realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Joaquim Falcão diz que o Poder Judiciário não parece mais estar tão isolado socialmente como antes. Para o autor, a concepção dogmática do direito foi extrapolada e as políticas judiciais dentro de uma reforma do Judiciário devem levar em conta esse novo padrão de permeabilidade do juiz para com a sociedade. Nesse sentido, a pauta nacional prioritária está em combater a lentidão, ampliar o acesso popular à Justiça e adotar práticas gerenciais eticamente mais rigorosas<sup>286</sup>.

Por outro lado, Júlia Ximenes apresenta o isolamento do Judiciário frente às lutas políticas e da sociedade como principal fator desencadeador de uma crise de legitimidade e autoridade do mesmo. A retração do Judiciário diante de questões altamente políticas e

---

<sup>286</sup> FALCÃO, Joaquim. O múltiplo judiciário. In: SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 118.

públicas por vezes leva a uma “não-decisão”. Para a autora, o Judiciário brasileiro hoje ainda reflete o velho dogmatismo jurídico de “um modelo normativista formalista onde o direito apenas estabelece sanções como consequência do descumprimento das normas, e onde a força lógica da abstração e da impessoalidade imperam”<sup>287</sup>.

Não nos parece que tais medidas sejam excludentes. Porém, é visível que a mera redução do direito a um sistema de normas, que almejam a completude e unidade de tratamento jurídico aos fatos sociais, traz consigo o perigo da impermeabilização do Poder Judiciário.

Nesse sentido, os aspectos políticos, filosóficos, econômicos e sociais dos fatos não podem ser ignorados sob a primazia técnica de imprimir maior celeridade à máquina judiciária. Assim como a pretensão de neutralidade dos juízes do modelo de Estado liberal ocultava os conflitos socioeconômicos e políticos, os atuais escopos de celeridade e amplo acesso do jurisdicionado ao Judiciário podem acobertar verdadeiras disposições de direitos alheios, mediante decisões apartadas da vida real.

O Brasil adotou um “pacto de Estado a favor de um Judiciário mais rápido e republicano”. Tal pacto indica que a reforma do sistema judicial passou a fazer parte da agenda prioritária do país. Foi criada a Secretaria de Reforma do Judiciário no âmbito do Ministério da Justiça incumbida de colaborar na sistematização de propostas e em mudanças administrativas<sup>288</sup>.

No referido documento a morosidade da Justiça é apresentada como uma das premissas básicas a justificar a reforma do judiciário. Ela é colocada como causa da baixa eficácia das decisões judiciais, que levaria ao retardamento do desenvolvimento nacional e ao desestímulo a investimentos. Ademais, propiciaria, ainda, a inadimplência e impunidade, solapando a crença dos cidadãos no regime democrático.

---

<sup>287</sup> XIMENES, Julia Maurmann Ximenes. *Uma nova concepção de justiça no Brasil: análises sobre a teoria de Rawls e de Höffe*. *Revista do direito*, Pelotas, v.1, n.1, jan./dez. 2000, p. 115.

<sup>288</sup> Para saber mais sobre o pacto pelo Judiciário, consultar *site* a seguir. Disponível em: <[www.mf.gov.br](http://www.mf.gov.br)>. Acesso em: 26 dez. 2008.

De fato, a lista de onze<sup>289</sup> medidas a serem tomadas, para colocar o pacto em prática, é totalmente baseada nos escopos da celeridade e ampliação do acesso à justiça. Não há em qualquer das propostas a preocupação com a formação ou *reforma* daqueles que conduzem o Judiciário, os juízes. As reformas são técnicas, não são humanas.

Por tais razões, a proposta aqui é humana. Se houver alguma reforma a ser feita, que seja a da consciência e da maneira como o direito é visto, interpretado e aplicado. E, principalmente, a forma como o juiz enxerga o mundo para o qual trabalha e que modifica pelos efeitos concretos que suas decisões surtem.

O operador do direito precisa entender a sociedade, seus conflitos, perquirir sobre seus valores e investigar suas concepções filosóficas e políticas. Assim, poderá valer-se dos próprios mecanismos que o sistema processual lhe oferece para uma prática jurisdicional libertadora e a favor da efetividade dos direitos trabalhistas albergados na Constituição Federal de 1988.

O juiz passa a desempenhar o seu papel social na medida em que perquire acerca de seus valores e concepções filosóficos e políticos individuais e investiga os pressupostos do caso sob julgamento. Só assim que ele poderá assumir um compromisso com a justiça social, com a dignidade da pessoa humana e com a democracia. Tal operação torna possível um julgamento mais amarrado à realidade e com maior responsabilidade na efetivação da justiça.

Ressalte-se que a tomada de consciência do juiz da realidade para a qual trabalha significa admitir que dados, por vezes acobertados do mundo e da vida reais, venham à tona e propiciem um julgamento “justo”. Mas não significa abandonar a lei. A proposta consiste em adequar o conteúdo da prestação jurisdicional à realidade da sociedade de hoje. Esse objetivo

---

<sup>289</sup> 1. Implementação da Reforma Constitucional do Judiciário; 2. Reforma do sistema recursal e dos procedimentos; 3. Defensoria Pública e Acesso às Justiça; 4. Juizados Especiais e Justiça Itinerante; 5. Execução Fiscal; 6. Precatórios; 7. Graves violações contra os direitos humanos; 8. Informatização; 9. Produção de dados e indicadores estatísticos; 10. Coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas; 11. Incentivo à aplicação das penas alternativas.

não pode ser colocado em segundo plano sob a alegação de maior celeridade que se demanda do Poder Judiciário.

O que se espera é que a crise vivenciada pelo Estado social não signifique tornar a celeridade o princípio base da atividade jurisdicional. Isso significaria a negação do suado comprometimento ético das decisões judiciais com a verdade e com a democracia, conquistado com o advento do Estado social.

Por tudo isso, falamos da necessidade e importância de os juízes serem dotados de conhecimentos culturais, sociológicos, filosóficos e econômicos que os esclareçam. Primeiramente de suas próprias opções pessoais e ato contínuo de seu papel social e político, a fim de que possam ter o distanciamento crítico necessário para o conhecimento da realidade para a qual dirigem sua atuação profissional.

Saliente-se que na presente tese o foco está na atuação do juiz, notadamente, da área trabalhista.

## ***5.2 As cláusulas gerais e o papel do juiz na construção da norma.***

A atividade jurisdicional do magistrado representa seu contato direto com a realidade, na busca primordial de conhecê-la, compreendê-la, para então nela fazer producentes os efeitos idealizados pelas regras do ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico tem dificuldade de prever e reger, pela via positiva, todos os conflitos existentes numa sociedade de massas. Baseado nessa premissa, o ordenamento legal cria aberturas para que a norma seja construída pelo juiz, com a participação dos destinatários das referidas leis. Isso ocorre através da contribuição dada pelas partes da lide na reconstrução dos fatos reais conflituosos em juízo. Trata-se da interpretação condizente com a sociedade aberta.

O juiz, por seu turno, deve estar atento à realidade. Deve ter tido uma boa formação técnica, teórica, intelectual e ética. Assim, poderá construir o verdadeiro significado da norma através dos instrumentos que o sistema legal lhe oferece.

Para auxiliar a atividade do magistrado, existem as cláusulas gerais no ordenamento jurídico vigente que vão possibilitar ao julgador a concretização dos princípios gerais de direito.

Dada sua importância na aplicação do direito, na atualidade, as cláusulas gerais devem ser bem compreendidas a fim de que sejam corretamente utilizadas. Dessa forma, é primordial entender que as cláusulas gerais não se confundem com os conceitos legais indeterminados e, tampouco, com os princípios gerais de direito.

As cláusulas gerais são normas cujo conteúdo visa orientar e traçar diretrizes e se dirigem notadamente ao magistrado. Sob a forma de diretrizes, as cláusulas gerais orientam o juiz, dando-lhe um espaço de liberdade, mas, ao mesmo tempo, vinculando-o à fundamentação, na medida em que não o dispensam da devida motivação legal de suas decisões.

Por serem normas, as cláusulas gerais são dotadas da generalidade e abstração características do gênero. Mas seu conteúdo específico deve ser construído pelo próprio magistrado, através da interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. Assim, ele está autorizado e é estimulado a agir, em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral<sup>290</sup>.

Os conceitos legais indeterminados apresentam finalidade e efeitos diversos. Na medida em que são encontrados pelo magistrado, na demanda real sob sua análise, os conceitos jurídicos indeterminados já apresentam uma solução predeterminada pela lei, cabendo ao juiz apenas realizar o silogismo, dando a solução legal ao caso concreto.

---

<sup>290</sup> NARDELLI, Paulo Renato Gonzáles. *Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados: análise comparativa*. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/articles/5580/1/clausulas-gerais-e-conceitos-juridicos-indeterminados-analise-comparativa-breve/pagina1.html>>. Acesso em: 12 maio. 2009.



Através das cláusulas gerais, o que se objetiva alcançar é o direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor do caso concreto que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma<sup>291</sup>.

Ou seja, enquanto a resposta para os conceitos legais indeterminados está na própria lei, previamente estabelecida, quando o juiz diagnostica as cláusulas gerais, sua atuação é distinta. Ao magistrado é dada a abertura para “preencher os claros” com os valores e dados retirados daquele caso específico<sup>292</sup>.

Nery Júnior e Rosa Nery contextualizam e justificam a precípua importância das cláusulas gerais. Os autores afirmam que não seria possível, quando se fala de século XXI, ao legislador criar normas que definissem precisamente certos pressupostos e indicassem, de forma precisa, suas conseqüências, formando uma espécie de sistema fechado. Para tanto, “a técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos gerais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo”<sup>293</sup>.

Nesse contexto, a adoção de cláusulas gerais pelo ordenamento jurídico ajuda a “mitigar as regras mais rígidas e fechadas do sistema e permite que haja concretização dos princípios gerais de direito e dos conceitos legais indeterminados”<sup>294</sup>.

Alberto Gosson Jorge Júnior, ao analisar o tema, explica a importância do papel do juiz em sua função jurisdicional, na medida em que fundamenta suas decisões nas cláusulas gerais. Para o autor, a cláusula geral tem os contornos da discricionariedade, mas não entendida esta como a clássica discricionariedade do Direito Administrativo, veiculada pelo

---

<sup>291</sup> REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, ano 5, n. 10, 2001, p. 61-73.

<sup>292</sup> NARDELLI, Paulo Renato Gonzáles. *Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados: análise comparativa*. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/articles/5580/1/clausulas-gerais-e-conceitos-juridicos-indeterminados-analise-comparativa-breve/pagina1.html>>. Acesso em: 12 maio. 2009.

<sup>293</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante Anotados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 4.

<sup>294</sup> NERY JÚNIOR, op.cit., p. 6.

binômio oportunidade-conveniência. Trata-se da discricionariedade enquanto vinculação do administrador (magistrado) “à finalidade ótima da norma”<sup>295</sup>.

Judith Martins-Costa parece discordar do referido posicionamento. A autora afirma que não se trata de recorrer à discricionariedade do julgador, mas utilizar de valorações objetivamente válidas no ambiente social. Daí porque a existência de ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial e não legal. Para ela, “a generalidade não é característica das cláusulas gerais, mas sim a vagueza”<sup>296</sup>.

A vagueza de uma norma existe justamente para afiná-la com a realidade inexoravelmente mutante, permitindo que a norma, através de sua interpretação e aplicação, permaneça atual e em consonância com os anseios da sociedade nos vários e diversos momentos da história.

Através das cláusulas gerais, o magistrado, em sua atividade hermenêutico-jurisdicional, passa a exercer papel precípua. O juiz será o agente responsável na instrumentalização das cláusulas gerais, pois “preenche com valores o que se encontra abstratamente contido nas referidas cláusulas”<sup>297</sup>.

Enfim, é preciso entender que as cláusulas gerais funcionam como mecanismos para, em sociedades de massa, extremamente complexas e caracterizadas pela profunda mudança social e pela necessária introdução de valores éticos, seja viabilizada a operabilidade dos princípios jurídicos no sistema legal<sup>298</sup>.

Desse modo, as cláusulas gerais se revelam em verdadeiro poder criativo do juiz. Este vê outorgado, pelo ordenamento jurídico, reais prerrogativas de construção do significado da norma. Para tanto, a formação do magistrado deve ser profundamente estudada e aprimorada,

---

<sup>295</sup> JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39.

<sup>296</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 25.

<sup>297</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante Anotados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 6.

<sup>298</sup> JORGE JUNIOR, op.cit., p. 9.

a fim de que a abertura e liberdade, dadas pelo sistema jurídico, signifiquem verdadeira concretização dos princípios gerais e efetivação de direitos.

Com a finalidade de demonstrar a operabilidade dos princípios nos casos concretos, propiciada pela utilização de cláusulas gerais, a tese, mais adiante, analisará alguns julgados sobre diferentes temas, examinando as razões intrínsecas da decisão judicial.

### ***5.3 Conhecendo a magistratura trabalhista***

No Brasil os membros do Poder Executivo e do Poder Judiciário são eleitos em escrutínio secreto pelo povo. Já o Poder Judiciário funciona de maneira diferente. Os juízes não são eleitos e para ingressarem na carreira da magistratura devem se submeter a concurso público.

Tal procedimento de ingresso na carreira teve início no governo do presidente Eurico Gaspar Dutra que, em 1946, baixou um ato executivo tratando a Justiça do trabalho como organismo judicial. Esse ato reestruturou todos os seus cargos e instâncias e fez vigorar a exigência de concurso público, com validade de dois anos, para ingresso na carreira no posto de juiz substituto<sup>299</sup>.

Ainda nos tempos atuais, assim como desde a Constituição Federal de 1946, a carreira de juiz do trabalho segue o modelo da carreira da magistratura em geral, sendo composta de três níveis: juiz de vara do trabalho, juiz do Tribunal Regional do Trabalho e ministro do Tribunal Superior do Trabalho, sendo os tribunais divididos em turmas.

Regulamentadas pela Lei Complementar da Magistratura (Loman), de 14 de março de 1979, e pela Constituição Federal de 1988, a magistratura conta com as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, a fim de que possuam liberdade no desenvolvimento de suas atividades.

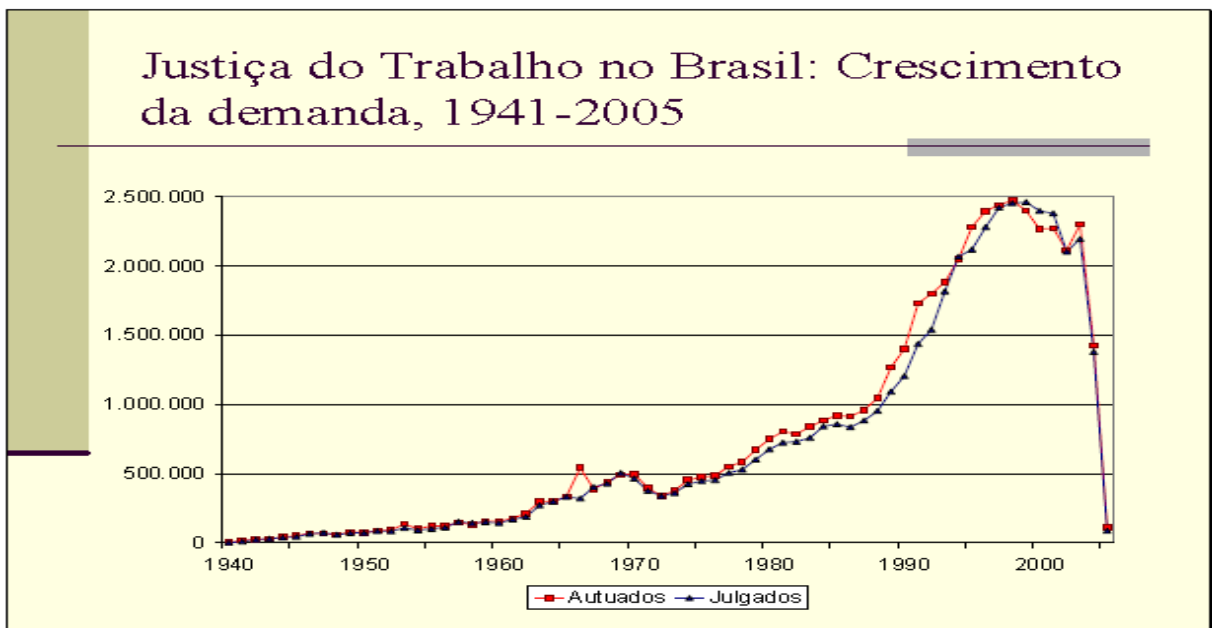
---

<sup>299</sup> MOREL, Regina L. Moraes; PESSANHA, Elina G. da Fonte. Magistrados do trabalho no Brasil: entre a tradição e a mudança. CPDOC/FGV *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, n. 37, jan./jun. 2006, p. 10.

