

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO
JURÍDICO**

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

SÉRGIO FIUZA DE MELLO MENDES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Juraci Mourão Lopes Filho ; Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-873-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

A presente publicação traz os textos apresentados em grupo de trabalho que contou com abordagens diversas dos assuntos inerentes a sua temática, que podem ser agrupados em estudos de teoria pura, com reflexão e aprofundamentos de categorias teóricas e conceitos, e de aplicação de concepções teóricas para enfrentar aspectos dogmáticos ou problemas práticos do Direito brasileiro.

Na primeira categoria de reflexão teórica, em que de um modo geral se identifica o estudo de um determinado autor ou de uma teoria geral para problemas de definição e concepção de categorias jurídicas, tem-se texto sobre o pensamento de Karl Popper para o Direito processual e a construção de uma teoria da decisão; a revisão dos conceitos de regras, obrigações e normatividade em Herbert Hart; o uso da Crítica Hermenêutica do Direito para controle da discricionariedade judicial; a unificação de padrões éticos e morais em Dworkin e abordagem sobre o ativismo judicial. Como pano de fundo, os trabalhos identificam o que é o Direito, seus limites com a Moral, quais os contornos de seus conceitos fundamentais e suas fontes, bem como qual a lógica e racionalidade que subjazem na ciência jurídica.

Por sua vez, no grupo de artigos que tomam elementos teóricos para resolver problemas jurídicos próprios da realidade brasileira, há texto utilizando e aplicando a teoria de Robert Alexy para investigar a coerência em julgamento do Supremo Tribunal Federal; as concepções de Direito e Moral do positivismo inclusivo para, então, determinar a proteção trabalhista no país; o uso da teoria da norma em Kelsen para definir a regra matriz tributária no Sistema Tributário Nacional; investigação da implementação de políticas públicas pelo Judiciário por meio de processos estruturais; os efeitos de precedente do Supremo Tribunal Federal para mães e filhos no cárcere no Estado de Sergipe e mesmo o estudo dos precedentes de uma maneira geral no Brasil.

Como se observa, os trabalhos que compõem o presente volume demonstram a qualidade da pesquisa nacional em torno do assunto, com viés crítico e aprofundado sobre temas de relevância não só teórica como também para solução de questões práticas.

Com isso, esperamos que o leitor tenha o maior proveito possível.

Juraci Mourão Lopes Filho – UNICHRISTUS

Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho - CESUPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITO E MORAL: POSITIVISMO INCLUSIVO E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO TRABALHISTA

LAW AND MORAL: INCLUSIVE POSITIVISM AND THE PRINCIPLE OF LABOR PROTECTION

Rafael da Silva Almeida ¹
Suzy Elizabeth Cavalcante Koury ²

Resumo

O presente artigo, que utiliza o método dedutivo, é desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, abordando a interação entre direito e moral, a partir da análise jusfilosófica do Direito, com ênfase no Positivismo Inclusivo e na sua influência na aplicação do princípio da proteção, no Direito do Trabalho. Enfrentam-se as correntes jusfilosóficas do positivismo contemporâneo, a fim de compreender as conexões axiológicas entre elas e o princípio da proteção no Direito do Trabalho, pela perspectiva do intérprete aplicador. Por fim, procede-se à análise da relevância da aplicação do princípio na solução de conflitos e na busca da efetiva justiça.

Palavras-chave: Direito e moral, Positivismo inclusivo, Princípio da proteção, Jusfilosofia, Direito do trabalho

Abstract/Resumen/Résumé

The present article, which uses the deductive method, is developed through bibliographical research, and approaches the interaction between law and moral from a jus-philosophical analysis of Law, emphasizing Inclusive Positivism and its influence in the application of the principle of protection in Labor Law. The contemporary jus-philosophical doctrines are examined in order to understand the axiological connections between them and the principle of protection in Labor Law, from the perspective of the interpreter and adjudicator. At last, it is analyzed the relevance of the application of the principle of protection in solving conflicts and in the pursuit of effective justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law and moral, Inclusive positivism, Principle of protection, Jusphilosophy, Labor law

¹ Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Rolim de Moura- FAROL. Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará- CESUPA.

² Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Desembargadora do TRT da 8ª Região. Professora dos Cursos de Graduação e de Mestrado do Centro Universitário do Pará - CESUPA.

1 INTRODUÇÃO.

O direito, como parte intrínseca da formação sociopolítica da humanidade, interage com o processo histórico do constructo social, acompanhando-o, modificando-o e adaptando-o aos interesses predominantes em dado momento.

