

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E
EMPRESARIAIS**

LUCIANA DE ABOIM MACHADO

RODRIGO GOLDSCHMIDT

VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI

Coordenadores: Luciana de Aboim Machado; Rodrigo Goldschmidt; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – Florianópolis:
CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-572-

0

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

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

As relações sociais cotidianas, nomeadamente as de trabalho e empresa, vem desafiando novos estudos sobre a eficácia dos direitos fundamentais.

Várias pesquisas, válidas e atuais, lançam luzes sobre os limites da atuação do Estado por sobre o particular, fenômeno que se convencionou chamar de “eficácia vertical” dos direitos fundamentais.

Atualmente, com a gradativa suplantação e instrumentalização do Estado pelo poder econômico empresarial, a temática alçou novos contornos, na medida em que, de forma cada vez mais frequente, constata-se que dito poder vem exorbitando os seus limites no âmbito das relações individuais e coletivas de trabalho, afetando, com isso, a dignidade e a esfera de personalidade do trabalhador.

Os artigos científicos que compõem esta obra coletiva constituem uma possível resposta a essa problemática, procurando oferecer elementos teóricos para compreender as implicações do uso abusivo do poder econômico, bem como elementos práticos para opor limites a este poder nas relações privadas, com o mote de alcançar, na maior medida possível, um salutar equilíbrio entre a empresa e o trabalho humano, a partir de um olhar conforme a Constituição, a qual preconiza a valorização do trabalho, a livre iniciativa e a justiça social.

Nesse diapasão, preconizam a adoção de políticas públicas para promoção do trabalho decente e da máxima efetividade dos direitos humanos dos trabalhadores, inclusive com vistas ao disposto na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho e seu seguimento, enaltecendo a imprescindibilidade de abolir o trabalho infantil, erradicar o trabalho forçado, eliminar a discriminação e valorizar a negociação coletiva ao lado da liberdade sindical.

Para tanto, os artigos em questão exploram vários marcos regulatórios internacionais, constitucionais e infraconstitucionais, assim como abarcam vários marcos teóricos, v.g., a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a função social da empresa e a função social do contrato. Porém, sem nunca descurar da necessária contextualização social, política, econômica e ambiental.

Agora todo esse material científico, elaborado com esmero e dedicação, depurado pelo debate científico no Grupo de Trabalho constituído para esse fim no âmbito do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI realizado em São Luis/MA, de 15 a 17 de novembro de 2017, está à disposição de você.

Boa leitura, boas práticas!

Prof. Dr. Rodrigo Goldschmidt - Unesc

Profa. Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA EM TEMPOS DE
DESREGULAMENTAÇÃO, CRISE ECONÔMICA E DESEMPREGO**
**PRESERVATION OF HUMAN DIGNITY IN TIMES OF DEREGULATION,
ECONOMIC CRISIS AND UNEMPLOYMENT**

Hilda Baião Ramirez Deleito

Resumo

A tutela da dignidade humana merece especial atenção dado o contexto de crise econômica, desemprego e subemprego. Paralelamente a políticas públicas de fomento à criação de empregos, para evitar que os vulneráveis socialmente sejam obrigados a submeter-se a trabalhos precários, é necessário repensar a atuação do Judiciário e do Ministério Público. As indenizações por danos morais não restauram os danos sofridos. A tutela da dignidade da pessoa humana apenas se torna efetiva pela ponderação entre a necessidade de geração de empregos e o respeito à condição humana do trabalhador.