A Constituição Federal de 1988, ao prever estas três importantes garantias para o exercício da magistratura, ao mesmo tempo em que conferiu liberdade aos juízes para atuarem sem pressões e favoritismos, impôs-lhes deveres de atuar em conformidade com a realidade. Cabe aos juízes conhecer a realidade e efetivar os direitos que a Constituição conferiu aos seus jurisdicionados.

A Justiça do trabalho tem importância fundamental na democratização do país, tendo em vista que nela são submetidas milhares de ações anualmente. A procura pela solução jurisdicional trabalhista vem crescendo exponencialmente. Isso demonstra que o trabalhador ainda confia nesse poder para ver seus direitos efetivados, conforme se observa no Gráfico I.

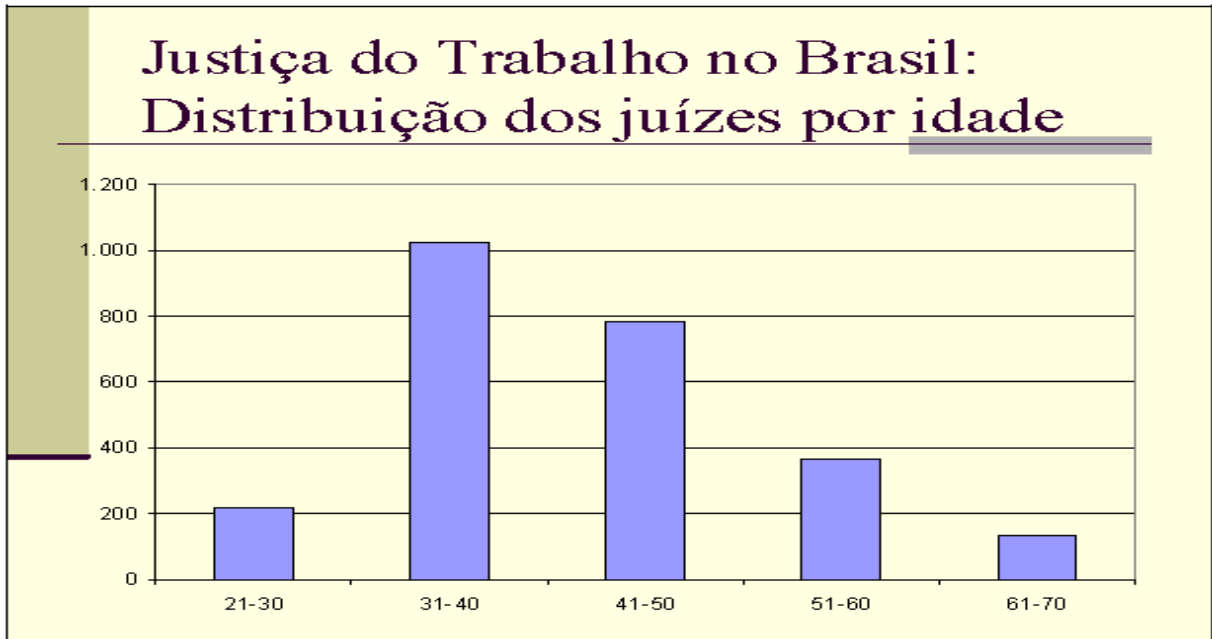
**Gráfico I**



Fonte: Disponível em: <[www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)> Acesso em: 23 dez. 2008.

Em dados colhidos no *site* do Tribunal Superior do Trabalho, observa-se a tendência de juvenilização dos juízes do trabalho. O Gráfico II é referente a 2004 e apresenta que 50% dos juízes têm menos de 40 anos.

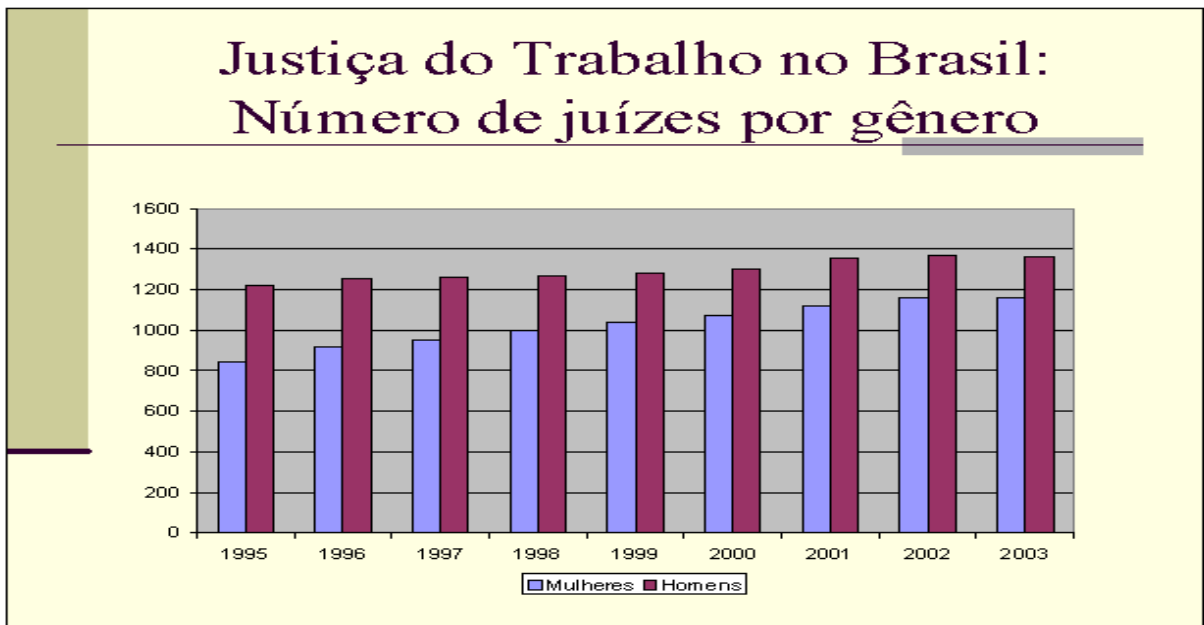
Gráfico II



Fonte: Disponível em <[www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)> Acesso em:23 dez. 2008.

Ao lado desse perfil mais jovem de magistrados outra tendência é expressa no Gráfico III. Trata-se do crescimento expressivo do número de mulheres no corpo de magistrados trabalhistas.

Gráfico III



Fonte: Disponível em <[www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)> Acesso em:23 dez. 2008.

Esse aumento da participação feminina não se restringe à magistratura trabalhista. Em todo o Poder Judiciário essa categoria tem se tornado cada vez mais numerosa. Na pesquisa realizada pela AMB, Maria Tereza Sadek observa que, até o final dos anos 1960, apenas 2,3% dos magistrados eram mulheres. No fim da década de 1970, a participação feminina subiu para 8%. Em 1993, foi a 11%, e em 2005 pulou para 22%<sup>300</sup>.

Tabela I: Distribuição dos magistrados, por faixa etária e gênero, em %

Faixa Etária	Masculino	Feminino	Total
Até 30 anos	66,6	36,4	5,4
31 a 40	67,6	32,4	23,0
41 a 50	73,3	26,7	24,7
51 a 60	80,9	19,1	22,1
61 ou mais	91,5	8,5	24,8

Fonte: Disponível em: <[www.amb.com.br](http://www.amb.com.br)> Acesso em: 26 dez. 2008.

Segundo Joaquim Falcão, as juízas são mais críticas sobre a atuação da OAB e dos advogados e mais do que os juízes criticam o conhecimento técnico dos advogados. Ademais, consideram que a Ordem não cuida bem do aprimoramento profissional de seus associados e fiscaliza pouco o exercício da advocacia<sup>301</sup>.

Enfim, tais dados são ricos no sentido de dar um panorama geral do perfil dos juízes brasileiros. Porém, conhecer a fundo os magistrados do Brasil de hoje significa identificar um protagonista básico da realidade social e política. Considerando os impactos relevantes que as decisões dos magistrados provocam nas instituições e na vida das pessoas, torna-se importante conhecer a sua formação intelectual e ética<sup>302</sup>.

<sup>300</sup> SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17.

<sup>301</sup> FALCÃO, Joaquim. O múltiplo judiciário. In: SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 131.

<sup>302</sup> SADEK, op.cit., p. 11.

#### **5.4 Formação intelectual e ética do magistrado**

*“À luz da experiência descobrem-se  
sombras que aos outros escapam.”*

*João Gaspar Rodrigues.*

Na medida em que os ocupantes de cargos típicos dos poderes Executivo e Legislativo são eleitos pelo povo, pelo menos teoricamente representam a vontade desses eleitores e estão em diálogo com a comunidade.

Os integrantes das funções típicas do Poder Judiciário, por outro lado, não são eleitos e passam a ocupar os referidos cargos através de concurso público. Esse tipo de seleção parece adequado a medir o conhecimento técnico dos candidatos a magistrados. Porém, sua higidez moral e seus valores tornam-se de difícil apreciação, pois são meros desconhecidos do povo e irão julgar lides que afetam diretamente a vida das pessoas que sequer conhecem.

Dessa constatação, de que os ocupantes do poder legislativo e executivo são eleitos enquanto os integrantes do poder judiciário não são, partimos para a afirmação da necessidade de se conhecer o perfil dos magistrados brasileiros, não só em sua competência técnica, mas também em sua formação intelectual e ética.

O exercício da magistratura exige que, ao lado de uma formação técnica segura, exista também uma formação social, uma consciência política da função e uma ética humanista. Dessa forma, ao juiz brasileiro é colocado o dever de reconhecer a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e o pluralismo político, alicerces da democracia brasileira, de uma sociedade aberta<sup>303</sup>.

Os juízes são aplicadores e intérpretes principais do sistema jurídico e possuem um fundamental poder em suas mãos. Cabe a eles informar a sociedade sobre o que é certo e o

---

<sup>303</sup> LEARDINI, Márcia. A importância da formação do magistrado para o exercício de sua função política. In: *Recrutamento e formação de magistrados no Brasil*. José Maurício Pinto de Almeida, Márcia Leardini (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007, p. 118-119.

que é errado, balizados fundamentalmente pelos preceitos postos por esta própria sociedade e expressos no ordenamento jurídico<sup>304</sup>.

Ressalte-se para o fato de que os juízes são seres humanos e têm a singela função de adequar as normas aos fatos. Porém, mais importante do que essa mera subsunção é a necessidade de o magistrado conhecer seus próprios valores, seus preconceitos, seus contingenciamentos morais e, principalmente, pesquisar a fundo a verdade na reconstrução dos fatos sob seu juízo.

Assim sendo, como conhecer os magistrados brasileiros? De que maneira é possível descortinar sua formação intelectual? Qual a forma de entender seus valores morais?

Para tanto, partimos à análise de alguns dados importantes: a formação universitária dos atuais magistrados; o processo de seleção e recrutamento de magistrados; os cursos de formação de magistrados.

Posteriormente, passaremos à apresentação de propostas que provenham os magistrados de mecanismos para melhor conhecer a realidade para a qual trabalham.

#### **5.4.1 Formação universitária**

As Faculdades de direito têm papel fundamental na formação do futuro juiz. De fato, a educação de um povo diz muito sobre a forma do exercício do seu poder político. A trajetória universitária daqueles que se tornarão os magistrados brasileiros é basilar para definir a maneira como exercerão suas funções.

Mas ressalte-se que não é tarefa da universidade oferecer ao Poder Judiciário magistrados prontos e acabados, tampouco garantir sua idoneidade e integridade ética e intelectual. Apesar de o Judiciário ser o único dos poderes a recrutar integrantes

---

<sup>304</sup> COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *O processo de formação e seleção do magistrado brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6113>>. Acesso em: 26 dez. 2008.



obrigatoriamente egressos de uma Faculdade de direito, a presunção de uma formação jurídica e ética suficiente para prover os quadros da magistratura não é absoluta<sup>305</sup>.

Porém, não restam dúvidas de que a faculdade, além de preparar tecnicamente o bacharel, tem a missão de desenvolver-lhe a sua consciência social a respeito de suas funções enquanto operadores do direito. A par disso, sem dúvida, parte também da postura mental do novo juiz a consolidação do Judiciário do futuro, apto a solucionar as controvérsias do indivíduo, do Estado e da massa, de modo eficiente, célere e, portanto, respeitado pela comunidade dos destinatários<sup>306</sup>.

A averiguação do preparo intelectual do futuro magistrado é de extrema relevância, pois está diretamente ligada à concepção acerca do papel do juiz na sociedade. Verificar os conhecimentos técnico-jurídicos do candidato a juiz não é suficiente, “pois o juiz que oferecer apenas isso, ainda que em alto grau, não conseguirá ser mais do que um eficiente burocrata”. Para a boa seleção e, conseqüentemente, para que se tenha uma magistratura íntegra e eficiente é indispensável que a seleção seja de pessoas conscientes de que “os casos submetidos a sua decisão implicam interesses de seres humanos”<sup>307</sup>.

O curso de direito que ofereça ao estudante a possibilidade de fazer pesquisas, que “estimule o conhecimento de questões filosófico-jurídicas, que estimule a sensibilidade do educando para que não atue de forma meramente racional como um autômato”<sup>308</sup>, estará contribuindo para uma elevação direta do nível de congruência entre a realidade que se coloca perante o magistrado e a decisão tomada naquele caso concreto.

Na pesquisa realizada pela AMB restou claro que não há grandes distorções estatísticas no que diz respeito às faculdades de origem dos juízes recrutados. Não existe maioria advinda de instituições públicas ou de privadas, pois os indicadores são homogêneos.

---

<sup>305</sup> NALINI, José Renato. O desafio de criar juízes. In: *Recrutamento e formação de magistrados no Brasil*. José Maurício Pinto de Almeida, Márcia Leardini (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007, p. 91.

<sup>306</sup> COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *O processo de formação e seleção do magistrado brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6113>>. Acesso em: 26 dez. 2008.

<sup>307</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28-29.

<sup>308</sup> DALLARI, op.cit., p. 32.

Essa homogeneidade entre os entrevistados diplomados em faculdades públicas e privadas pode ser apreendida pelos números. Possuem diploma de instituição superior pública 52,7% dos juízes que responderam à pesquisa. Já o diploma é proveniente de instituição privada em 47,3% dos casos<sup>309</sup>.

Tal constatação nos leva a duas hipóteses. A primeira é de que os juízes não se preparam para o concurso durante a faculdade, deixando tal tarefa para os cursos preparatórios, que abordaremos em seguida. A segunda hipótese é que a educação é um problema generalizado no Brasil e tanto as faculdades públicas quanto as faculdades privadas apresentam deficiências sérias.

Tais hipóteses são elaboradas levando em conta o grau de dificuldade de aprovação nos certames públicos para magistratura. De fato, são raros os candidatos que conseguem aprovação logo após a conclusão do curso. Essa afirmação se confirma na medida em que a exigência criada pela Constituição Federal de 1988, em recente mudança feita pela Emenda Constitucional n. 45/2004, não significou grande mudança na média de anos para aprovação em concurso, que já era elevada<sup>310</sup>.

A pesquisa elaborada pela Associação dos Magistrados do Brasil - AMB conclui que o tempo médio após a formatura até o ingresso na carreira é de 7,2 anos. Curioso notar que essa média consiste praticamente no dobro do tempo determinado na reforma constitucional (três anos de prática jurídica)<sup>311</sup>.