O homem, como único ser racional, organiza e controla o seu universo material e cultural, de modo a tornar possível a satisfação de suas necessidades. Assim, cria e recria normas de conduta social, ética e moral, a fim de dar validade à sua própria conduta, construindo, desse modo, o universo jurídico que ordena e protege os valores eleitos por cada sociedade como prioridades.

O direito é um fenômeno cultural associado a qualquer sociedade que apresente um mínimo de complexidade, razão pela qual é condicionado pela realidade social. Como bem afirma Reale, “não há, inegavelmente, fenômeno jurídico que não se desenvolva em certa condicionalidade histórico-social” (1983, p. 434).

Havemos que nos voltar, inevitavelmente, para a análise do direito como fato social, ou seja, como reflexo da realidade social que lhe é subjacente e que o inspira.

Desta forma, pode-se afirmar que a norma jurídica é resultado desta realidade social, como esclarece Miranda Rosa no trecho a seguir transcrito:

Ela (a norma jurídica) emana da sociedade, por seus instrumentos e instituições destinadas a formular o Direito, refletindo o que a sociedade tem como objetivos, bem como suas crenças e valorações, o complexo de seus conceitos éticos e finalísticos. (MIRANDA ROSA, 1981, p. 57).

Constituem igualmente fatos irrefutáveis as frequentes modificações da realidade social no processo de desenvolvimento histórico, modificações estas que são ditadas por novas conquistas científicas, bem como pela incorporação de novos valores e novas formas de convivência, dentre outros fatores.

Daí porque o direito é necessariamente mutável, no sentido de que as normas jurídicas devem acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade.

Todavia, isso nem sempre ocorre. Há certa reação de alguns teóricos do direito, a fim de preservar a unidade dos sistemas jurídicos e conceituais a que se vinculam, apegando-se, para tanto, à ideia de que o núcleo do direito é constituído por conceitos permanentes e aceitando apenas um mínimo de mudanças, consideradas como secundárias, com o objetivo de, segundo eles, garantir a segurança jurídica.

Buscamos o apoio de Comparato (1983) para refutar tais posições, afirmando que os

seres e símbolos não são imutáveis, não são entidades sempre iguais a si mesmas, e que os conceitos jurídicos não são descritivos da realidade; na verdade, apenas formulam conclusões jurídicas.

Assim, às modificações do complexo cultural de uma sociedade devem, necessariamente, corresponder alterações na sua ordem jurídica, sob pena de fracassarem as fórmulas e instituições antes consagradas por inadequação à realidade concreta do meio onde se pretende empregá-las.

Isso tudo conduz à ideia, defendida por MIRANDA ROSA (1981), com a qual estamos de acordo, de relativização da normatividade jurídica, pois os fatos sociais para ela significativos sofrem mudanças constantes, que o direito tem que acompanhar.

De igual modo, a ética, ciência do comportamento moral dos homens em sociedade, e a moral, objeto de estudo da ética, caracterizam-se por sua historicidade e relatividade, variando seus princípios e normas com a própria evolução histórica da sociedade.

O Século XX trouxe uma forte tendência à juridicização das normas morais, a ponto de referir-se a uma “moralização do Direito”, nos seguintes termos:

Se em todos os tempos se proclamou que o Direito, ao se concretizar em normas obrigatórias, há de respeitar os princípios da Moral, hoje mais do que nunca se acentua a tendência que as normas morais revelam no sentido de sua transformação em normas jurídicas; acentua-se, isto é, a *tendência à moralização do Direito*.⁹⁹ (apud. ROCHA, p. 182)

De fato, em todo o Século XX, e, de modo especial, na década de 90, houve uma projeção da preocupação com a moralidade pública e a ética no serviço público, destacando Rocha (1994, p. 175-176) que o novo liberalismo político, ao passar a imperar sozinho com a queda do Muro de Berlim, impôs esta valorização da ética em nossa sociedade, pois a liberdade e a justiça para todos, como princípios fundamentais da democracia, não poderiam ser asseguradas sem que fossem incluídas no ordenamento jurídico as normas morais.

Partindo-se dessas considerações, busca-se, no presente artigo, que utiliza o método dedutivo e é desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, estabelecer uma correlação entre as principais concepções jusfilosóficas do Direito e a abertura principiológica dos sistemas constitucionais contemporâneos (neoconstitucionalismo), a fim de situar o princípio da proteção do Direito do trabalho e o papel desempenhado pelo juiz quando da sua interpretação e aplicação.

Efetuar-se-á uma abordagem sucinta das principais correntes que se ocuparam em perquirir qual a força motriz de sustentação de uma ordem jurídica.