Palavras-chave: Reforma trabalhista, Dignidade, Ponderação

Abstract/Resumen/Résumé

The protection of human dignity deserves special attention given the context of economic crisis, unemployment and underemployment. Parallel to public policies to promote job creation, in order to prevent the socially vulnerable to be further forced to submit to precarious work, it is necessary to rethink the role of the Judiciary and the Public Prosecution Service. Indemnification for moral damages suffered do not restore the suffered losses. The protection of the dignity of the human person is only made effective by the consideration of the need to create jobs and respect for the human condition of the worker.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Labor reform, Dignity, Balancing

1. Introdução

1.1. Objetivos

O objetivo da pesquisa consiste em analisar o impacto da reforma trabalhista, e o reconhecimento da validade das manifestações de vontade nos contratos de trabalho sobre a tutela da dignidade da pessoa humana.

O estudo merece interesse diante da preocupação de que a prevalência do negociado sobre o legislado tenha efeitos nefastos sobre a dignidade do trabalhador, dada a desigualdade entre os contratantes.

1.2. Metodologias

Foi utilizado o método analítico dedutivo. A teoria dos princípios de Alexy foi cotejada com os julgados dos tribunais e do exame da doutrina, concluiu-se que estes não aplicavam a teoria em sua pureza metodológica. Existia um problema em razão da polissemia dos princípios, e que em razão dessa polissemia, criou-se uma confusão entre princípios (verdades universais) e princípios (postulados ideológicos) entre prejuízos materiais causados pelo inadimplemento contratual e lesões a direitos fundamentais. Constatou-se que nem toda lesão contratual constitui ofensa à dignidade humana.

1.3. Desenvolvimento da pesquisa

Foi proposta a indagação sobre os rumos da tutela da dignidade da pessoa humana no contrato de trabalho diante das mudanças impostas pela reforma trabalhista. A primeira dificuldade consistiu na definição de dignidade da pessoa humana. Constatou-se também uma confusão conceitual no que seriam princípios, da qual decorreu um equívoco por parte da doutrina e jurisprudência ao perceber lesões à dignidade humana pelo mero descumprimento de obrigações pecuniárias por parte do empregador. O passo final foi a proposição de alternativas para a maior eficácia do direito fundamental à dignidade nas relações de trabalho.

1.4 Conclusões

A principal conclusão é de que a reforma trabalhista não constitui o verdadeiro desafio no que tange à tutela da dignidade da pessoa humana. A verdadeira questão consiste em quebrar o ciclo vicioso do subemprego/desemprego dos menos instruídos, que tem sua dignidade reiteradamente degradada em condições de trabalho precárias e malremuneradas e para os quais nunca surge a tão sonhada oportunidade de trabalho em condições decentes.

1.5 Referenciais

Os principais referenciais são **A teoria dos Direitos Fundamentais** de Robert Alexy e **Teoria dos Princípios** de Humberto Avila. Na primeira obra, Alexy colocou claramente os problemas inerentes a um modelo puro de princípios, assim como a um modelo puro de regras. Avila, por seu turno, ressaltou as confusões causadas pela polissemia do vocábulo “princípios” e os problemas metodológicos decorrentes da falta de clareza da doutrina quanto aos princípios enquanto valores universais.

2. A reforma trabalhista e o fim da zona de conforto

Antes da reforma trabalhista, acreditava-se na atuação firme da Justiça do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho na defesa dos interesses dos trabalhadores, quer fossem eles patrimoniais ou imateriais. Os operadores do direito do trabalho reduziram o fato novo (constitucionalização do direito) ao vetusto “princípio” da proteção: *in dubio pro misero*. A teoria dos princípios proposta por Alexy foi colocada na camisa de força dos princípios tutelares propostos pelo juslaboralista uruguaio Plá Rodriguez. A dignidade da pessoa humana foi erigida como o princípio dos princípios, um direito absoluto perante o qual todos deveriam ceder. Enfim, o “novo” Direito Constitucional do Trabalho continuou sendo a mesma zona de conforto, o mesmo “velho” Direito do Trabalho com um novo jargão. Quaisquer cláusulas contratuais que contrariassem a CLT seriam nulas de pleno direito