Outro fator importante de análise é o que diz respeito ao tempo de exercício da atividade profissional antes do ingresso na magistratura. A amostragem abaixo nos permite concluir que praticamente a totalidade dos entrevistados exerceu alguma atividade profissional prévia ao exercício da magistratura.

---

<sup>309</sup> SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 27.

<sup>310</sup> Inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Trata-se da exigência de três anos, no mínimo, de atividade jurídica de bacharel em direito candidato ao concurso da magistratura (CF, art. 93, I).

<sup>311</sup> SADEK, op.cit., p. 29.

Tabela II: Exercício de atividade profissional anterior ao ingresso na magistratura em %

	Ativa	Aposentados
SIM	96,5	98,2
NÃO	3,5	1,8

Fonte: Disponível em <[www.amb.com.br](http://www.amb.com.br)> Acesso em: 27 dez. 2008.

Esse dado sugere que o corpo de magistrados não é constituído em sua maioria por indivíduos egressos imediatamente dos cursos de direito. Pelo contrário, a pesquisa retrata que o recrutamento ocorre entre profissionais do direito ou entre candidatos que precisam de algum tempo de preparação entre a conclusão do curso e a aprovação no concurso.

Conforme já alertara Boaventura Santos, a Universidade não pode ser pensada fora da dicotomia educação- trabalho. Tal dicotomia passou a significar a co-existência de dois mundos diferentes que quase não se comunicam: “o mundo do trabalho e o mundo ilustrado”. Cada um dos mundos precisou inevitavelmente se adequar. A resposta da universidade foi tentar compatibilizar educação humanística e formação profissional. Os resultados são, porém, bastante questionados<sup>312</sup>.

As universidades buscam se adequar ao mercado e as pessoas tentam conciliar trabalho e estudo. Muda o perfil das próprias faculdades com a ampliação de instituições particulares, interiorização das faculdades e o aumento dos cursos noturnos. Nota-se que entre 1966 e 1995 aumentou para 50% o número de instituições particulares, ao passo que os cursos diurnos diminuíram a participação de 50% para 26%<sup>313</sup>.

Se, por um lado, a ampliação do número de cursos, a disponibilização em cidades do interior dos Estados, e a maior oferta de cursos noturnos tenham gerado a maior democratização do acesso ao ensino superior, por outro, a qualidade dos cursos prestados passa a ser questionada.

<sup>312</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Da ideia de universidade à universidade de ideias. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais (CES), n. 27/28, Jun., 1989, p. 20.

<sup>313</sup> COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *O processo de formação e seleção do magistrado brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6113>>. Acesso em: 26 dez. 2008.

Nesse sentido entende Boaventura Santos:

O questionamento da dicotomia educação-trabalho tem ainda duas implicações, de algum modo contraditórias para a posição da universidade no mercado de trabalho. Por um lado, é hoje evidente que a universidade não consegue manter sob seu controle a educação profissional. A seu lado, multiplicam-se instituições de menores dimensões, maior flexibilidade e maior proximidade ao espaço da produção com oferta maleável de formação profissional cada vez mais volátil<sup>314</sup>.

Fala-se até mesmo de certa “decadência e vulgarização do direito e, conseqüentemente, da atividade jurisdicional”<sup>315</sup> a partir do momento em que as faculdades de direito foram sendo criadas desmedidamente. A crítica continua no sentido de que o corpo docente dessas faculdades foi sendo formado por profissionais da área jurídica, meros técnicos do direito e sem habilitação para o magistério superior, retirando a formação humanista e ética mais aprofundada.

Nesse sentido também é a crítica de Dalmo de Abreu Dallari:

Existem muitos professores que concebem e praticam o ensino jurídico como sendo a transmissão de informações sobre textos de códigos e de leis. O professor lê o texto para os seus alunos, como se estes fossem analfabetos, e faz comentários breves e superficiais, que são pouco mais do que a releitura do texto por meio de sinônimos<sup>316</sup>.

Por outro lado, o próprio corpo de magistrados brasileiros não demonstra grande preocupação em reverter essa lacuna de aprendizagem ética mais aprofundada das escolas de

<sup>314</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Da ideia de universidade à universidade de ideias. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais (CES), n. 27/28, Jun., 1989, p. 2023.

<sup>315</sup> ARRUDA, Augusto Francisco Mota Ferraz de. Formação e recrutamento de juízes. In: *Recrutamento e formação de magistrados no Brasil*. José Maurício Pinto de Almeida, Márcia Leardini (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007, p. 46.

<sup>316</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30.

direito. De acordo com a pesquisa realizada pela AMB, apenas 8,8% dos juízes que responderam às entrevistas estão matriculados em cursos de especialização. Quando indagados acerca do mestrado, esse percentual cai para 4% dos juízes que participaram da pesquisa. Já o doutorado apresenta a margem ínfima de 2,1% de magistrados cursando esse nível da pós-graduação<sup>317</sup>.

Nesse momento indaga-se de que maneira a precarização da educação superior pode ser revertida no âmbito das próprias universidades. Pois a verdade é que as universidades têm deixado a formação dos alunos aquém da exigível para o exercício da magistratura.

Deve-se reforçar o ensino nos cursos de direito não no sentido da técnica, mas de uma transformação efetiva no conteúdo das grades curriculares. O que é preciso fazer “é reforçar, para todos os alunos, a formação humanística, que estimule a aquisição de conhecimentos sobre história e a realidade das sociedades humanas. Com isso é possível o profissional do direito, seja qual for a área de sua escolha, saiba o que tem sido, o que é, e o que pode ser a presença do direito e da justiça no desenvolvimento da pessoa humana e das relações sociais”. Ademais, devem ser “transmitidas noções básicas de disciplinas relacionadas com os comportamentos humanos, como a antropologia, a sociologia, a psicologia. Isso porque, seja qual for o conflito jurídico, temas que envolvem conhecimentos profundos dessas áreas sempre estarão presentes e é importante que o profissional do direito saiba reconhecê-los<sup>318</sup>”.

A formação ética e intelectual do magistrado deve ter como premissa básica o fato de que o conhecimento do direito não ocorre por simples instituição ou por mera repetição de textos normativos. Pelo contrário, é preciso o profundo e paciente estudo da história humana, da realidade para a qual trabalha e dos dados filosóficos e culturais de cada comunidade, que são minuciosamente diferentes e relevantes.

Enfim, o que tanto as faculdades de direito quanto os próprios magistrados não podem perder de vista é que os direitos humanos antecedem e subordinam o direito positivo.

---

<sup>317</sup> SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 28.

<sup>318</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30.

Conhecê-los significa entender verdadeiramente a realidade, pois os direitos presentes no ordenamento jurídico têm como suporte justamente as lutas travadas em favor do respeito à dignidade humana<sup>319</sup>.

#### **5.4.2 Cursos Preparatórios**

Percebendo essa deficiência das universidades em preparar o estudante para os concursos públicos de magistratura, o mercado de cursos preparatórios se expandiu. De fato, enfatizam a técnica e se descuidam de temas fundamentais como valores sociais, filosóficos e políticos. As faculdades de direito no Brasil estão se mostrando insuficientes em desenvolver no estudante o pensamento crítico necessário à aprovação no certame para a magistratura.

Na sociedade moderna que vivenciamos há um grande número de faculdades. Considerando esse fato o modelo de seleção de juízes, mediante concurso público, ainda se apresenta como o mais adequado. Tal modelo é aberto e analisa, em condições de igualdade, todos os candidatos, excluindo privilégios e evitando discriminações.

A Constituição Federal de 1988 prevendo esse modelo de recrutamento e uma vez que os juízes, regularmente selecionados, atuem nos limites de sua competência legal, não há como pôr em dúvida sua legitimidade. Esta decorre da Constituição e não é menor do que a resultante do processo eleitoral, modelo adotado para a escolha dos membros dos demais poderes.<sup>320</sup>

Conforme já ressaltado, com o aumento do número de faculdades, desacompanhada de um critério para a autorização de seu funcionamento, torna-se tendência natural a queda do nível do ensino. Nesse contexto, optar por um "curso preparatório", com professores

---

<sup>319</sup> LEARDINI, Márcia. A importância da formação do magistrado para o exercício de sua função política. In: *Recrutamento e formação de magistrados no Brasil*. José Maurício Pinto de Almeida, Márcia Leardini (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007, p. 114.

<sup>320</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26.

renomados e, muitas vezes, aulas transmitidas por vídeo-conferência para os quatro cantos do país, surge como saída indispensável para lograr a aprovação no concurso<sup>321</sup>.

O primeiro grande problema que se apresenta é o custo desses referidos cursos preparatórios. Normalmente os valores cobrados são altíssimos e retiram da concorrência candidatos com baixo poder aquisitivo. Tal constatação nos remete irremediavelmente ao problema da discriminação. Ou seja, a falta de preparo dos alunos por parte das universidades faz gerar o fenômeno dos cursos preparatórios em massa e o alto custo destes provoca desigualdade entre os candidatos concorrentes.

Outra pesquisa realizada com magistrados de todo Brasil, datada de 1997, relatou que já naquela época crescia exponencialmente o número de cursos preparatórios. Outro dado é o de que a maioria dos juízes recém-aprovados no concurso havia frequentado os referidos cursos<sup>322</sup>.

A reprodução em massa desse modelo de cursos preparatórios, inclusive para aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil, traz um alerta para a preocupante situação que se coloca diante dos olhos. Os alunos passam cerca de cinco anos na universidade, obtêm o grau de bacharel, mas não têm o nível de aprendizado suficiente para aprová-los no próprio exame da OAB.

Mais uma vez, porém, se questiona sobre a formação ética do magistrado. Sem dúvida tais cursos preparatórios suprem carências de conteúdo que, em princípio, deveriam estar a cargo dos cursos de direito. No entanto, estão longe de preparar o ser humano para a carreira que irá exercer. Falham na missão de inculcar-lhes valores sociais e de conferir uma formação voltada para a realização da dignidade humana.

---

<sup>321</sup> COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *O processo de formação e seleção do magistrado brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6113>>. Acesso em: 26 dez. 2008.

<sup>322</sup> VIANNA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice Rezende de. MELO, Manuel Palacios Cunha. BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 67-68.

Os cursos preparatórios podem dotar os candidatos de bons conhecimentos técnico-jurídicos e até mesmo conhecimentos filosóficos e políticos mais aprofundados, necessários que são para a aprovação em fases avançadas dos concursos públicos. Mas a própria dinâmica em que são dadas as aulas (através de videoconferências, salas lotadas, impessoalidade, alto grau de competitividade) não torna o ambiente profícuo para o exercício da crítica.

O ensino jurídico nesses cursos é qualificado pelo seu objetivo pragmático, silente de crítica e construção ética. Confere ao aluno uma visão literalmente estática do direito, notadamente com fins a reproduzir didaticamente o que da doutrina e da jurisprudência é cobrado nas provas<sup>323</sup>.

O último dado mais alarmante em relação aos cursinhos preparatórios consiste no prestígio que gera na classe docente. Por se tratar de um negócio altamente rentável, os professores de cursos preparatórios não precisam ser qualificados e são os que têm melhor remuneração no mercado de trabalho. Além disso, não precisam e sequer dispõem de tempo para o diálogo, o debate, a pesquisa e a crítica.

Trata-se de um ensino mediano, em série, formatador de mentes, que veio acompanhar a tendência generalizada de desestruturação do ensino nos países subdesenvolvidos. Movimento previamente pensado e planejado pelos teóricos do mercado financeiro e colocado em prática com veemência pelos políticos do neoliberalismo.

Boaventura Santos afirma que o ataque à universidade por parte dos Estados rendidos ao neoliberalismo foi de tal maneira maciço que é hoje difícil definir os termos da crise que não em termos neoliberais. Para o autor, a crise institucional atravessada pelas universidades nos últimos trinta anos “foi provocada ou induzida pela perda de prioridade do bem público

---

<sup>323</sup> ARRUDA, Augusto Francisco Mota Ferraz de. Formação e recrutamento de juízes. In: *Recrutamento e formação de magistrados no Brasil*. José Maurício Pinto de Almeida, Márcia Leardini (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007, p. 46.



universitário nas políticas públicas e pela conseqüente secagem financeira e descapitalização das universidades públicas”<sup>324</sup>.

De fato, no Brasil, o governo militar percebendo que a origem do pensamento revolucionário estava nas escolas e nas universidades públicas promoveu a reforma do ensino no país. O novo modelo de ensino seria, então, baseado no sistema norte-americano de ensino, enfatizando as ciências exatas e desprestigiando abertamente o ensino humanístico<sup>325</sup>.

Nas últimas três décadas, nos países que vivenciaram a experiência da ditadura, houve franca indução à crise institucional das universidades sob dois fundamentos, segundo Boaventura Santos:

[...] a de reduzir a autonomia da universidade até ao patamar necessário à eliminação da produção e divulgação livre de conhecimento crítico; e a de pôr a universidade ao serviço de projetos modernizadores, autoritários, abrindo ao sector privado a produção do bem público da universidade e obrigando a universidade pública a competir em condições de concorrência desleal no emergente mercado de serviços universitários<sup>326</sup>.

Portanto, em contexto de redemocratização do país os cursos preparatórios aparecem como uma consequência natural da política de eliminação do conhecimento crítico de dentro das universidades brasileiras.

Apesar de prepararem os futuros ocupantes da magistratura, os cursos preparatórios não os formam ética e criticamente. Não o suficiente para o nobre exercício da magistratura. A atividade do juiz interfere diretamente na vida de pessoas comuns. Conhecer essa realidade deveria ser a principal preocupação dos cursos preparatórios e, muito antes destes, das próprias universidades.

---

<sup>324</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A universidade no séc. XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade*. 2.ed. São Paulo: Cortez Editora, 2004, p. 45.

<sup>325</sup> ARRUDA, Augusto Francisco Mota Ferraz de. Formação e recrutamento de juízes. In: *Recrutamento e formação de magistrados no Brasil*. José Maurício Pinto de Almeida, Márcia Leardini (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007, p. 44.

<sup>326</sup> SANTOS, op.cit., p. 8-9.

### 5.4.3 *Escolas de magistratura*

Diversos concursos para provimento de cargos da magistratura são realizados todos os anos. É fato notório que a maioria das vagas oferecidas nos certames não é preenchida.

Conforme visto, o problema tem origem na política perpetrada pelo governo militar de desmonte do ensino jurídico no Brasil, pela conseqüente proliferação de faculdades e pela ausência de implementação da política de formação prevista na Constituição Federal para os magistrados<sup>327</sup>. Nesse sentido, a Constituição Federal do Brasil prevê:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IV - previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados<sup>328</sup>.

Este trecho da Constituição teve sua redação modificada e ampliada pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Porém, o texto constitucional originário já previa norma de conteúdo programático que estabelecia a meta da instituição de cursos, oficialmente organizados, de preparação e aperfeiçoamento dos magistrados.

A Emenda Constitucional n.45/2004 também acrescentou o parágrafo único ao artigo 105 da Constituição Federal criando a Escola Nacional de Magistrados. Ademais, inseriu também o artigo 111-A e criou a Escola Nacional dos Magistrados do trabalho, vinculada ao Tribunal Superior do trabalho.

---

<sup>327</sup> TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Formação de juizes do trabalho no Brasil após a Constituição Federal de 1988: a Escola da Magistratura da Justiça do trabalho da 15ª Região*. Tese (Doutorado em Educação)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2008, p. 11.

<sup>328</sup> BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em:<[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>. Acesso em: 02 jan. 2009.

Pela leitura dos artigos citados, resta clara a preocupação do constituinte em ensinar uma formação específica aos magistrados. Através da criação das escolas de magistratura, impõe-se o objetivo de preparar e aperfeiçoar a atividade dos juízes e de possibilitar a promoção na carreira.

Mas tais preceitos constitucionais impõem um objetivo ainda maior. Exigem para o desempenho da função jurisdicional mais do que o simples conhecimento da dogmática jurídica, pois esta finalidade é atingida quando da realização do curso de direito. Tornam imprescindível a formação peculiar e especializada do magistrado, principalmente o trabalhista, para exercer sua função de forma sensível às necessidades de efetivação dos direitos previstos constitucionalmente<sup>329</sup>.