Em seguida, enfrentar-se-á uma antiga celeuma jusfilosófica, relativa ao lugar da moral em dado ordenamento jurídico e como, hodiernamente este assunto tem sido enfrentado pela jusfilosofia, de modo especial, pelo Positivismo Inclusivo.

Para finalizar, partindo-se da interação entre Direito e Moral e dentro dessa perspectiva, serão analisadas as bases da construção histórica do princípio da proteção ao trabalhador, o valor que lhe é conferido e o papel desempenhado pelo intérprete aplicador quanto à solução dos conflitos trabalhistas.

A discussão do tema parece-nos fundamental em um momento em que a Justiça do Trabalho enfrenta uma série de críticas e se busca relativizar a proteção ao empregado, em contrariedade aos elementos ético-valorativos que, consagrados na Constituição Federal de 1988, informam esse ramo do direito.

2 JUSFILOSOFIA: DO DIREITO NATURAL AO POSITIVADO.

A jusfilosofia, ramo da filosofia concernente ao direito, visa ao estudo crítico dos princípios universais que fundamentam a aplicação do direito, ocupando-se da análise da extensão do valor do direito pela perspectiva da justiça (ALMEIDA, 2016).

Nesse contexto, são importantes à filosofia jurídica as razões que fundamentam a existência e a aplicação das leis em dada sociedade, bem como o subjuço do jurisdicionado ao poder coercitivo dessas leis. Assim, as escolas jusfilosóficas (positivistas e jusmoralistas) apresentam teses que buscam regular a relação entre o direito e a moral.

Importam à filosofia jurídica as razões que fundamentam a existência e a aplicação das leis em dada sociedade, bem como, o subjuço do jurisdicionado ao poder coercitivo dessas leis, sendo que, conforme ALMEIDA (2016) para tal, as

Magalhães (1992) salienta que, tanto a filosofia, quanto a jusfilosofia desenvolvida no ocidente, fincam suas bases no pensamento desenvolvido na Grécia antiga, citando Trasímaco como precursor da interpretação marxista do direito, pois, ainda na Antiguidade, sustentava que leis servem aos interesses dos grupos que se encontram no poder, sendo a justiça não mais do que aquilo que convém ao mais forte.

O Direito Natural foi desenvolvido, principalmente, pelos pensadores gregos, aos quais se atribui a origem da ideia de um direito natural, permanente e eternamente válido, que emanava da própria natureza do homem e servia a todos os povos indistintamente, cuja existência não dependia de qualquer ato humano, como a elaboração de leis ou de convenções (MAGALHÃES, 1992).

Pode-se afirmar, então, que o ponto de partida para a ideia de um direito natural foi a constatação, pelos pensadores gregos, da existência de uma grande diversidade de leis e costumes nas diversas nações e povos, a partir da qual passaram a buscar princípios gerais que fossem válidos para todos os povos, em todos os tempos (MAGALHÃES, 1992).

Conforme ensina Cordeiro (2012), o jusnaturalismo pregava, essencialmente, que todos os homens nascem livres e iguais, sendo titulares de direitos inatos anteriores à existência do Estado. Por isso, seguindo as tradições de Hobbes e Locke, não se deveria tolerar qualquer ingerência do Estado ou dos demais indivíduos no campo da liberdade individual.

Esse modelo jusfilosófico, além de ter servido de sustentáculo aos governos absolutistas da antiguidade ocidental, justificou, mais adiante, as ideologias políticas e sociais das sociedades medievais, servindo aos interesses da época, especialmente aos do catolicismo dominante, com o jusnaturalismo teológico de Santo Agostinho e de São Tomás de Aquino, para quem a lei não possui nenhuma falha, sendo perfeita porque emana do próprio Deus (CHAVES; PEREIRA, 2015).

O positivismo jurídico, cuja origem remonta ao século XII e que surgiu como reação ao jusnaturalismo, é alicerçado sobre as bases do direito positivado, criado e (im)posto pela autoridade humana, contrapondo-se à ideia metafísica ou divina que sustenta o direito natural, de modo que, com a sua consolidação, as leis costumeiras ou religiosas passaram a ser substituídas pelas leis do Estado (DIMOULIS, 2017).

Buscava-se a segurança jurídica e um sistema legal mais objetivo, para o que o positivismo se mostrava adequado, mas, segundo Machado (2008), o pensamento juspositivista, muito embora tenha conquistado certo predomínio na virada do século XIX para o XX, desde o seu surgimento, por negar a existência de um direito suprapositivo rompendo com a tradição jusnaturalista, fora alvo de muitas críticas, as quais se intensificaram após o fim da Segunda Guerra Mundial.