Essa zona de conforto acabou com a reforma trabalhista, deixando um rastro de perplexidade naqueles que acreditavam que bastava uma legislação rígida e um judiciário engajado com o compromisso de justiça social. Para o desembargador Couce de Menezes, há que se insistir no fortalecimento das “barreiras legais e jurisprudenciais” à transformação do capital humano em objeto de consumo:

A venda de si, a mercantilização do ser que trabalha, sua coisificação, não podem se tornar uma concepção de sociedade. Assim, impõe-se o combate à precarização, à desconstrução do arsenal protetivo previsto em lei e à desconsideração das regras e princípios constitucionais, convenções e tratados de direito internacional. O mesmo se diga quanto às práticas como as de intensificação do trabalho, gestão por objetivos, metas e rendimentos, além de outros procedimentos estressantes e desumanizadores (MENEZES, 2017, p. 160).

Couce de Menezes defende “um tipo de controle mais incisivo” sobre formas de trabalho onde predomina a racionalidade técnica e a manipulação para aumentar a produtividade (2017, p. 162). Da sua argumentação, contudo, depreende-se que o controle mais incisivo seria realizado por um “novo direito de cunho eminentemente social”:

Modernizar a legislação trabalhista não pode se constituir em um biombo para precarizar, desregular, fragilizar o trabalho e quem o presta. Ao contrário, a modernização deve ser dirigida à progressividade de direitos (art. 7º da Constituição

Federal), ou seja, à inclusão daqueles que estão desprotegidos, à elaboração de normas inclusivas para as novas ocupações surgidas e à criação de mais direitos para os trabalhadores em geral; ao fortalecimento das entidades sindicais dos trabalhadores e ao estímulo das negociações coletivas benéficas com a coibição das derogatórias de direitos (ao menos nos moldes da Súmula n. 277, com a redação dada pelo Tribunal Superior do Trabalho em 2012) e a ampliação do direito de greve, com o fim das restrições impostas pela lei e pela jurisprudência (MENEZES, 2017, p. 163/164).

A solução proposta para os desafios postos pela reforma trabalhista é a progressividade dos direitos, inclusão daqueles que estão desprotegidos e mais direitos, numa permanente e irreal vedação ao retrocesso social.

Em suas conclusões, defende o resgate da realidade laboral “da propaganda e dos discursos ideológicos” e a preservação do processo do trabalho “dos arroubos civilistas”, que poderiam torna-lo um mero apêndice do processo civil. O mesmo cuidado, sustenta o autor, “impõe-se quanto às críticas à Justiça do Trabalho, acusada de obsoleta, protecionista e morosa, a fim de favorecer os meios alternativos de solução dos conflitos (arbitragem e mediação) e a conciliação a todo custo (ou às custas do trabalhador)” (MENEZES, 2017. p. 170).

Ocorre que, enquanto se proclamava a eficácia irradiante da dignidade da pessoa humana e a vedação ao retrocesso social, no mundo real o retrocesso já estava em pleno curso, com 13,5 milhões de desempregados. Segundo estimativas do Banco Mundial, a crise econômica poderá levar 3,6 milhões de brasileiros para baixo da linha de pobreza em 2017, com a retração estimada em 1%. Mesmo no cenário mais otimista, com crescimento de 0,5% seriam 2,5 milhões de novos miseráveis. O Banco Mundial recomenda a expansão do programa Bolsa Família, que já ampara em torno de 14 milhões de brasileiros, para fazer frente à crise.

Em particular, causa alarme a possibilidade de livre pactuação entre as patrão e empregado, mormente diante do quadro geral de desemprego e recessão econômica. É certo que a completa autonomia da vontade, conforme previsto no art. 444, parágrafo único “com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos”, apenas se aplica “no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.” Esse dispositivo exclui, salvo melhor juízo, a massa dos trabalhadores pouco educados e socialmente vulneráveis.