Atualmente encontramos três tipos de escolas da magistratura trabalhista. O primeiro tipo visa preparar candidatos para ingressarem na magistratura. O segundo realiza cursos de iniciação na função e são oferecidos aos magistrados recém-aprovados. Por último, há os cursos de aperfeiçoamento profissional para os magistrados já em exercício<sup>330</sup>.

Recentemente foi instituída a Escola Nacional de Magistrados trabalhistas (ENAMAT) pelo Tribunal Superior do trabalho por meio da Resolução Administrativa nº 1140/2006 do Tribunal Pleno, de 01/06/2006. Ela tem a finalidade de promover a seleção, a formação e o aperfeiçoamento dos magistrados do trabalho.

Porém, a primeira escola de magistratura a surgir no Brasil foi a de Minas Gerais, na Justiça Estadual, criada em 1975, quando da elaboração da Resolução de Organização Judiciária do Estado. Seu nascimento se deu graças ao esforço de magistrados mineiros que apresentaram uma emenda ao Projeto de Organização Judiciária. A emenda veiculava a

---

<sup>329</sup> GOMES, Suzana de Camargo. A escola de magistrados e a formação do juiz. In: *Recrutamento e formação de magistrados no Brasil*. José Maurício Pinto de Almeida, Márcia Leardini (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007, p. 188.

<sup>330</sup> TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Formação de juízes do trabalho no Brasil após a Constituição Federal de 1988: a Escola da Magistratura da Justiça do trabalho da 15ª Região*. Tese (Doutorado em Educação)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2008, p. 79.

proposta de instalação de cursos para treinamento e aperfeiçoamento de juízes como condição para o ingresso e a promoção na carreira<sup>331</sup>.

O texto original da emenda não foi aprovado, mas a permissão para a criação de cursos de formação e aperfeiçoamento de magistrados foi autorizada. Duas atividades experimentais, uma de formação inicial e outra de formação permanente consolidaram o sucesso da ideia. Hoje a Escola Judicial do TJMG é regulamentada pela Lei Complementar n. 59/01.

Não obstante algumas escolas de magistratura pelo Brasil afora sirvam de exemplo, o que se percebe é que a maioria delas é alvo de críticas severas. Analisando a situação na esfera trabalhista e considerando-se a existência dos 24 Tribunais Regionais do Trabalho, o problema se torna nítido e relevante.

Através de informações obtidas no *site* da Escola Nacional de Magistratura<sup>332</sup>, existem atualmente vinte e sete escolas trabalhistas. Verifica-se que é significativo o número de Tribunais Regionais do Trabalho que não dispõem de escolas de magistratura, sequer tendo condições, portanto, de implementar as políticas públicas de formação de juízes inseridas na Constituição Federal<sup>333</sup>.

A situação gera preocupação justamente por tudo que já foi narrado até aqui. O ensino superior no Brasil vivencia problemas sérios em relação à formação que propicia aos estudantes. Conseqüentemente, os cursos preparatórios ensinam aos estudantes como se tornaram juízes, mas não conferem adequada formação humanista a esses juízes. Ou seja, a dura missão de formar magistrados que dominem os pressupostos positivistas, mas que também saibam adequar à lei à realidade social fica para momento ulterior à posse na magistratura.

---

<sup>331</sup> FIUZA, Ricardo A. Malheiros. Escola Judicial “Des. Edésio Fernandes”, do TJMG: modelo para o Brasil. In: *Recrutamento e formação de magistrados no Brasil*. José Maurício Pinto de Almeida, Márcia Leardini (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007, p. 138.

<sup>332</sup> A Escola Nacional de Magistratura congrega Escolas de Magistratura de todo o Brasil que se dedicam à formação de juízes em todos os ramos do Poder Judiciário Brasileiro. Disponível em: <[www.enm.org.br](http://www.enm.org.br)>.

<sup>333</sup> TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Formação de juízes do trabalho no Brasil após a Constituição Federal de 1988: a Escola da Magistratura da Justiça do trabalho da 15ª Região*. Tese (Doutorado em Educação)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2008, p. 79.

Aqui resplandece o relevante papel a ser desempenhado pelas escolas de magistratura. Elas são aptas a ensejar uma visão mais ampla aos juízes, não se restringindo somente aos enfoques técnicos da dogmática jurídica, mas preocupando-se em fornecer mecanismos para a formação ética e intelectual profunda do magistrado<sup>334</sup>.

A juíza Maria Inês Targa defendeu tese de doutorado a respeito das escolas de magistratura<sup>335</sup> e concedeu entrevista ao Espaço Jurídico Bovespa<sup>336</sup>. Na entrevista ela expõe o que pensa sobre o conteúdo formativo a ser passado pelas escolas. Para a juíza, a escola deveria desenvolver um papel de educadora e preparar o magistrado para o exercício da sua função. Precisaria estar apta a detectar o que educando precisa e oferecer a ele, na devida medida, o material necessário para suprir a lacuna verificada.

Indagada sobre qual seria o prepara necessário para os magistrados recém aprovados no concurso, Maria Inês Targa considera que:

Durante um primeiro período, que não pode ser muito curto, é preciso oferecer uma formação interdisciplinar: filosofia, sociologia, propiciar um contato com a experiência prática, como fazer audiência, como proferir sentenças. Algo importantíssimo e que não é ensinado nas faculdades, por exemplo, é a realização de conciliação das partes, a mediação de conflitos. Sob o meu ponto de vista, esta é a principal função do magistrado. E não é só para a Justiça do trabalho, na Justiça Comum também se deve considerar que em toda questão na qual couber transação, o magistrado é obrigado a realizar a audiência de conciliação. Hoje ela é feita com o intuito de apenas cumprir o dispositivo legal e não chegar a um resultado efetivo<sup>337</sup>.

---

<sup>334</sup> GOMES. Suzana de Camargo. A escola de magistrados e a formação do juiz. In: *Recrutamento e formação de magistrados no Brasil*. José Maurício Pinto de Almeida, Márcia Leardini (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007, p. 187.

<sup>335</sup> A respeito: TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Formação de juízes do trabalho no Brasil após a Constituição Federal de 1988: a Escola da Magistratura da Justiça do trabalho da 15ª Região*. Tese (Doutorado em Educação)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2008.

<sup>336</sup> Entrevista concedida ao Espaço Jurídico Bovespa em 10/01/2006. Disponível em: <<http://www.bovespa.com.br/Investidor/Juridico/060110NotA.asp>> Acesso em: 29 dez. 2008.

<sup>337</sup> Entrevista concedida ao Espaço Jurídico Bovespa, op.cit., Acesso em: 29 dez. 2008.

Um dos temas de extrema relevância que deveriam ser abordados pelas escolas de magistratura é o conhecimento filosófico, sem o qual nenhum jurista tem uma formação completa. Para conhecer os dispositivos legais, valorar os objetos do mundo jurídico e criticar os princípios, é preciso um abrangente e crítico conhecimento filosófico. Entendendo o mundo dos valores e dos princípios universais ou lógicos, a repercussão será sensivelmente sentida nas decisões judiciais<sup>338</sup>.

Hoje não mais se admite a sentença que consista em mero e simples silogismo. A sentença representa o mecanismo maior de pacificação dos conflitos e de prestação da tutela jurisdicional. Aquele que possui clara consciência valorativa não só estará apto a realizar o sentido da vida como também saberá achar a melhor decisão nas diversas situações concretas<sup>339</sup>. Enfim, o juiz informado por princípios filosóficos consegue dar soluções racionais e científicas aos problemas e, não raro, poderá descortinar ângulos insuspeitados pela simples técnica<sup>340</sup>.

Outra matéria de especial relevância a ser abordada nas escolas de magistratura é a sociologia. A sociologia situa o julgador no contexto da realidade que o circunda e lhe permite conhecer os fatores socioculturais que determinam o comportamento humano. Ademais, a aplicação da norma positiva exige vinculação à realidade. Por ter uma visão ampla e crítica da realidade, o juiz entra em contato com os fundamentos determinantes da norma, permitindo sua exata adequação<sup>341</sup>.

Também a ética é de peculiar importância para a formação do magistrado. Não basta conhecer a ciência do direito, os princípios lógicos e universais e também a realidade se o juiz estiver despido de valores morais e éticos, seja na vida pessoal, seja no desempenho de sua missão institucional.

---

<sup>338</sup> CRETELLA Júnior, José. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 215.

<sup>339</sup> HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. 5.ed. Tradução e Prefácio de: L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1980, p. 23.

<sup>340</sup> CRETELLA Júnior, op.cit., p. 215.

<sup>341</sup> GOMES. Suzana de Camargo. A escola de magistrados e a formação do juiz. In: *Recrutamento e formação de magistrados no Brasil*. José Maurício Pinto de Almeida, Márcia Leardini (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007, p. 199.

A ética toma especial relevo na medida em que a sentença, embora deve ser fundamentada sempre em conhecimentos jurídicos, consiste em uma decisão como outra qualquer. Por isso, a exemplo do que ocorre em outras áreas do saber, lentamente começa a se notar a valorização da emoção no ato de decidir, sem ser desconsiderada a racionalidade<sup>342</sup>.

Juízes carecedores de formação ética adequada colocam em risco tanto a instituição Justiça, gerando seu descrédito junto a opinião pública, quanto à própria comunidade, considerando o risco de esse juiz disseminar injustiças e macular o especial mecanismo de efetivação de direitos que é a sentença<sup>343</sup>.

Enfim, as escolas de magistratura podem servir de mecanismo essencial na formação ética e intelectual do juiz, tanto no que se refere à sua preparação para a função que irá desempenhar, quanto no seu desenvolvimento contínuo no decorrer da carreira da magistratura.

### ***5.5 A necessidade do conhecimento da realidade pelo magistrado***

Feitas todas essas considerações a respeito do problema da formação ética e intelectual dos magistrados brasileiros, passamos à elaboração de propostas para guiar a verdadeira reforma que o Poder Judiciário carece.

São propostas que visam dotar os magistrados de conhecimentos filosóficos e humanistas para que tenham a sensibilidade e liberdade necessárias para entender o mundo para o qual trabalham.

Formar juízes eticamente é dotá-los sim de liberdade, pois, se são livres, também assumem responsabilidades. O juiz que é livre para conhecer a realidade, porque pesquisa a verdade em cada caso singular, assume a responsabilidade de tomar a decisão que prestigia o ser humano e efetiva direitos.

---

<sup>342</sup> PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. 4.ed. São Paulo: Millennium, 2008, p. 143.

<sup>343</sup> GOMES. Suzana de Camargo. A escola de magistrados e a formação do juiz. In: *Recrutamento e formação de magistrados no Brasil*. José Maurício Pinto de Almeida, Márcia Leardini (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007, p. 206.

A tarefa colocada nas mãos dos juízes não é simples. Trata-se da função de resolver lides que veiculam sérios problemas de desigualdade social. Julgar é definir um conflito em favor de alguém. Assim sendo, é realmente necessário que o juiz tenha total consciência de seu papel político na sociedade. Para tanto, não basta que tenha uma formação genérica para o desempenho de qualquer profissão jurídica. É imprescindível uma formação específica<sup>344</sup>.

### **5.5.1 Inspeção judicial**

A inspeção judicial é um meio legal de prova previsto no Código de Processo Civil e consiste em importante mecanismo de atuação do juiz. Porém, referido instrumento processual é pouco utilizado e seu precioso valor é deixado à margem do processo.

De fato, a inspeção judicial é o meio de prova que permite ao juiz ter uma percepção sensorial direta sobre qualidades ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas relacionadas com o litígio.

O Código de Processo Civil de 1939 não regulamentava a inspeção, o que não impediu que os juízes acudissem a ela em razão de suas necessidades práticas. Por ainda carecer no direito positivo de nomenclatura legal de inspeção judicial, a jurisprudência chamava a inspeção de várias formas: inspeção ocular, inspeção pessoal, verificações pessoais do juiz<sup>345</sup>.

Lamentavelmente várias razões são apresentadas para justificar a raridade de ocorrência das inspeções judiciais como excesso de trabalho e número insuficiente de juízes. Todavia, a prova ocular colhida pela inspeção judicial poderia, por outro lado, reduzir em muito o trabalho dos juízes, na medida em que a decisão seria tomada com base na realidade nua e não no debate abstrato de teses.

---

<sup>344</sup> SANTOS, Gilgleide Gomes de Almeida. A missão das escolas de magistratura na formação dos juízes em face da violência social. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 57, 30/09/2008. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4881](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4881)>. Acesso em: 26 dez. 2008.

<sup>345</sup> NARDELLI, Luis Fernando. *Inspeção judicial*. Entrevista ao *Jornal Carta Forense*. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=1443>>. Acesso em: 02 jan. 2008.



Se a inspeção judicial fosse mais amplamente utilizada, seriam evitadas decisões veiculando pouca ou nenhuma importância à questão da justiça. O juiz que não inspeciona o mundo real não percebe os interesses e angústias das pessoas que dependem das decisões. Por vezes a parte na demanda já não tem mais qualquer condição de gozar dos benefícios de uma decisão favorável, pois esta chegou quando os interesses já tinham sido renunciados, arrasados pelas situações da vida ou da própria morte<sup>346</sup>.

Luis Fernando Nardelli, ao explicar a etimologia da palavra sentença, coloca em relevo a ligação intrínseca entre sentenciar e inspecionar:

No étimo da palavra *sententia* (sentença), repousa o verbo *sentire* (sentir), segundo o *sensus* (sentimento) do julgador. A denominação *inspeção* desempenha papel de *sinédoque*. No caso, atribuiu-se a essa palavra conteúdo mais amplo; tomamos a espécie pelo gênero, já que se *inspeção* refere-se de modo específico ao sentido da vista, inculcamos à palavra o significado dos demais sentidos. Pois bem, o exame direto e pessoal do juiz realiza-se por via de seus sentidos externos: visão, audição, olfato, paladar e tato. De acordo com Santo Tomás de Aquino, o conhecimento humano inicia-se com o sentido. Durante a *inspeção*, poderá o juiz utilizar-se de um só sentido ou mais de um; o que o juiz vir, ouvir, cheirar, degustar ou sentir o coadjuvará a formar a convicção ao exarar a sentença. A percepção sensorial do juiz é posta em relevo: *oculis subjecta fidelibus* (coisas submetidas aos olhos que não enganam)<sup>347</sup>.

Ressalte-se que através da inspeção judicial ao magistrado é dada a possibilidade de pesquisar a realidade e assim construir um raciocínio estruturado e coerente. Ao mesmo tempo permite às partes ou a qualquer pessoa que tenha acesso à sentença ou que venha a sofrer seus efeitos que possam compreender facilmente o que foi decidido. Afinal, quanto mais

---

<sup>346</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84.

<sup>347</sup> NARDELLI, Luis Fernando. *Inspeção judicial*. Entrevista ao *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=1443>>. Acesso em: 02 jan. 2008.

objetivamente conhecer a verdade mais forte e justa o juiz torna a sua convicção colocada na sentença.

Alguns casos concretos serão narrados a seguir com o intuito de demonstrar o resultado benéfico da utilização da inspeção judicial para a Justiça do trabalho, para as partes litigantes, para o juiz do trabalho e para a própria sociedade. Tais casos demonstram como a inspeção judicial auxilia o juiz na percepção da realidade e favorece a construção de seu convencimento.

Por outro lado, também demonstraremos como decisões do juiz que se distancia demasiadamente da realidade das partes podem cometer sérias injustiças.

#### *a. Representatividade sindical*

Em demanda judicial trabalhista que tramitou na terceira Vara do trabalho de Jundiaí, a lide foi solucionada em virtude de simples inspeção judicial. A demanda consistia na disputa por representatividade de uma empresa por dois sindicatos diferentes.

Em audiência realizada no referido processo, as partes não entraram em acordo acerca da representatividade. Mas concordaram em promover uma eleição que contaria com a colaboração do juiz. A eleição foi realizada no âmbito da empresa com os funcionários a fim de se averiguar qual o sindicato mais representativo.

Realizando a inspeção judicial o juiz titular da 3ª Vara do trabalho, acompanhado de outros servidores, promoveu a eleição no estabelecimento da empresa e teve contato direto com os funcionários. Essa experiência lhe permitiu perceber qual era o sindicato que efetivamente representava os empregados da empresa.