Uma das mais duras críticas ao positivismo jurídico foi a de que não apenas teria servido de base ideológica para os regimes totalitários, sendo, mesmo, a causa de seu surgimento e consolidação, uma vez que, em razão de ser o direito definido por seu conteúdo formal, estes regimes, ainda que injustos, estariam legitimados pelo direito, à luz do pensamento juspositivista, o que acabou por conduzir a um processo de reformulação do pensamento positivista (MACHADO, 2008).

Pode-se inferir, da leitura de Barroso (2005), que, o marco filosófico desse processo de reformulação do direito corresponde ao pós-positivismo jurídico, o qual buscaria ir além da

legalidade estrita, porém, sem desprezar o direito posto; reaproximar o direito da moral sem, contudo, recorrer à metafísica; conferir ao direito uma interpretação e aplicação com base na teoria da justiça, sem admitir voluntarismos, nem personalismos, especialmente os judiciais.

Assim, tem-se que o pensamento pós-positivista, surgiu como reação à forma anterior de dizer o direito, pois, segundo Cordeiro (2012), os movimentos sociais do século XX permitiram concluir que o Estado Liberal burguês, caracterizado pelo abstencionismo e pela igualdade puramente formal, havia fracassado.

Diante disso, o pensamento jusfilosófico necessitava de novos contornos, a fim de sustentar a nova ordem político-jurídica emergente, o Estado Social de Direito – o qual se conformava à ideia de centralidade e supremacia do homem em face dos valores materiais –, surgido a partir de meados do século XX e que buscava, no campo jurídico, conferir normatividade aos direitos humanos fundamentais e aos princípios constitucionais.

Nesse contexto de transformação jurídico-política, pode-se dizer que a filosofia jurídica precisou se reinventar. Nessa senda, Machado (2008) esclarece que houve a derrocada do positivismo legalista ortodoxo, que possibilitou a sua evolução, com o desenvolvimento de novas teorias que ofereceram ao pensamento positivista vários momentos de revisão e uma diversidade de correntes filosóficas contemporâneas, cujos substratos fáticos-sociais contribuíram para a sua consolidação como teoria jusfilosófica.

Essas mudanças nos paradigmas do direito contemporâneo colocou na pauta dos discursos jusfilosóficos a correlação, necessária ou não, entre direito e moral, pois, conforme Tavares (2007), no momento em que ocorreu a passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito, as constituições incorporaram, em seus textos, princípios consubstanciadores de opções ético-valorativas.

É assente que as discussões ganharam relevância com a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin¹, que foi considerada uma pesada crítica ao positivismo jurídico. A partir de então, muitos teóricos passaram a tentar ajustar suas teses juspositivistas aos novos parâmetros morais que sustentavam a ordem constitucional contemporânea, criando, assim, um acirrado debate jusfilosófico, tendo em um dos extremos Dworkin e, no

¹ A teoria de Dworkin defende que a Constituição constitui uma comunidade fundada sobre princípios, a chamada comunidade de princípios. Uma comunidade que se alicerça sobre o reconhecimento recíproco da igualdade e da liberdade de todos e cada um de seus membros. Esses princípios, que constituem a base dessa comunidade, são princípios que o Direito tomou emprestado da moral, uma moral de princípios extremamente abstratos e universais. Porém, o Direito, ao recepcionar esse abstrato conteúdo moral, confere-lhe maior densidade e concretude, ao passo que a moral fornece ao Direito sua legitimidade. Esse conteúdo moral incorporado ao Direito como direitos fundamentais, submete-se ao código próprio do Direito, ou seja, funciona como Direito, e não mais como moral (CARVALHO NETO, 2013, p. 7, *apud* LOPES, 2013, *online*, p. 1).

outro, Joseph Raz, para o qual a validade de qualquer norma jurídica é sempre determinada por fatos sociais, independentemente do seu conteúdo moral e o direito e a moral são conceitualmente separados, sempre (TAVARES, 2008).

O debate entre Dworkin e Raz é sintetizado por Tavares (2008, p. 6065) nos seguintes termos:

Num extremo estaria a tese defendida por Dworkin, segundo o qual: (1a) o direito válido não pode ser identificado através da remissão a fatos sociais, pois alguns parâmetros usados pelos juízes são válidos em razão da sua correção moral, não em razão de fatos praticados no passado por legisladores ou tribunais; (2a) em razão desse fato, o direito está necessariamente ligado à moral, pois a interpretação do direito consiste na leitura de todos os dispositivos normativos à luz desses parâmetros morais, cuja validade é decorrente da sua correção moral. No extremo oposto ficaria a posição de Joseph Raz, ao afirmar: (1b) que a validade de qualquer norma jurídica é sempre determinada por fatos sociais, independentes do seu conteúdo moral; (2b) por isso, o direito e a moral são conceitualmente separados sempre.