Em trecho retirado da sentença que homologou o acordo, o juiz coloca suas impressões em relação à experiência da inspeção judicial, sobretudo no que diz respeito à abertura dada pela empresa e pelos sindicatos:

No caso presente, a empresa e os sindicatos “deram uma grande demonstração de que para eles os empregados não são apenas números. Resolveram deixar a luta judicial, marcada pela interpretação de textos frios da lei, para perguntar aos trabalhadores qual seria a melhor solução para o problema posto em discussão. Estão todos de parabéns por isto e a Justiça do Trabalho sente-se orgulhosa de ter participado deste momento que pode representar, enfim, um avanço nas relações coletivas de trabalho no Brasil<sup>348</sup>.

Ressalte-se que o caso em destaque teve um desfecho totalmente coerente com o mundo real e com o mundo jurídico. O magistrado apenas fez uso de um mecanismo processual disponível para a formação de seu convencimento e que é raramente utilizado.

Com essa simples atitude o magistrado proporcionou a justa solução do litígio. Concedeu uma solução que retrata a verdadeira realidade. Ou seja, os próprios trabalhadores puderam dizer qual o sindicato que os representava. Da mesma forma, no aspecto jurídico realizou seu trabalho dentro da legalidade e com a certeza de que realizou justiça.

A inspeção judicial demonstra zelo por parte do Poder Judiciário e dá às partes a certeza de que terão seus problemas resolvidos. Ademais, dá a impressão de que o juiz está realmente preocupado com a lide que envolve a vida das partes. Trata-se de via de mão dupla, pois as partes acabam se abrindo para a solução do litígio e adotando uma postura conciliadora.

### ***b. Paralisação dos serviços – greve<sup>349</sup>***

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região conseguiu colocar fim à greve dos funcionários de uma empreiteira localizada em São José dos Campos que já durava oito dias.

---

<sup>348</sup> Processo n.01.647/2006. O referido processo tramita perante a 3ª Vara do trabalho de Jundiaí, pertencente ao TRT da 15ª Região.

<sup>349</sup> A narrativa deste caso é real e a notícia na íntegra está disponível em: <[www.trt15.jus.br](http://www.trt15.jus.br)>. Acesso em: 30 dez. 2008.

Graças à inspeção judicial realizada nas dependências da empresa pelo presidente do Tribunal e da Seção de Dissídios Coletivos (SDC), acompanhado de outros servidores, as partes decidiram entrar em acordo.

A decisão pela inspeção judicial foi tomada na audiência de conciliação e instrução realizada no dissídio coletivo de greve do referido caso. Na oportunidade os trabalhadores estavam representados pelo Sindicato dos trabalhadores nas Indústrias da Construção do Mobiliário e Montagem Industrial de São José dos Campos.

Através da inspeção judicial os membros do Tribunal puderam examinar várias documentações da empresa. Por amostragem perceberam que grande monta dos contratos de trabalho previa o endereço do escritório da empreiteira constando como endereço dos trabalhadores, apesar de estes morarem verdadeiramente em outros Estados.

Tal fato sugere que a descoberta de tais irregularidades só foi possível graças à inspeção judicial. Foi nesse momento que o juiz pôde entrar em contato direto com as partes e com o ambiente de trabalho. Ao ter acesso aos documentos irregulares percebeu que eram fraudulentos.

Talvez se um documento fosse juntado aos autos e o juiz se mantivesse em seu gabinete, apenas analisando abstrata e teoricamente as provas colacionadas, a decisão teria sido completamente diferente.

Porém, constatadas as irregularidades perpetradas, as partes deram continuidade à tentativa de negociação cuja pauta consistiu em: uma ajuda de custo para os funcionários, sendo que cada um já receberia R\$ 200,00 a este título, em data próxima fixada; acordo sobre falta injustificada do empregado, que inclui perda da remuneração do dia e também da referida ajuda de custo correspondente ao dia não trabalhado.

Tal acordo mostrou-se bastante frutífero e não há dúvidas de que foi alcançado em virtude da inspeção judicial. Em audiência realizada dois dias antes da inspeção a empresa

havia recusado a proposta do presidente do Tribunal de pagamento da ajuda de custo no montante de R\$ 240,00 por funcionário.

Também foi ratificado um acordo celebrado na audiência de conciliação, referente à Participação nos Lucros e Resultados (PLR), no valor de R\$ 1.200,00 (piso), além do acordo relativo à ajuda de custo. Dessa forma, deu-se por encerrada a inspeção e com o retorno dos trabalhadores às atividades no dia seguinte.

Quanto aos dias parados, ficou combinado que os oito dias seriam compensados em quatro meses, em dois sábados por mês, com a garantia de estabilidade dos trabalhadores que integraram a comissão de greve. O Ministério Público não apresentou oposição ao acordo que foi submetido à homologação na SDC.

O caso em destaque é de grande relevância para o que tratamos no presente estudo. Caso o presidente do Tribunal Regional e seus pares decidissem por manterem-se estáticos, apenas analisando os autos do processo, sem a preocupação de entrarem em contato direto com a realidade, certamente a decisão seria diferente.

Mas eles ousaram e o fizeram dentro do próprio sistema e com os mecanismos que o processo disponibiliza. No momento em que inspecionaram o escritório da empresa, colocaram-se em posição de igualdade com as partes litigantes e expressaram a vontade de dar ao litígio a decisão mais justa.

As partes percebendo o empenho e a disponibilidade dos membros do Tribunal em resolverem o problema, que gerava um impasse tanto na vida laborativa dos trabalhadores quanto na saúde econômica da empresa, mostraram-se abertos à negociação que, enfim, restou frutífera.

### *c. Câncer de mama*

Conforme se apreende dos casos narrados brevemente acima, a inspeção judicial demonstrou ser um mecanismo eficiente e importante de aproximação do magistrado do mundo real, por colocá-lo em contato direto com as situações conflituosas que deve julgar. Por meio da inspeção o juiz pode entrar e participar da realidade apenas retratada abstratamente em folhas de papel nos autos do processo.

No entanto, o distanciamento do magistrado da realidade vivida pelo demandante, no processo que dirige, pode significar decisões veiculadoras de injustiças irreparáveis. A narrativa do caso seguinte<sup>350</sup> procurará demonstrar que uma simples inspeção judicial talvez tenha sido o que faltou para que a decisão estivesse em conformidade com a realidade.

A reclamante precisou interromper suas atividades em decorrência do acometimento de um câncer de mama. Nesse momento buscou atendimento do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS.

Ocorre que, na ocasião, o INSS lhe informou que não poderia sequer realizar a perícia médica, para que a reclamante pudesse receber o benefício do auxílio doença, pois o seu pedido havia sido indeferido. O motivo era o não repasse dos recolhimentos previdenciários ao INSS por parte da empregadora.

Assim, a reclamante encontrava-se acometida de um câncer de mama, com a saúde bastante debilitada e submetendo-se a cirurgias. No decorrer do processo se submeteu a sessões de quimioterapia e perdeu os cabelos. Todo o custo do tratamento foi arcado pela família, pois a reclamada não conseguia receber o auxílio doença. Mesmo porque tinha vergonha e sentia dores e enjoos que dificultavam seu comparecimento ao órgão estatal para regularizar sua situação.

A reclamante procurou a empresa para que regularizasse sua situação com o INSS, posto que necessitava com urgência do auxílio doença.

---

<sup>350</sup> Processo n. 01328-2005-006-03-00-8 RO. Decisão do Recurso Ordinário em 20/05/2006, pela 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Mas a parte reclamada, ainda assim, nada fez no sentido de viabilizar o recebimento do benefício do INSS pela reclamante. Nessa circunstância dramática de sua vida, a reclamante não recebia salário nem do INSS nem do empregador. Sendo assim, a reclamante diligenciou mais uma vez perante o INSS que ordenou uma fiscalização na empresa da reclamada. Somente após a visita do fiscal do INSS é que ela sanou a irregularidade que vinha sendo cometida reiteradamente em relação a todos os funcionários.

O Ministério Público do trabalho foi oficiado para que, no exercício de suas funções, fiscalizasse a empresa reclamada e aplicasse as penalidades previstas em lei. O MPT então constatou que a empresa também não depositava os valores referentes ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Enfim, a reclamante pleiteava indenização por danos morais e ressarcimento pelas despesas do tratamento particular do câncer de mama e da cirurgia de mamoplastia a que foi submetida.

Na decisão, os fundamentos do juiz foram no sentido de que, mesmo tendo o preposto da reclamada confessado o atraso no recolhimento das contribuições previdenciárias, o atraso por si só não fundamenta o dano moral alegadamente sofrido pela obreira.

O juiz de primeiro grau, por ser homem, não teve a sensibilidade que uma juíza teria em face do sofrimento da reclamante. Sendo mulher, a decisão da juíza poderia revelar sua compreensão de que o medo da reclamante de perder a mama e ficar sem os cabelos, por causa da quimioterapia, seria ainda maior em decorrência desse atraso.

Dessa constatação, reafirma-se a necessidade de o juiz realizar inspeção judicial. Mediante a inspeção, ele poderia ter constatado que a reclamante ficou acamada e com medo dessa fatalidade que a ameaçava.

O fato de conseguir ser operada dois meses depois e somente receber o auxílio sete meses após a descoberta da doença foi consequência direta do atraso no repasse das contribuições previdenciárias recolhidas.

Nessa hipótese, se tivesse havido a inspeção ficaria difícil não perceber o ano moral pelo qual passava a reclamante.

#### *d. Adicional de insalubridade*

A questão polêmica acerca da base de cálculo aplicável ao adicional de insalubridade que resultou na edição da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal é claro exemplo do afastamento dos magistrados da realidade.

O elevado número de processos que chegou ao STF em que a temática era base de cálculo do adicional de insalubridade culminou na edição da quarta Súmula Vinculante daquela Corte, com a seguinte redação:

Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Ou seja, a Súmula Vinculante n. 4 reconhece a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como indexador, mas veda a substituição desse parâmetro por decisão judicial.

A organização das funções no Poder Judiciário brasileiro naturalmente impõe certo distanciamento da realidade dos magistrados dos tribunais. Os casos de competência originária dos tribunais que ensejam realização de audiências e colheita de provas são raros.

Normalmente os desembargadores e ministros se limitam a reexaminar teses jurídicas abstratas, mesmo porque aos tribunais não cabe o reexame de fatos e provas.



A nosso ver, a Súmula Vinculante n. 4 do STF demonstra claramente o distanciamento desta Corte da realidade vivida nas relações de emprego e da própria realidade dos magistrados que atuam nas Varas do Trabalho. Assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória do direito constitucional alemão conhecida como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*)<sup>351</sup>.

Por essa técnica, apesar da declaração de inconstitucionalidade da norma, esta continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria.

A Súmula engessa a atuação dos juízes do trabalho na medida em que mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo 192 da CLT e, por conseguinte, da própria Súmula 228 do TST, a eles não é dado outro critério para a solução da lide. Dessa forma, o conflito é submetido à jurisdição trabalhista e fica sem solução. Ou seja, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo distinta do salário mínimo para o adicional de insalubridade, esse continuará a ser o critério aplicável para o cálculo do referido adicional.

No entanto, ressalte-se que a autonomia privada coletiva não fica proibida de fixar critério mais benéfico como base de cálculo do adicional de insalubridade. Assim, caso o sindicato dos trabalhadores e as empresas diretamente envolvidas achem viável a indexação da remuneração como base de cálculo para o adicional, não haverá qualquer inconstitucionalidade nessa cláusula.

Enfim, o que se conclui é que o Supremo Tribunal Federal engendrou longo e penoso trabalho intelectual para editar a Súmula Vinculante n.4, que em termos práticos não representa qualquer modificação na realidade das relações laborais, tampouco efetiva direitos trabalhistas, o que deveria ser sua principal preocupação.

---

<sup>351</sup> Informações colhidas do acórdão proferido pela 7ª Turma do TRT da 13ª Região no Recurso de Revista de n. 955/2006-099-15-00. PUBLICAÇÃO: DJ - 16/05/2008.

*e. Negociação coletiva prévia à dispensa em massa.*

Considerando que todas as esferas do conhecimento estão intrincadamente ligadas, questões econômicas mundiais surtem efeitos na saúde das empresas e também no mundo jurídico.

No final do ano de 2008 e no início do ano de 2009 tem início no mundo uma crise dita global. Tal crise foi iniciada nos Estados Unidos da América, até então uma das principais potências econômicas mundiais. Nesse sentido os órgãos midiáticos noticiam reações das empresas à referida crise através de demissões em massa, corte de custos, fechamento de estabelecimentos, dentre outras medidas.

Não tardou para que a referida crise surtisse efeitos no segmento empresarial do Brasil. Em São Paulo e em Campinas foram perpetradas dispensas em massa sob o argumento da dificuldade financeira enfrentada pelas empresas em razão da crise econômica.

Por isso defende-se a necessidade de o juiz do trabalho e os desembargadores do trabalho estarem atentos às mudanças globais, entendendo-as, a fim de que tenham o discernimento para saberem se as razões alegadas pelas empresas guardam consonância com a realidade.

Nesse sentido, em recente decisão o Tribunal Regional do Trabalho da 02ª Região limitou a dispensa imotivada e coletiva dos trabalhadores de uma empresa remetendo as partes à prévia negociação coletiva. Pouco tempo depois, foi a vez do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, no polêmico caso envolvendo os trabalhadores da empresa Embraer.

As decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho foram emblemáticas e merecem ser analisadas, pois demonstram o afinamento do magistrado com a realidade social.

A decisão da 2ª Região culminou na declaração de nulidade da dispensa coletiva e determinação para que a empresa estipulasse negociação coletiva reduzindo os impactos sociais<sup>352</sup>.

Já a decisão da 15ª Região determinou que a empresa indenizasse os trabalhadores dispensados com mais dois salários, além das verbas devidas pela rescisão, direito a mais 12 meses de plano de saúde, preferência na recontração por até dois anos dos demitidos, e ainda mantença dos efeitos temporais das liminares concedidas suspendendo as rescisões dos contratos<sup>353</sup>.

Ora, as decisões mencionadas são difusoras no sistema jurídico pátrio de uma maneira inovadora de decidir. Apesar de os magistrados dos Tribunais Regionais concluírem pelo vício no negócio jurídico e pela ilicitude na conduta dos agentes envolvidos, acabaram por restringir suas decisões em outros aspectos, pois: ou determinaram as empresas a indenizar os obreiros (com diversas formas), ou remeteram as partes a um acordo específico para as demissões.

Por certo, outros mecanismos jurídicos poderiam ter sido utilizados e mais efetividade às normas trabalhistas alcançadas, incluindo, aplicações de sanções às empresas.

Porém, o marco difusor e emblemático das referidas decisões foi a consideração e evidencialidade pacífica de abusividade e ilicitude nas condutas dos empregadores em praticarem as demissões em massa, e sempre unilaterais.

Ou seja, mesmo não havendo norma explícita acerca do assunto, diante da realidade que se expunha claramente frente aos magistrados, eles optaram pela imprescindibilidade da negociação coletiva como pressuposto de existência e até validade de eventuais demissões.

---

<sup>352</sup> TRT da 02ª Região. Acórdão n.:SDC-00002/2009-0. Processo n.: 20281200800002001.

<sup>353</sup> TRT da 15ª Região. Processo n. 00309-2009-000-15-00-4.

A ausência de um diálogo social entre a empresa demissionária, o governo, e os entes sindicais não é a forma coesa e sensata de “sair de uma crise”, pelo contrário, agredir direitos consagrados e inerentes ao ser humano trabalhador é retroceder socialmente.

Após a publicidade das referidas decisões, formaram-se dois nítidos posicionamentos acerca da obrigatoriedade da negociação coletiva prévia às demissões em massa.

A primeira corrente entende que para a demissão em massa não há que se falar em prévia negociação coletiva, na medida em que não se pretende estabelecer condições de trabalho. Pelo contrário, o que se pretende é justamente a extinção do vínculo empregatício, o que não encontra óbice no ordenamento jurídico vigente no país<sup>354</sup>.

O segundo posicionamento doutrinário arrima-se no sentido de que apesar de não existir norma regulamentadora da dispensa arbitrária ou sem justa causa, o que mantém vigente o poder potestativo de o empregador imotivadamente dispensar o trabalhador, tal “dispensa” está inserida na esfera individual do contrato de trabalho.

Ademais, qualquer escusa do magistrado em solucionar o conflito que lhe fora proposto sob o escopo de ausência de normas, seria a negação da prestação jurisdicional, e violação aos direitos humanos mais básicos.

Ocorre que a dispensa coletiva não está adstrita a esfera individual da relação de emprego. A dispensa em massa diz respeito a um direito essencialmente coletivo. Está afeta não só aos trabalhadores individualmente considerados, mas a toda a comunidade ao qual está inserido, às diversas famílias que perdem sua fonte de sustento, ao verdadeiro problema social que o desemprego causa.

---

<sup>354</sup> GONÇALVES JÚNIOR, Mário. Ao anular demissão em massa, Judiciário paulista assume responsabilidade do legislativo. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/38196> >. Acesso em 19 mar. 2009.

A corrente que defende o direito de rescindir centenas de contratos de trabalho sem qualquer restrição não observa a magnitude da questão, que a retira da esfera eminentemente privada e individualizada do contrato de trabalho remetendo-a à pública ou difusa e coletiva.

A denúncia vazia de um contrato de emprego é aceita tendo em vista a ausência de regulamentação do art. 7, I, da CF. Mas, além disso, a dispensa individual rege-se pelo também Direito Individual do Trabalho, não obrigando o empregador, até então, a motivar a dispensa.

Por outro lado, as dispensas em massa são regidas pelo Direito Coletivo do Trabalho, que possui normas de ordem pública, na medida em que diz respeito a direitos que extravasam a esfera meramente individual. Assim são interesses coletivos e difusos e como tais atingem simultaneamente grupos de trabalhadores e toda a sociedade indiretamente.

Na medida em que as demissões coletivas são matéria submetida à esfera coletiva do Direito do Trabalho, resta afirmar que se demonstra obrigatória a tentativa de negociação coletiva prévia entre as representações sindicais das categorias profissional e econômica envolvidas. Através da negociação coletiva as partes podem procurar soluções diversas para lidar com os problemas econômicos atravessados pela empresa sem que seja necessária a dispensa coletiva de trabalhadores.

Indo além, pela prévia negociação coletiva o sindicato profissional pode servir como filtro ético, considerando que pode constatar se os argumentos de uma referida crise são verdadeiros. Ou seja, o sindicato está mais próximo da realidade da empresa, na verdade, está inserido em sua dinâmica econômica, através de seus representados e, por isso, tem aptidão para notar se a crise afetou verdadeiramente a empresa que negocia coletivamente.

Partindo dessa premissa formal, da obrigatoriedade da negociação coletiva prévia à dispensa em massa, outra questão de ordem material surge: E se o Sindicato Profissional concordar com a dispensa em massa? O Direito Coletivo do Trabalho impõe, além do

requisito formal da obrigatoriedade de prévia negociação coletiva, algum limite de conteúdo à negociação?

Para responder essa indagação deve-se perquirir acerca das características do direito em pauta na negociação coletiva. Os direitos do trabalhador estão previstos na Constituição Federal e detêm a qualidade da fundamentalidade, compondo o núcleo imutável dessa carta magna. Ademais são direitos de ordem pública, voltados para a sociedade de trabalhadores considerados hipossuficientes em suas relações com o patrão. Por tal razão detêm estes direitos laborais a qualidade da indisponibilidade.

A fundamentalidade e a indisponibilidade não são caracteres que tornem os direitos trabalhistas irrestritos. Os direitos fundamentais podem sofrer restrições tanto em seu exercício quanto para o seu exercício, principalmente, quando há conflito de bens jurídicos tutelados.

Ocorre que as restrições ou estão previstas diretamente na Constituição Federal (restrições diretas ou imediatas) ou são colocadas para que o legislador infraconstitucional o faça (restrições legais ou reserva legal). Mas em todas as hipóteses princípios supremos preponderam, como da isonomia e suas peculiaridades, da liberdade, da proteção ao hipossuficiente, da boa-fé, da função social da propriedade, dos contratos, da empresa, da eticidade, dentre outros.

O fato é que a negociação coletiva não tem aptidão ou permissão para renunciar aos direitos trabalhistas das categorias envolvidas. Pela negociação coletiva somente é possível que haja transação de direitos cuja indisponibilidade seja apenas relativa.

Assim a Constituição Federal deve prever a sua “flexibilização” mediante convenção ou acordo coletivo (art. 7, VI, XIII, XIV, CF). Nos demais casos, onde não há o permissivo constitucional, os direitos se revestem de indisponibilidade absoluta e não poderão ser transacionados de forma a piorar a situação dos trabalhadores por meio da negociação coletiva.

Com efeito, a negociação coletiva cabe para que melhorias nas condições de trabalho sejam implementadas, e a ruptura do pacto laboral definitivamente, “não é melhoria em qualquer condição”, nem mesmo para a empresa<sup>355</sup>.

No caso em destaque, a despedida arbitrária ou sem justa causa deverá ser regulamentada por lei complementar, tratando-se de restrição legal de direitos. Mas diante da inércia do legislador em elaborar a referida lei complementar, não podem os magistrados do trabalho ficar inertes e permitir o exercício abusivo da dispensa em massa.

Portanto, a defesa da negociação coletiva como forma de evitar a demissão coletiva é um passo rumo a real democracia, rumo ao efetivo uso do poder do povo, rumo à valorização do ser humano enquanto cidadão e de valorização do trabalho enquanto elemento vital à sociedade. E o mais importante, as decisões judiciais que percebem essa necessidade demonstram a tomada de consciência do magistrado acerca de seu papel na efetivação dos direitos trabalhistas.

### **5.5.2 *Parcerias: universidade – Poder Judiciário***

#### ***a. O direito do trabalho na mídia***

O Tribunal Regional do trabalho da 24ª Região tem sede em Campo Grande, capital do Mato Grosso do Sul. Esse tribunal firmou uma parceria com a Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal-Uniderp.

Pela parceria o TRT lançou um programa na rádio estudantil da Universidade. O tema do programa são os direitos do trabalhador.

O programa de rádio consiste em chamadas informativas sobre os direitos trabalhistas. Tais chamadas são veiculadas em seis inserções diárias com duração de um minuto. Elas

---

<sup>355</sup> Trata-se do Princípio da Adequação Setorial Negociada. A respeito ler: TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O Princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

ocorrem durante a programação normal da Rádio Uniderp, emissora mantida pela Universidade. A sintonia Rádio Uniderp é FM (103.7).

A iniciativa recebeu o nome de "Cidadania em Foco" e estreou em primeiro de maio de 2007. A data sugere que o programa foi um presente para os trabalhadores. De fato, os **ouvintes** da emissora de rádio recebem informações básicas sobre direitos trabalhistas, com foco no conteúdo comum da legislação que abrange a maioria dos trabalhadores urbanos.

Esse mesmo TRT também firmou um convênio com o Grupo Zahran, Ueze Zahran e com a direção da TV Morena. Pelo convênio o Tribunal dispõe de um minuto semanal para veiculação de conteúdo do interesse da Justiça do trabalho em horário nobre da TV Morena. O minuto semanal trabalhista durou até o final de 2008.

A Fundação Ueze Zahran<sup>356</sup> desempenha importante papel social nacionalmente e, em particular, em Mato Grosso do Sul. Trata-se de uma instituição sem fins lucrativos e reconhecida como de utilidade pública nos âmbitos municipal, estadual e federal e foi fundada em 1998. Seu propósito é gerar e apoiar programas sociais nas áreas da educação, cultura e proteção ao meio ambiente.

O desembargador presidente do tribunal, na oportunidade da assinatura do convênio, destacou: é mais uma grande vitória do Tribunal, pois vai permitir levar informações e mostrar o funcionamento da Justiça do trabalho aos empresários e trabalhadores do Estado.

Ressalte-se que programas midiáticos que prestam informações acerca de direitos trabalhistas conscientizam tanto os destinatários dos seus direitos quanto das suas obrigações.

Não há dúvida que os referidos programas de rádio e televisão servem de consultoria para as empresas da região. Pois diversos empresários não cumprem a legislação trabalhista pelo simples fato de desconhecê-la ou compreendê-la mal.

---

<sup>356</sup> Disponível em: <[www.fundacaouezazahran.org.br](http://www.fundacaouezazahran.org.br)>. Acesso em: 04 jan. 2009.



Enfim, os programas de rádio e de televisão promovidos pelo TRT aproximam os desembargadores trabalhistas do povo, na medida em que precisam abandonar a linguagem rebuscada dos acórdãos e dialogar com os ouvintes e telespectadores. Por outro lado, os cidadãos começam a conceber o Poder Judiciário como um aliado que diz quais são os direitos trabalhistas e como efetivá-los.

Projetos como esses são simples, porém valiosos. Através da educação e da mídia, o Tribunal Regional dos trabalhadores consegue criar um elo com os cidadãos, aproximando-os dos centros decisórios do país.

### ***b. Curso de pós-graduação***

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região<sup>357</sup> tem sede em Campinas, no Estado de São Paulo. Esse Tribunal firmou um convênio com a Universidade Presbiteriana Mackenzie<sup>358</sup> em novembro de 2007.

A parceria consiste em a universidade promover curso de pós-graduação *Lato Sensu* em direito e processo do trabalho. O curso é realizado nas dependências do Tribunal e sob a supervisão da escola da magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região (Ematra XV).

Na data da assinatura do convênio foi celebrada uma Aula Magna ministrada pelo professor emérito e coordenador do Programa de Pós-Graduação em direito da Universidade Mackenzie, José Francisco Siqueira Neto. Advogado, doutor em direito pela Universidade de São Paulo (USP) e também professor da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Siqueira Neto tratou do tema "Desafios contemporâneos do direito do trabalho".

Na primeira turma do curso se inscreveram 67 servidores e 5 juízes. Parece que o desafio é incentivar a inscrição de maior número de juízes. A aproximação dos juízes do ambiente acadêmico gera reciclagem e melhor preparo para o exercício da função. Mas a

---

<sup>357</sup> Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 03 jan. 2009.

<sup>358</sup> Disponível em: <www.mackenzie.edu>. Acesso em: 03 jan. 2009.

notícia boa é que o corpo docente será composto em 30% por magistrados de primeiro e segundo graus do próprio Tribunal.

A parceria demonstra a cooperação acadêmica e científica na área multidisciplinar do trabalho. Sejam como docentes ou discentes, os magistrados trabalhistas terão a oportunidade de promoção em sua formação ética e intelectual, à medida que se envolverem com a atividade acadêmica.

A facilitação do acesso a um curso de pós-graduação promovida por essa parceria gera boas perspectivas. Ao estudarem a história do direito do trabalho, por exemplo, os magistrados relembram que a criação da legislação trabalhista surgiu tanto para conter a exploração e a violência social quanto para estabelecer limites jurídicos ao poder econômico.

E assim continua sendo, pois o direito do trabalho ao mesmo tempo em que protege e confere cidadania aos trabalhadores, serve como fator propiciador da concorrência capitalista.

Diante das investidas ideológicas do neoliberalismo conhecer a importância do papel que os juízes desempenham faz toda a diferença na atuação da magistratura brasileira. Assim, o juiz do trabalho que conhece a história e a realidade para a qual trabalha não tentará conter os efeitos do avanço tecnológico sobre a empregabilidade, mas sim buscará preservar a dignidade do trabalhador e evitar retrocessos relativos aos direitos trabalhistas e humanos conquistados historicamente.

A magistratura trabalhista deve se conscientizar de que tanto na iniciativa privada quanto no exercício de funções públicas não há mais espaço para o homem tradicional e que não busca um contínuo aprimoramento de sua formação profissional

### *c. Projeto Selo Social Trabalhista*

Em 2005, o Departamento de direito do trabalho e da seguridade social da Universidade de São Paulo (USP) instituiu o Núcleo de Estudos de direito do trabalho com o objetivo de realizar projetos de pesquisa e extensão.

Um dos projetos aprovados foi o denominado Selo Social trabalhista, cujo desenvolvimento ficou a encargo dos professores Marcus Orione Gonçalves Correia, Jorge Luiz Souto Maior e Otavio Pinto e Silva.

O projeto visa incentivar as empresas a adotarem em seu processo produtivo os parâmetros jurídicos para um trabalho digno. O projeto tenta evitar que as empresas busquem vantagens concorrências mediante o descumprimento da legislação trabalhista.

As empresas que oferecerem condições de trabalho digno a seus funcionários são premiadas com o Selo Social trabalhista, gerando um diferencial importante na concorrência econômica.

O projeto se harmoniza com os fins do direito do trabalho, na medida em que cria pressupostos para um ambiente sadio de trabalho e ao mesmo tempo busca o desenvolvimento de um capitalismo socialmente responsável.

O projeto do Selo Social pretende resgatar a essencialidade desse compromisso, demonstrando a razão de ser das normas de regulação do trabalho e conferindo um prêmio de natureza socioeconômica para as empresas que, habilitando-se para tal, demonstrem se inserir na lógica desse capitalismo socialmente responsável, a exemplo do que se tem feito no aspecto pertinente ao meio ambiente<sup>359</sup>.

O programa funciona coordenado por professores da USP e convidados de outras universidades e de outras áreas do conhecimento.

---

<sup>359</sup> O referido projeto está em fase de planejamento, sua execução ainda não foi iniciada. MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Projeto Selo Social trabalhista – trabalho Digno*. São Paulo, 2006.

Num primeiro momento o projeto fixa os parâmetros jurídicos do trabalho digno. A seguir confere certificados de Selo Social trabalhista às empresas que demonstraram atendê-los.

A execução do referido projeto pode trazer benefícios diretos no sentido da efetivação dos direitos trabalhistas. Assim sendo, as empresas que participam do processo de concorrência capitalista respeitando parâmetros de dignificação do ser humano, contribuem para a diminuição dos conflitos trabalhistas.

### 5.5.3 *Ativismo judicial*

*A tragédia da cultura e do processo está no fato de que quando tiver de dizer sim à justiça, às vezes terá de dizer não à lei, à doutrina e à jurisprudência consagradas.*

*Hommerding*

Por ativismo entende-se a atuação de um juiz que incorpora as vicissitudes do meio social, as conquistas das classes envolvidas, a própria evolução do Poder Judiciário e tem por fim a realização de direitos fundamentais.

O termo ativismo judicial encontra-se definido por outras expressões tais como protagonismo judicial<sup>360</sup>, atividade judicial criadora mediante utilização da cláusula geral<sup>361</sup>, direito judicial, judicialização da política<sup>362</sup>, politização do Judiciário.

Pelo ativismo judicial o magistrado se mostra um protagonista judicial se sua decisão criar a norma adequada para o caso concreto.

Ressalte-se que somente um juiz com formação ética humanista e que busca a justiça desenvolverá o ativismo para efetivar direitos trabalhistas, podendo ser que para isso tenha até

<sup>360</sup> SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2008, p. 191.

<sup>361</sup> MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1991, p. 28.

<sup>362</sup> CITADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. ALCEU, v.5, n.9, jul./dez. 2004, p. 105-113.

mesmo que negar a lei, caso esta venha acarretar decisões injustas<sup>363</sup>. Nesse sentido o ativismo judicial aparece como instrumento importante para a efetivação de direitos trabalhistas. Também pode ser hábil também quando se fala acerca das omissões do Poder Legislativo.

Quando a omissão legislativa inviabiliza o pleno exercício de direitos fundamentais, o ativismo do juiz torna-se imprescindível. Nesses casos, ao invés de entrar em tensão com os demais poderes o juiz, na verdade, efetiva os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Ou seja, a inoperância do Poder Legislativo pode transferir ao juiz a efetivação dos direitos fundamentais e forçar os tribunais a serem artífices na defesa da vida digna. As forças sociais muitas vezes paralisadas por questões políticas são impulsionadas pelo Poder Judiciário<sup>364</sup>.

Um exemplo que ilustra bem o uso benéfico do ativismo judicial é o caso do julgamento dos mandados de injunção<sup>365</sup> acerca da greve dos servidores públicos. A sessão pública de julgamento no Pleno do STF ocorreu em 12 de abril de 2007.