Campos (2015) confirma que, na tentativa de responder à crítica de Dworkin, ocorreu uma divisão entre os teóricos do positivismo contemporâneo (pós-positivistas), estabelecendo-se uma divisão entre positivistas exclusivos, como Raz e positivistas inclusivos, tais como Hart, Coleman e Waluchow.

Quanto à discussão sobre a convergência entre direito e moral, Coleman sustenta que os valores morais não são sempre decisivos para definir a aplicação do Direito, mas, em certas sociedades, pode haver uma convenção social impondo levar em consideração a moral, para determinar a validade e para interpretar normas jurídicas (*apud* DIMOULIS, 2017, p. 11).

A questão da influência da moral sobre determinada ordem jurídica, especialmente quanto à interpretação e à aplicação do direito, possui, de fato, relevância. Como salienta TAVARES (2000?) “estes dois sistemas normativos visam, em essência, responder à mesma inquietação humana sobre o que fazer no âmbito das questões práticas”.

É a ideia de pós-positivismo inclusivo, ponderado ou incorporativista, segundo a qual direito e moral, cuja separação era, antes, muito nítida, acabaram convergindo, e estão na base da constitucionalização das democracias ocidentais, que reafirmaram a existência de padrões morais entre os fundamentos dos ordenamentos jurídicos na contemporaneidade.

Foi no contexto desse novo momento político-jurídico que ocorreu a ascensão dos princípios à condição de normas cogentes, com força capaz de vergar o ordenamento jurídico a seus comandos, como ocorre com o supraprincípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque:

Afirmar que uma lei é inconstitucional porque viola a dignidade da pessoa humana, pressupõe uma determinada concepção valorativa a respeito da condição humana. Então, a validade jurídica de uma norma, neste caso, não dependerá de

considerações sobre sua compatibilidade frente a algum padrão moral? (TAVARES, 2007, p. 1).

Assim, resta demonstrada a intrincada relação entre o direito e a moral, sendo inegável que este valor foi sendo incorporado aos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

No Direito do Trabalho, essa relação tem especial relevância, pois esse ramo do direito visa a proteger os valores substanciais da pessoa humana, permitindo que o julgador, quando necessário, recorra aos princípios expressos e, indo além, busque nos princípios basilares da ordem constitucional a solução que satisfaça não a interesses, mas a valores reconhecidos como socialmente justos.

3 O DIREITO DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA: A INCLUSÃO DE VALORES NO UNIVERSO LABORAL.

Perseguindo esses novos paradigmas, nas décadas seguintes à Segunda Guerra Mundial, a legislação trabalhista ganhou consistência e autonomia, com o processo de constitucionalização do Direito do Trabalho, pelo qual as Constituições não só incorporaram normas justralhistas, mas também diretrizes de valorização da pessoa do trabalhador, constitucionalizando princípios de clara influência na área laborativa, como os da dignidade Humana e da justiça social (DELGADO, 2016).

Assim, o Direito do Trabalho, com um novo conceito de proteção da pessoa trabalhadora e do próprio interesse social e econômico do país, consolidou-se como instrumento de justiça social, pois “permite a existência formalizada da condição de dignidade no trabalho, verdadeira essência do homem, ao tutelar a prestação de serviços de uma pessoa a outra” (DELGADO; DELGADO, 2014, p. 213).

Esse ramo do direito apresenta uma função civilizatória, a qual se aperfeiçoa pelo alto grau de protecionismo que a ele se confere, uma vez que seus princípios e normas buscam priorizar a prestação do trabalho pelo prisma do trabalhador, a fim de garantir a humanização da relação trabalhista, quando as condições desta se mostrarem moral ou economicamente desequilibradas.

É nesse viés que se destaca o Princípio da Proteção, o qual, segundo Martins (2008), desmembra-me em três subprincípios, quais sejam: a) *in dubio pro operario*; b) aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; e c) aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador, o que demonstra a importância moral desse ramo do direito.

Cassar (2015) aduz que, a base de sustentação do Direito do Trabalho, está no princípio da proteção, do qual deriva a regra da preponderância da norma mais favorável ao trabalhador, concluindo que, muito embora haja no ordenamento uma ordem hierárquica formal das fontes, no Direito do Trabalho, de modo peculiar, essa hierarquia torna-se maleável, atuando a lei como mínimo superável que pode ser aprimorada em prol do trabalhador, autorizando, assim, o uso de uma lei que, mesmo hierarquicamente inferior, venha a conceder direito que outra não lhe concede.