Algumas ações foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal acerca do direito de greve dos servidores públicos. É que apesar desse direito estar previsto na Constituição Federal de 1988 a sua regulamentação depende de lei específica que ainda não foi promulgada.

Assim, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo direito à greve dos servidores públicos. Os ministros analisaram ações ajuizadas por sindicatos que buscavam assegurar o direito à greve e reclamavam da demora do Congresso Nacional em regulamentar a matéria. Com a decisão o Supremo Tribunal Federal, foram aplicadas as regras da lei que regulamentam a greve no setor privado também ao setor público.

---

<sup>363</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Valores, processo e sentença*. São Paulo: LTr, 2003, p. 7.

<sup>364</sup> CAMPINHO, Heitor Carvalho. *Ativismo judicial e mandado de segurança: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Bancas/2004/HeitorCarvalhoCampinho.pdf>> Acesso em: 28 out. 2008.

<sup>365</sup> Mandados de Injunção números 712 e 670.

A decisão do STF valerá para os servidores públicos enquanto o Congresso não aprovar uma lei para regulamentar a greve. Nessa decisão o STF agiu de forma ativa e no sentido de protagonizar a efetivação do direito de greve dos servidores públicos.

O argumento do ministro Eros Grau foi no sentido de que no setor privado o que se disputa é o lucro do patrão, que é obrigado a atender à reivindicação, mas no serviço público não há patrão, o que existe é o interesse da sociedade do outro lado.

De fato essa decisão do STF foi paradigmática no que diz respeito ao ativismo judicial, pois até então a sua posição, quanto à greve no serviço público, era diversa. O Supremo reconhecia a sua omissão normativa e mandava notificar o Poder Legislativo para que atuasse de modo a concretizar a norma constitucional.

O julgamento dos referidos mandados de injunção representou o divisor de águas entre a velha e a nova posição do Supremo Tribunal Federal. Ainda que com muitas ressalvas, o STF adotou postura ativa ao formular supletivamente a norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos.

#### ***a. O ativismo judicial no direito comparado***

O movimento do ativismo judicial é bastante favorecido pelas características da *Common Law*. Esta é delineada justamente pela criatividade jurisprudencial. Mas mesmo nos países da cultura da *Civil Law* que têm os princípios incorporados em suas Constituições vêm se abrindo espaço para o ativismo.

As decisões mais marcantes da Suprema Corte norte-americana sempre objetivavam a manutenção do *status quo*. Foi no caso *West Coast Hotel vs. Parrish*, de 1937, que a Suprema Corte deu o primeiro passo no reconhecimento da constitucionalidade de leis laborais.

Essa decisão alterou inteiramente o antigo entendimento construído no Caso *Adkins vs. Children's Hospital*. O novo entendimento tornou válidas as leis que estabeleciam pisos salariais, sob o argumento de que é ilusória a liberdade contratual dos trabalhadores. Por estarem os trabalhadores, em regra, em posição mais frágil, por necessidades vitais e por falta de opção, eles sempre aceitariam as imposições dos empregadores. Assim, seria possível que o Estado editasse leis visando compensar a fragilidade dos trabalhadores<sup>366</sup>.

Esse exemplo concreto mostra que os Estados Unidos há muito tempo vêm desenvolvendo um modelo decisório protagonista na efetivação dos direitos trabalhistas.

Mas o ativismo é uma tendência mundial e pode servir de instrumento para a mais ampla efetivação dos direitos trabalhistas. O IX Congresso Mundial de direito Judiciário ocorrido na Europa, mais especificamente em Coimbra, entre os dias 25 e 31 de agosto de 1991, demonstra claramente essa tendência.

Esta edição do Congresso segue a sequência dos três Congressos anteriores, respectivamente realizados na Bélgica, 1977, na Alemanha, 1983, e na Holanda, 1987, além do Congresso Extraordinário de Bolonha, 1988.

Como resultado do IX Congresso foi produzido um Relatório Geral sobre o ativismo do juiz. Consta nesse relatório que foram recebidos trabalhos dos representantes de quase todos os países do mundo. Isso demonstra a amplitude do tema e sua repercussão mundial. Sugere que os países estão preocupados em adequar seu Poder Judiciário às demandas do mundo atual.

### ***b. Os problemas do ativismo judicial***

Por ser um tema atual o ativismo gera algumas polêmicas, tais como a separação de poderes e a extrapolação de poderes.

---

<sup>366</sup> SUNSTEIN, Cass R. *The second bill of rights: FDR's revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2004, p. 28

De fato, o ativismo engendrado por um juiz sem formação e ética e desvinculado dos valores de justiça social e democracia pode usar desse instrumento moderno para extrapolar seu poder.

O ativismo judicial no jogo político, por exemplo, pode servir de instrumento para manutenção de privilégios e atendimento de interesses privados.

De qualquer forma, o ativismo judicial é um fenômeno irreversível e necessita de limites claros e democráticos.

O primeiro problema diz respeito à clássica separação de poderes proposta por Montesquieu. A indagação é no sentido de saber se o fortalecimento de um ativismo judicial se chocaria com a referida doutrina.

A separação dos poderes preconizada por Montesquieu é um dos princípios que estrutura um Estado de direito. Consiste em mecanismo indispensável à garantia do exercício do poder de forma moderada e conseqüentemente funciona como freio às possíveis tentativas de consolidação de ordens totalitárias.

Ocorre que o Poder Judiciário não mais se limita a fazer o contrapeso aos demais poderes. Ele não é mais um “contra poder”, uma vez que passa a exercer um verdadeiro poder normativo e a promover um “diálogo normativo entre os poderes”<sup>367</sup>.

Ao exercer sua função, o juiz faz escolhas. Ao fazê-las, o juiz exercita sua função política. Esse elemento é determinante no processo de afirmação da jurisdição como poder comparável aos outros dois<sup>368</sup>.

---

<sup>367</sup> MALENGREAU, Sabine. *O aumento da competência e a legitimidade do juiz em uma sociedade fragmentada à procura de um elo social*. Tradução de: Deilton Ribeiro Brasil. Disponível em: <<http://www.ulb.ac.be/droitpublic>>. Acesso em: 10 out. 2008.

<sup>368</sup> HOURQUEBIE, F. *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 119.



Ressalte-se ainda que no mundo atual a lei perde sua condição de tradutora da vontade geral, apesar de continuar sendo uma prescrição válida a todos. Ademais, a lei pode ser resultado de um embate de forças políticas divergentes e servir de mero instrumento para preceituar os ditames de forças sociais representadas nas casas parlamentares<sup>369</sup>.

No trabalho em desenvolvimento, prioriza-se demonstrar que o princípio da separação dos poderes, como se constata, não é ferido pela maior relevância dada ao papel do juiz na efetivação dos direitos trabalhistas.

A teoria proposta por Montesquieu deve ser revisitada e adequada a uma forma de governo democrática. O novo modelo de Estado que se desenvolve se afastou, formal e materialmente, daquele no qual foi desenvolvida a clássica separação de poderes. Segundo Emerson Garcia,

De fato, Montesquieu dispensava uma importância secundária ao Poder Judiciário, não obstante o concebesse como poder autônomo encarregado da função jurisdicional, apressava-se em realçar a necessidade de mantê-lo adstrito à *letra da lei*. Porém, a doutrina de Montesquieu demonstra que o alicerce teórico da separação de poderes, caso estruturado na pureza de suas linhas estruturais, não mais se coaduna às profundas mutações de natureza inter e intra-orgânica que se operam na estrutura política do poder. A começar pela própria produção normativa que, numa fase pós-positivista, sofreu um profundo realinhamento com o reconhecimento do caráter normativo dos princípios jurídicos, como visto, e que enfraqueceu o reinado do Poder Legislativo, pulverizando-o entre os demais poderes<sup>370</sup>.

---

<sup>369</sup> MELGARÉ, Plínio. Horizontes da democracia e do direito: um compromisso humano. *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2002, p. 679.

<sup>370</sup> GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro: n. 30, 2005, p. 133.

A propósito, no direito comparado o sistema norte-americano chegou à conclusão de que a solução clássica da separação dos três poderes, se útil no passado, vem-se revelando insatisfatória no presente<sup>371</sup>.

Enfim, identificar os limites e as potencialidades do papel do juiz na efetivação dos direitos trabalhistas é tarefa que deve estar voltada para o futuro e manter distância dos dogmas sedimentados pela clássica teoria de Montesquieu. Esta teoria foi desenvolvida sob o império do liberalismo clássico e servia para a compreensão das relações travadas no Estado liberal de direito.

Um segundo fator que poderia ser colocado como problema é entender o ativismo judicial como abertura para que o juiz utilize de sua competência funcional perpetrar regalias e ilegalidades. Porém, esse risco é neutralizado pela obrigação de o magistrado atender ao comando do art. 93, IX da Constituição Federal. De fato, a adoção de uma postura mais ativa no desenrolar do processo significa fundamentar as decisões sempre, porém, utilizando-se dos mecanismos jurídicos válidos dados pelo próprio ordenamento jurídico.

Assim, se torna imprescindível a generalização de uma formação ética e intelectual humanistas do juiz, bem como inculcar-lhe a consciência de que o julgamento não pode estar distanciado da realidade dos destinatários dos direitos previstos na Constituição.

Devemos disseminar a missão que o juiz tem de reconstruir os fatos narrados nos autos para ter acesso à verdade real. E para isso ele deve estar preparado para conhecer o caso concreto e decidir de forma a efetivar amplamente os direitos trabalhistas.

Sendo assim, o ativismo confere ao juiz inclusive a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de leis e conceder direitos incontroversos ainda que não tenham sido demandados pelas partes.

---

<sup>371</sup> LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. *BDJur*. Disponível em. <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em:10 out. 2008.

## 6 CONCLUSÃO

No desenvolvimento da presente tese tentamos mostrar que foram diversos os papéis desempenhados pelo juiz no sentido da efetivação de direitos trabalhistas.

A mudança no papel desempenhado pelo juiz acompanha as transformações por que passam a própria sociedade. Assim, partimos da análise do contexto de um Estado liberal de direito até chegar à crise do Estado social de direito que vivenciamos atualmente.

No Estado liberal de direito o juiz encontra-se submetido de forma restrita à lei e ao princípio da legalidade, que eram considerados limites para a atuação desse mero aplicador do direito.

Nesse contexto imperavam alguns dogmas como a supremacia da lei, o monopólio do Legislativo (Parlamento) no exercício da função normativa e o caráter unitário, completo e coerente do ordenamento jurídico estatal.

Na época tinham prestígio a escola exegética e o positivismo que se baseavam no fenômeno da codificação. Este consistiu no pressuposto da concepção reducionista da função do juiz ao equipará-lo a um mero elaborador de silogismos. Porém, o papel do juiz muda quando há a passagem do Estado liberal de direito para o modelo de Estado social.

Alguns fatores propiciaram essa transformação generalizada, dentre eles a constatação de que a tese do silogismo se baseava em uma insustentável separação entre o direito e a moral.

O Estado social nasce também da crise profunda pela qual passou a base fundamental do modelo anterior. A economia capitalista de mercado autorregulável entra em crise com a grande depressão ocorrida entre 1929 e 1933. Ademais, o contexto era de eclosão da II Guerra Mundial fruto da disputa acirrada pelo poder político, em nível internacional, encetada pelos Estados nacionais da Europa.

Tais fatores geraram significativas mudanças nas esferas econômica, política e social e delinearão o novo papel do juiz.

Pelo modelo de Estado social há a consolidação do *Welfare State*. Este é caracterizado pelo constitucionalismo social e por maior intervencionismo estatal na esfera privada com o intuito de garantir direitos sociais.

Nesse contexto, ao juiz não caberia mais tão-somente a função robótica de mera aplicação neutra da lei ao caso concreto. Eles passam a desenvolver uma atividade construtiva do sentido e da finalidade das normas para atender aos comandos previstos em princípios albergados pela Constituição.

No entanto, uma nova crise leva à transformação desse modelo de Estado de direito. Fatores como a globalização, a terceira revolução tecnológica e a consolidação de uma sociedade de massas fazem o Estado social entrar em crise.

Várias transformações sociais são percebidas e elas têm uma amplitude muito maior que as anteriores. A globalização é um fenômeno que pode ser sintetizado pela integração mundial sob todos os aspectos. Ela é instrumentalizada pela informatização e pelo encurtamento das distâncias propiciado pela internet. Além disso, a globalização e a internet são fatores que fazem surgir os conflitos de massa, de cunho coletivo e classista. E os conflitos de massa proporcionam o surgimento dos direitos de terceira geração. Estes direitos são difusos e é difícil delimitar seus titulares, pois são lesões aptas a atingir classes e coletividades inteiras.

Enfim, a sociedade neoliberal que se delineia tem como características marcantes problemas e informações massificadas, multiplicação de problemas, de direitos, de relações mundiais e também da pluralização das ordens normativas, conforme abordamos no terceiro capítulo.

Em meio a todas essas transformações a atividade do juiz ganha relevância primária, pois este pode atuar como importante instrumento para a realização da democracia e efetivação concreta dos direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal de 1988.

E aqui se insere a principal preocupação da presente tese. O juiz reelaborou seu papel ao abandonar a submissão restrita às leis ou às doutrinas e jurisprudências estabelecidas quando de sua inserção no Estado social de direito.

Mas em momento de crise desse Estado social a análise parte para a formação ética e intelectual desses magistrados. Além disso, a pesquisa busca demonstrar a importância de o juiz ter uma visão ampla e profunda dada por determinados estudos que lhe permitam conhecer bem a realidade para a qual trabalha a fim de se aproximar o máximo da verdade real e assim efetivar os direitos trabalhistas.

Juntamente com a ascensão do papel do juiz vem uma maior responsabilidade, pois agora cabe ao magistrado conhecer, coordenar e transformar essa sociedade complexa,

Por isso a tese realiza uma série de indagações de caráter prático. Ela questiona quem são os juízes brasileiros, qual a sua formação ética e intelectual, como são recrutados e qual o conteúdo dos cursos de formação, além de procurar saber se juízes efetivamente conhecem a realidade para qual trabalham.

Também ofereceu instrumentos próprios do ordenamento jurídico, como a inspeção judicial e a utilização das cláusulas abertas, sempre ressaltando a importância da adequada fundamentação das decisões. Além disso, outros mecanismos foram apresentados como parcerias e projetos simples que aproximam o juiz da realidade, informam os jurisdicionados de seus direitos e ajudam na efetivação da democracia.

Assim, concluímos que a qualidade da prestação jurisdicional e o nível de efetivação dos direitos trabalhistas em tempos de crise do Estado estão intimamente ligados à qualificação ética, intelectual e humana dos juízes. A efetivação dos direitos trabalhistas pode

ser assim alcançada e parece uma saída bem mais simples do que a desenfreada celeridade, proposta como base da reforma do Poder Judiciário e como resposta à crise do Estado social.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMANN, Kátia. *Mercado de trabalho invisível: a articulação entre o trabalho no mercado informal, o emprego e o desemprego na trajetória de trabalhadores*. Dissertação (Mestrado em Psicologia social e do trabalho)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1984.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A função jurisdicional no mundo contemporâneo e o papel das escolas judiciais. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul-AJURIS, em Porto Alegre. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/6710/1/A\\_Fun%C3%A7%C3%A3o\\_Jurisdicional\\_no\\_Mundo.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/6710/1/A_Fun%C3%A7%C3%A3o_Jurisdicional_no_Mundo.pdf)>. Acesso em: 23 dez. 2009.

ALEXY, Robert. *El concepto de validez del derecho*. Barcelona/España: Gredisa Editorial. 1994.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Adriana Sousa de. *Desemprego e precarização das condições de trabalho nos países avançados*. Dissertação (Mestrado em economia social e do trabalho)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003.

AMADEO, Edward J. *John M. Keynes: cinquenta anos da Teoria geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: IPEA, 1992.