O princípio da proteção impõe certo equilíbrio axiológico entre o capital e o trabalho, as duas forças que se antagonizam e se completam em torno do desenvolvimento de qualquer sociedade, cuja importância ímpar se traduz no primado constitucional, que fundamenta o Estado Democrático de Direito brasileiro nos valores sociais do trabalho e na livre iniciativa, previstos no art. 1º, IV e ratificados no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

Tem-se que a solução de conflitos trabalhistas sob o prisma da proteção deve, em tese, procurar tanto na lei (norma mais favorável), quanto nos fatos (*in dubio pro operario*) alternativas capazes de proteger a parte mais vulnerável da relação de trabalho do arbítrio do poder econômico – o empregado hipossuficiente *versus* o empregador economicamente suficiente.

Nesse embate, o princípio da proteção assegura ao intérprete e ao aplicador do direito desse ramo especializado uma perspectiva muito mais ampla, atuando a lei – como afirmado por Cassar (2015) – como um mínimo superável, pois se confere ao juiz a possibilidade de escolher a solução mais favorável, assegurando a dignidade do trabalhador, princípio que informa a Ordem Econômica (art. 170, *caput*, CF/88), que reúne justiça, moral e direito.

Assim se deve enfrentar o antigo debate quanto à “justiça” das decisões frente ao caso concreto e o grau de envolvimento moral do “Estado Juiz” e do “sujeito Juiz”, frente ao caso concreto, enquanto situação controversa ou de difícil solução, ideia esta que se encontra na pauta do positivismo inclusivo, pois o próprio Coleman (2017) sustenta que, muito embora haja normas controversas, o juiz deve ir além da lei, recorrendo a padrões não legais, a fim de dar solução às disputas.

Note-se que cada tese sustentada por determinada corrente de pensamento tem um conceito muito particular sobre a interpretação, a aplicação, a argumentação, a racionalidade e a justiça, pois permeiam o Direito as íntimas convicções de cada um, o que revela o risco da dogmática, que, em muitas situações, pode servir para justificar decisões arbitrárias e irracionais, desde que condizentes com os valores aceitos, particularmente, pelo julgador, o que tornaria incerta a própria segurança do cidadão sob o império da lei.

Por este norte, não se pode olvidar que as decisões judiciais, além de se revestirem do tecnicismo próprio do Poder Judiciário, ou seja, serem resultado do desempenho formal do Estado-Juiz, também revelam o “indivíduo-Juiz” com toda sua carga humanitária.

Assim, salienta OLIVEIRA (2012), que a figura do juiz, seja como órgão do poder judiciário ou como indivíduo, assume importância ímpar no imaginário popular, representando a baliza moral da sociedade, podendo-se afirmar que, diante da atual crise de valores que esta enfrenta, é o Poder Judiciário na pessoa do juiz, “a última instância moral da nossa sociedade, uma das últimas instâncias simbólicas a se manter de pé” (GARAPOM *apud* OLIVEIRA, online, 2012).

Deve-se ressaltar, como fez GÉNY (1932), que nem todo o direito está compreendido na legalidade, pois a lei escrita é incapaz de resolver todos os problemas suscitados pelas relações sociais, de tal modo que, mesmo nos casos que pareçam enquadrar-se perfeitamente na hipótese nela prevista, faz-se necessário investigar as realidades sociais concretas, a fim de que a aplicação da lei a elas produza os resultados intentados pelo legislador.

Assim, uma lei não pode ser considerada como acabada, pois o legislador nunca pode imaginar todas as variações que a vida produzirá. Por esse motivo, o juiz deve ser tido como descobridor e, ao mesmo tempo conformador do direito, que ele traz sempre de novo para a realidade, em um processo interminável a partir da lei, com a lei e, caso necessário, para além da lei (LARENZ, 1978, p. 271-2).

Não se pode dizer que, nesses casos, a jurisprudência seja *contra legem*. Na verdade, esse desenvolvimento do direito é *extra legem*, no sentido de que exorbita ou restringe os fins cognoscíveis da lei, mas está de acordo com o direito; como explica LARENZ, “... *extra legem, mas intra ius*” (LARENZ, 1978, p. 468).

Para que isso não leve à arbitrariedade, ao realizar o direito na decisão dos casos concretos, o juiz deve fazê-lo de acordo com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, com a constituição ou buscando a sua correspondência em regulamentações legais efetivamente existentes, em suma, “... deve poder integrar-se no ‘sistema intrínseco da ordem jurídica’” (LARENZ, 1978, p. 468).

Dessa forma, o juiz não poderá decidir segundo suas convicções pessoais ou seu arbítrio, devendo, na realidade, manter-se sempre no âmbito global da ordem jurídica, fundamentando nela suas decisões.

Por esta perspectiva, tem-se que a interpretação e a aplicação da lei sofrem profunda influência do chamado ativismo jurídico, corolário do neoconstitucionalismo, com uma

releitura dos princípios constitucionais, cuja interpretação proativa permite a busca do seu real alcance axiológico, a embasar decisões revolucionárias, progressistas e construtivas (OLIVEIRA, 2016).

O caráter fluido dos princípios é ferramenta essencial para a superação da lógica do “tudo ou nada” na busca por uma genuína justiça, que pode ser colhida da integralidade do sistema jurídico em relação às demandas judiciais que são submetidas à apreciação do Poder Judiciário, em busca de justiça.

A consolidação do caráter normativo dos princípios com o pós-positivismo torna-os fundamento de toda a ordem jurídica, passando de especulações metafísicas para a seara do concreto e positivo do Direito, deixando o campo das meras reflexões filosóficas e do idealismo, para assumir seu papel de base de todo o sistema jurídico (SILVA JUNIOR, 2016).

Assim também o é no Direito do Trabalho, em que a aplicação do princípio da proteção é fundamental para a manutenção de ordem social, indo além da “letra fria” da lei, pois envolve valores morais que impregnam a Carta Constitucional e que, em última análise, fundamentam as decisões.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como síntese do estudo aqui desenvolvido, pode-se inferir que pensar o Direito foi, desde sempre, algo que ocupou a filosofia, talvez por ser indispensável à ordenação social ao mesmo tempo em que é seu produto.

O Direito como construção social ordena a vida em sociedade, pois dele deve advir o conceito de justiça; porém, a história da humanidade demonstrou, diversas vezes, que o “justo” baseado na lei nem sempre se apresenta moralmente aceitável, pois tanto o Direito natural nos regimes absolutistas, quanto o positivismo, no Estado Liberal, estiveram sujeitos à manipulação despótica e corrompida.

Embora se sustente que a jusfilosofia não teria a pretensão de se impor como ideologia, não resta dúvida de que as teses dominantes em determinado momento histórico fundamentaram a atuação do poder, seja político ou jurídico, na ocasião.

O jusnaturalismo e o juspositivismo, como as duas principais correntes jusfilosóficas da modernidade, divergem quanto à influência da moral sobre o direito.

Diante da mudança de paradigmas políticos contemporâneos do neoconstitucionalismo com a inclusão formal de uma gama de princípios nos próprios textos constitucionais, o positivismo jurídico foi sendo reformulado e ganhou grande ramificação,

que incluía, então, as teses pós-positivistas, que integram a jusfilosofia contemporânea, forjada após a derrota do positivismo clássico, mas que manteve suas bases no alicerce da legalidade.

A antiga celeuma entre o direito e a moral, volta à baila, permeando, novamente, o pensamento jusfilosófico, podendo se inferir com base nos textos constitucionais a partir do século XX, especialmente em seu segundo meado, que, efetivamente, parâmetros morais foram incorporados nesses diplomas não mais como normas programáticas ou enunciados gerais, mas com força normativa vinculante.

Dentro desse contexto, o Direito do Trabalho foi pioneiro na inclusão de normas de cunho social que remetem à moralidade pública e privada, ao conferir proteção especial à parte mais fraca da relação de trabalho, sustentando um mínimo de condições necessárias, a fim de garantir a dignidade humana do trabalhador.

O princípio trabalhista da proteção coloca a lei, como ensina Cassar (2015), como um mínimo superável, quando prescreve que a sua aplicação deve ser a mais favorável ao trabalhador.

Assim, o princípio da proteção do Direito do Trabalho, quer significar que a justiça tem o dever de, diante do caso concreto, fazer com que se igualem os polos da relação trabalhista, sob a perspectiva da isonomia – tratar desiguais com desigualdade – , situação impensável para o positivista ortodoxo, mas possível ao positivista mais flexível, a considerar que as normas trabalhistas convencionalmente foram pensadas para acrescentarem valores morais no contexto do direito.

Portanto, a nova realidade constitucional e legal contemporânea trouxe, além da inclusão de elementos ético-valorativos nos textos legais e constitucionais, nova perspectiva para a interpretação e aplicação do direito, fornecendo ao Estado-Juiz a oportunidade de gerir o processo de modo mais participativo, na busca do valor justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA. José Marcio. **A filosofia do direito, o direito positivo e o direito natural**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51914/a-filosofia-do-direito-o-direito-positivo-e-o-direito-natural>. Acesso em: 12 de julho de 2019.