AMARAL, Rafael Caiado. *Breve ensaio acerca da hermenêutica constitucional de Peter Häberle*. Disponível em: <[www.ihj.org.br](http://www.ihj.org.br)>. Acesso em 03 jun. 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ANTUNES, Ricardo; PORCHMANN, Márcio. *O novo mundo do trabalho. O trabalho no novo mundo*. Entrevista conferida ao jornal da Unicamp, em 04 de abril de 2007. *Jornal da Unicamp*, Campinas, Edição 354, de 9 a 15 de abril.

ARAÚJO, Carolina Lobato Góes. *Direitos metaindividuais e ação civil pública : a perspectiva contemporânea da tutela coletiva trabalhista*. Dissertação (Mestrado Direito do Trabalho)-Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

ARIZA, Santiago Sastre. *La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ARRUDA, Augusto Francisco Mota Ferraz de. *Formação e recrutamento de juízes*. In: *Recrutamento e formação de magistrados no Brasil*. José Maurício Pinto de Almeida, Márcia Leardini (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2006.

BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium Editora, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BENETTI. *A Teoria Geral 50 anos depois: Keynes e a teoria neokeynesiana contemporânea*. 2.ed. Rio de Janeiro: IPEA, 1992.



BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*; Tradução de: Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri/SP: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. São Paulo: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizione di Comunità, 1977.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política [Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica ]*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>. Acesso em: 02 jan. 2009.

BUCI- GLUCKSMANN, C. THERBORN, Goran. *O desafio social democrata*. Lisboa: Dom Quixote, 1983.

BUDÓ, Marília Denardin. *Flexibilização do direito do trabalho. E a justiça social?*. Site do Curso de direito da UFSM. Santa Maria/RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/trabalho/flexibilizacao-clt.htm>>. Acesso em: 23. jul. 2008.

CAMPINHO, Heitor Carvalho. *Ativismo judicial e mandado de segurança: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Bancas/2004/HeitorCarvalhoCampinho.pdf> > Acesso em: 28 out. 2008.

CAMPREGHER, Gláucia Angélica. *A quem interessa o fim do trabalho*. Localidade: Associação Brasileira de Estudos do trabalho. V Encontro Nacional.

CANABRAVA FILHO, Paulo. América Latina pós Consenso de Washington: compondo uma nova cultura. *Revista Conjuntura*, São Paulo: Nova Sociedade, out. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor (*SAFE*), 1989.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis: Vozes, 1998.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Editora Ática, 1999.

CHICK, Victoria. *A Teoria Geral de Keynes 50 anos depois: o que resta?* 2.ed. Rio de Janeiro: IPEA, 1992.

CITADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. ALCEU, v.5, n.9, jul./dez. 2004.

COELHO, Inocêncio Martins. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137 jan./mar. 1998, p. 158.

COLEMAN, Jules. Authority and Reason. In: *The autonomy of law: essays on legal positivism*. Oxford University Press: Edited by Robert P. George, 1999.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *O processo de formação e seleção do magistrado brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6113>>. Acesso em: 26 dez. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

CRETELLA Júnior, José. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

DATHEIN, Ricardo. *O crescimento do desemprego nos países desenvolvidos e sua interpretação pela teoria econômica: as abordagens neoclássica, keynesiana e schumpeteriana*. Tese (Doutorado em Economia)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7.ed. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relações de emprego*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Harvard: University Press, 1999.

Entrevista concedida ao Espaço Jurídico Bovespa em 10/01/2006. Disponível em; <<http://www.bovespa.com.br/Investidor/Juridico/060110NotA.asp>> Acesso em: 29 dez. 2008.

ESPADA, João Carlos. Sociedade aberta e neoliberalismo. *Análise social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, Lisboa v. 29, 1994.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

FALCÃO, Joaquim. O múltiplo judiciário. In: SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del Estado de derecho. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FINLAYSON, James Gordon. *Habermas: a very short introduction*. Localidade: Oxford University Press, 2005.

FIORAVANTI, M. *Constitución. De la antigüedad a nuestros dias*. Tradução de: M. Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FIUZA, Ricardo A. Malheiros. Escola Judicial “Des. Edésio Fernandes”, do TJMG: modelo para o Brasil. In: *Recrutamento e formação de magistrados no Brasil*. José Maurício Pinto de Almeida, Márcia Leardini (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007.

GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro: n. 30, 2005.

GASTALDI, Suzana. *O fenômeno da massificação social e a superação da tradicional dicotomia público-privado*. Disponível em: <[http://www.direitosfundamentais.com.br/html/colaborador\\_o\\_fenomeno.asp](http://www.direitosfundamentais.com.br/html/colaborador_o_fenomeno.asp)>. Acesso em: 23 ago. 2008.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses individuais homogêneos na perspectiva das “ondas” de acesso à justiça. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). *Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2004, p. 58.

GIMENEZ, Denis Maracci. *Políticas de emprego no capitalismo avançado: trajetória no século XX e o significado da ruptura neoliberal*. Dissertação (Mestrado em Economia)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001.

GOMES, Suzana de Camargo. A escola de magistrados e a formação do juiz. In: *Recrutamento e formação de magistrados no Brasil*. José Maurício Pinto de Almeida, Márcia Leardini (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007.

GONÇALVES JÚNIOR, Mário. *Ao anular demissão em massa Judiciário paulista assume responsabilidade do legislativo*. Disponível em:< <http://jusvi.com/artigos/38196>>. Acesso em 19 mar. 2009.

GORZ, André. *Metamorfoses do trabalho: crítica da razão econômica*. Tradução de: Ana Montoia. São Paulo: Annablume, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p. 13.

HAYEK, Friedrich. *Law, legislation and liberty*. First one-volume paperback edition with corrections and revised preface. Londres: Routledge & Kegan Paul. v.2, 1982.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. 5.ed. Tradução e Prefácio de: L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1980.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Valores, processo e sentença*. São Paulo: LTr, 2003.

HOURQUEBIE, F. *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*. Bruxelles: Bruylant, 2004.

ISKANDAR, Jamil Ibrahim; LEAL, Maria Rute. Sobre positivismo e educação. *Revista Diálogo educacional*, Curitiba, v.3, n.7, set./dez. 2002.

JAVILLIER, Jean-Claude. *Manuel Droit du Travail*. 5.ed. Paris: L.G.D.J, 1996.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Editora Armênio Amado, 1984.

KLEIN, Stefan Fornos. *Sobre a dominação e a emancipação na teoria crítica de Marcuse*. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas)-Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

LEAL, Suely Maria Ribeiro. *A outra face da crise do Estado do Bem-Estar Social: neoliberalismo e os novos movimentos da sociedade do trabalho*. Caderno de pesquisa, Campinas: Unicamp, n. 13, 1990.

LEARDINI, Márcia. A importância da formação do magistrado para o exercício de sua função política. In: *Recrutamento e formação de magistrados no Brasil*. José Maurício Pinto de Almeida, Márcia Leardini (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). *Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito Processual do trabalho*. 6.ed. São Paulo: LTr, 2008.

LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. *BDJur*. Disponível em. <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

LENZA, Pedro. As transformações do Estado e a multiplicação dos direitos. In *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

LOBRY, Claude. *Droit du travail et sécurité sociale*. Paris: Tóp Éditions, 2000.

LOCKE, John. *Treatise of civil government and a letter concerning toleration*. Nova York: Appleton-Century-Crofts Inc., 1937.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de: Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri/SP: Manole, 2007.

LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; São Paulo: Editora Unesp, 2004.

LOWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2003.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação Civil Pública, o direito social e os princípios. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Édis Milaré (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MACIEL, Omar Serva. A interpretação pluralista de Peter Häberle como contributo à democratização do processo constitucional. *Revista da AGU*. Brasília, ano 4, n. 26, mar. 2004, p.7.



MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, t.1, 2002.

MAIA, Alexandre da. *A dicotomia público x privado com o advento do Estado social: uma análise crítica à obra de Hannah Arendt*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=53&p=2>> Acesso em: 02 set. 2008.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

MALENGREAU, Sabine. *O aumento da competência e a legitimidade do juiz em uma sociedade fragmentada à procura de um elo social*. Tradução de: Deilton Ribeiro Brasil. Disponível em: <<http://www.ulb.ac.be/droitpublic>>. Acesso em: 10 out. 2008.

MALKI, Yara. *Reflexões sobre os testes psicológicos a partir da teoria crítica da sociedade*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1991.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. Localidade: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2003.

MELGARÉ, Plínio. Horizontes da democracia e do direito: um compromisso humano. *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito Civil Constitucional*. São Paulo: Revista de Direito Civil, v. 65, jul./set. 1993.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

MOREL, Regina L. Moraes; PESSANHA, Elina G. da Fonte. Magistrados do trabalho no Brasil: entre a tradição e a mudança. *CPDOC/FGV Estudos Históricas*, Rio de Janeiro, n. 37, jan./jun. 2006.

MORESO, José Juan. Conflictos entre principios constitucionales. In: Miguel Carbonell (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2.ed. Madrid: Trotta, 2005.

NAÍM, Moisés. Ascensão e Queda do Consenso de Washington: O Consenso de Washington ou a Confusão de Washington? *Revista Brasileira de Comércio Exterior – RBCE*, Rio de Janeiro: FUNCEX, 2000.

NALINI, José Renato. O desafio de criar juízes. In: *Recrutamento e formação de magistrados no Brasil*. José Maurício Pinto de Almeida, Márcia Leardini (Coords.). Curitiba: Juruá, 2007.

NARDELLI, Luis Fernando. *Inspeção judicial*. Entrevista ao *Jornal Carta Forense*. Disponível em: < <http://www.carteforense.com.br/Materia.aspx?id=1443>>. Acesso em: 02 jan. 2008.

NARDELLI, Paulo Renato Gonzáles. *Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados: análise comparativa*. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/articles/5580/1/clausulas->

gerais-e-conceitos-juridicos-indeterminados-analise-comparativa-breve/pagina1.html>.

Acesso em: 12 maio. 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Evolução Histórica do Sindicalismo. In: ROMITA, Arion Sayão (Coord). *Sindicalismo*. São Paulo: LTR, 1986.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 33.ed. São Paulo: LTr, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante Anotados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

OCTAVIANI, Tiago. *Globalização e constitucionalismo frente à dicotomia público e privado*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7803>>. Acesso em: 7 set. 2009.

OLIVEIRA, Marcos Barbosa de. Sobre o significado político do positivismo lógico. *Crítica marxista*, São Paulo, v. 14, 2002.

PAULANI, Leda Maria. Neoliberalismo e individualismo. *Economia e Sociedade*, Campinas, n.13, dez. 1999.

PAULSEN, Leandro. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. N. 01, março 2003. Porto Alegre: AJUFERGS, 2003.

PEREIRA, Héder Cardoso. *Schumpeter: o futuro do capitalismo, o empresário e a inovação*. Cadeira de Sociologia Econômica. Aula n. 14. Disponível em: <<http://docentes.esgs.pt>>. Acesso em: 02 jan. 2009.

PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. *Revista do Tribunal Regional da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, jan/jun. 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* Rio de Janeiro: IPEA, 2003.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003.

PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PORCHMANN, Márcio; ANTUNES, Ricardo. *O novo mundo do trabalho. O trabalho no novo mundo*. Entrevista conferida ao jornal da Unicamp, em 04 de abril de 2007. *Jornal da Unicamp*, Campinas, Edição 354, de 9 a 15 de abril.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. 4.ed. São Paulo: Millennium, 2008.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PRIORI, Angelo. Sindicalistas e o debate sobre a CLT. Maringá: *Revista espaço acadêmico*. Ano I, n. 07, dez, 2001.

RAWLS, John. A teoria da justiça de John Rawls. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/cultura/2003/04/13/001.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2008.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, ano 5, n. 10, 2001.

RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo*. São Paulo: M. Books, 2004.

ROCKWELL, Lew. *Por que o Estado cresce?(E o que podemos fazer contra isso)*. Tradução de: Leandro Augusto Gomes Roque. Instituto Ludwig von Mises Brasil. Disponível em: <<http://www.mises.org.br>>. Acesso em: 02 jan. 2009.

ROSANVALLON, P. *La crise de l'état providence*. Paris: Editora. Seuil, 1981.

ROTHBARD, Murray N. *Ludwing von Mises (1881-1973)*. Tradução de: Leandro Augusto Gomes Roque. Instituto Ludwig von Mises Brasil. Disponível em: <<http://www.mises.org.br>>. Acesso em: 02 jan. 2009.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito sindical, princípios gerais*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1975.

SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A universidade no séc. XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade*. 2.ed. São Paulo: Cortez Editora, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Da ideia de universidade à universidade de ideias. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais (CES), n. 27/28, Jun., 1989.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré contratualismo e o pós contratualismo. In: HELLER, A. et. al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

SANTOS, Gilgleide Gomes de Almeida. A missão das escolas de magistratura na formação dos juízes em face da violência social. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 57, 30/09/2008. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4881](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4881)>. Acesso em: 26 dez. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger . A dicotomia público-privado no direito processual civil. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. (Org.). *Constituição, jurisdição e processo*. Porto Alegre: Notadez, 2007.

SERPA, Luiz Gustavo Martins. *A sociedade aberta e seus amigos: o conceito de sociedade aberta no pensamento político de Popper, Schumpeter, Hayek e Von Mises*. Tese (Doutorado em Ciência Política)-Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA JÚNIOR, Antônio Soares. *A hermenêutica constitucional de Peter Häberle: a mudança do paradigma jurídico de participação popular no fenômeno de criação/interpretação normativa segundo a teoria concretista*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1208, out. 2006, p. 6.

SIMI, Luiz. *Popper, a sociedade aberta e o liberalismo*. Disponível em: <<http://livrepensamento.blogspot.com>>. Acesso em: 02 jan. 2009.

SINGER, Paul. *Globalização e desemprego: diagnósticos e alternativas*. 2.ed. São Paulo: Contexto, 1998.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2008.

STF, Pleno, MS n. 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 nov. 1995.

SUNSTEIN, Cass R. *The second bill of rights: FDR's revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2004.

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Formação de juízes do trabalho no Brasil após a Constituição Federal de 1988: a Escola da Magistratura da Justiça do trabalho da 15ª Região*. Tese (Doutorado em Educação)-Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2008.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O Princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TONI, Míriam. Visões sobre o trabalho em transformação. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 5, n. 9, jan./jun. 2003.

TRIGO, Virgínia. Prefácio. In: *Made in China: o maior palco da globalização no século XXI*. Lisboa: Centro Atlântico, 2005.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: COUTINHO, Adalcy Rachid. et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Os direitos sociais na Constituição do Brasil*. Texto básico de palestra proferida em Madri, Espanha, na Universidade Carlos III, sob o patrocínio desta e da ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do trabalho, em 10 mar. 2003.

VIANNA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice Rezende de. MELO, Manuel Palacios Cunha. BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WEBER, Marx. *Metodologia das ciências sociais*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2001.

WILLIAMSON, John. *What Washington means by policy reform*. Institute for International Economics. Washington: Editora Latin American Adjustment: How Much Has Happen, 1990.

XIMENES, Julia Maurmann Ximenes. *Uma nova concepção de justiça no Brasil: análises sobre a teoria de Rawls e de Höffe*. *Revista do direito*, Pelotas, v.1, n.1, jan./dez. 2000.



**Sites consultados:**

<[www.ufpa.br/posdireito/caderno1/texto1\\_desen\\_1.html](http://www.ufpa.br/posdireito/caderno1/texto1_desen_1.html)>. Acesso em: 10 out. 2008.

<[www.enm.org.br](http://www.enm.org.br)>.

<[www.mackenzie.edu](http://www.mackenzie.edu)>. Acesso em: 03 jan. 2009.

<[www.mf.gov.br](http://www.mf.gov.br)>. Acesso em: 26 dez. 2008.

<[www.trt15.jus.br](http://www.trt15.jus.br)>. Acesso em: 30 dez. 2008.

<[www.wikipedia.org.br](http://www.wikipedia.org.br)>. Acesso em: 12 nov. 2008.

<[www.culturabrasil.pro.br/frankfurt.htm](http://www.culturabrasil.pro.br/frankfurt.htm)>. Acesso em: 04 de nov. 2008.

<[www.fundacaouezehran.org.br](http://www.fundacaouezehran.org.br)>. Acesso em: 04 jan. 2009.

---