BARROSO. Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. 81 BOL. FAC. DIREITO U. COIMBRA 233 (2005). Content downloaded/printed from *HeinOnline*. Disponível em: <https://heinonline.org>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

CAMPOS. Thayná Silva. **Positivismo jurídico contemporâneo: Dworkin e o debate inclusivistas x exclusivistas**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36725/positivismo-juridico-contemporaneo-dworkin-e-o-debate-inclusivistas-x-exclusivistas>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Método, 2015.

CHAVES. André Luiz Maluf; PEREIRA. Thiago Rodrigues. **A doutrina filosófica do jusnaturalismo à luz das teorias contratualistas de John Locke, Thomas Hobbes e Jean-Jacques rousseau**. *RJLB*, Ano 1 (2015), nº 4. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/4/2015_04_0075_0090.pdf. Acesso em: 10 de julho de 2019.

COLEMAN. Jules Leslie. **Negative And Positive Positivism**. 2017. *HeinOnline*. <https://heinonline.org>. Acesso em: 19 de junho de 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais. Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo existencial. O papel do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15ª Ed. São Paulo: LTR, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho**. p. 203 a 218. *In* SARLET Ingo Wolfgang; MELO

FILHO Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO Ana de Oliveira – COORD. Diálogo Entre Direito do Trabalho e Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIMOULIS. Dimitri. **Positivismo Jurídico: Significado e Correntes**. In Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo I (recurso eletrônico): teoria geral e filosofia do direito / coords. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro Gonzaga, André Luiz Freire - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br>. Acesso em: 27 de junho de 2019.

GÉNY, François. *Méthode D'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*. t.1. Paris: L.G.D.J., 1932.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução por José de Souza e Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkin, 1978.

LOPES. José Domingos Rodrigues. **O Direito como integridade em Dworkin e a concretização dos direitos fundamentais**. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25818/o-direito-como-integridade-em-dworkin-e-a-concretizacao-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 12 de julho de 2019.

MACHADO. Roberto Denis. **Das Críticas e dos Preconceitos ao Positivismo Jurídico**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais 52 (2008) p. 329-354. *HeinOnline*. <https://heinonline.org>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

MAGALHÃES. José Luiz Quadros. **Direitos Humanos: Evolução Histórica**, 74 REVISTA BRASILEIRA ESTUDOS POLITICOS 91 (1992). Disponível em: <https://heinonline.org>. Acesso em: 12 de junho de 2019.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Bruno Augusto Santos. **A erosão do juiz como símbolo nas sociedades contemporâneas e a necessidade de formação ética e crítica do indivíduo-magistrado**, in **Revista do Conselho das Escolas de Magistratura Federal – Justiça & Educação**. Vol. 01, n.01, jul/dez 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/JustEduc/issue/current>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

OLIVEIRA. Leonardo Alves. **Ativismo Judicial: Qual o limite do poder judiciário?** In **Revista Judiciária do Paraná – AMAPAR**, Curitiba/PR. Ano XI n. 12 nov. de 2016. Disponível em: <http://www.revistajudiciaria.com.br/portfolio-posts/revista-judiciaria-do-parana-edicao-12/>. Acesso em: 10 de junho de 2019.

OLIVEIRA. Wagner Vinicius. **Direito e moral no ordenamento jurídico: conectando os argumentos às razões**. Percurso Acadêmico, Belo Horizonte, v. 7, n. 14, jul./dez. publicado em 2017. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/12723/13370>. Acesso em: 03 de julho de 2019.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, 10. ed.. São Paulo: Saraiva, 1983.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**, Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do Direito**, 7. ed.. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

SILVA JUNIOR. Antônio Braga. **O direito do trabalho no pós-positivismo: uma nova perspectiva sobre um velho direito social**. 2016. Disponível em: <http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/27f8a650d0ee849493ca7242f98cab7e.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2019.

TAVARES. Rodrigo de Souza. **A beleza e a solução de controvérsias constitucionais: o juízo estético como modelo de adjudicação Constitucional.** [2000?]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=769ac34a4012ab69>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

TAVARES. Rodrigo de Souza. **Neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo.** 2007. uma análise sobre a reformulação da teoria do positivismo jurídico hartiano. Disponível em: <file:///C:/Users/Flor/Downloads/1209-1-4316-1-10-20170126.pdf>. Acesso em: 05 de julho de 2019.

TAVARES. Rodrigo de Souza. **Positivismo Inclusivo.** Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/09_150.pdf. Acesso em: 1 de junho de 2019.