No que tange à tutela da dignidade da pessoa humana no contrato de trabalho, pouca coisa mudou. O desmantelamento das garantias trabalhistas esbarra no art. 7º da Constituição

Federal. Por outro lado, a tutela do direito fundamental à dignidade humana nos contratos de trabalho sempre foi muito menos eficaz do que geralmente se supõe.

Prisioneiros do hábito, os operadores do Direito do Trabalho vislumbram violações à dignidade humana, quando existe apenas um dano patrimonial e se concentram em repor esse prejuízo, sem atentar que não existe dignidade da pessoa humana sem o pleno emprego.

3. Princípios como axiomas ou postulados

A ênfase na tutela de direitos patrimoniais decorre, em sua maior parte, da confusão metodológica entre os princípios do direito do trabalho (normas gerais de interpretação) e a teoria dos princípios proposta por Robert Alexy

Humberto Ávila, em seu artigo sobre o princípio da supremacia do interesse público advertiu para a polissemia que cerca os princípios. Fenômenos inteiramente diversos são explicados mediante o emprego de denominação equivalente, de tal maneira que passam a significar tudo e terminam por não significar coisa alguma.

O princípio como axioma denota uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é possível ou necessário prová-la. Princípio como postulado significa uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto. Postulados podem ser normativos ou ético-políticos. Postulados normativos são condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Dentre os postulados, salientam-se o postulado de coerência e o postulado de integridade. Pelo postulado de coerência, só se conhece a norma com a análise simultânea do fato. Pelo postulado de integridade, só é possível conhecer uma norma tendo em vista a sua compreensão prévia pelo sujeito cognoscente. Por último, os postulados ético-políticos, condições do conhecimento do fenômeno jurídico a partir das ciências sociais.

Dentro da teoria dos princípios de Alexy, **princípios são axiomas**. Valores universalmente válidos e inquestionáveis. O mesmo não se pode dizer dos “princípios” do Direito do Trabalho, que são, na realidade, postulados ideológicos e não valores universais.

Ao confundir postulados ideológicos com valores universais, os tribunais trabalhistas percebem equivocadamente ofensas ao princípio da dignidade da pessoa humana, quando existe apenas um prejuízo patrimonial. No acórdão proferido nos autos do Recurso Ordinário 0194300-85.2009.5.01.0262 é um exemplo perfeito da lógica de absolutos, que é o oposto da teoria dos princípios. *A priori*, antes mesmo do exame dos fatos concretos, conclui que os interesses de gestão são ilegítimos porque a justiça impõe que se proteja sempre a parte mais fraca na relação: o empregado:

A verdade insondável que paira no ar é que a constitucionalização do Direito do Trabalho impôs a releitura de seus institutos no contexto contemporâneo, de modo que a consequência mais básica do dito fenômeno consiste em conceber que os direitos fundamentais exibem uma extraordinária força expansiva que inunda, impregna e se irradia pelo conjunto do sistema jurídico e, particularmente, no terreno das relações trabalhistas.

Aperfeiçoa-se, nesse cenário, a nova fisionomia do Direito do Trabalho pós-moderno, evidenciando que não é mais possível interpretar e aplicar as normas trabalhistas sem o emprego da técnica constitucional, sendo certo que, na oposição entre os valores humanos e os interesses materiais da empresa, a justiça impõe a soberania dos primeiros. (0194300-85.2009.5.01.0262, TRT-1ª Região, 7ª Turma, Relator: Desembargadora Rosana Salim Villela Trevesedo, publicado em 02/09/2011).

Pela cosmogonia trabalhista, apenas empregados são detentores de direitos fundamentais, seus interesses são “humanos” e, por conseguinte, “soberanos”.

A “nova fisionomia” do Direito do Trabalho adota apenas o discurso da eficácia irradiante da dignidade humana, permanecendo presa a uma lógica de direitos absolutos que tem como contrapartida a ausência de direitos de quem emprega.

COUTINHO atribui aos direitos fundamentais uma missão transformadora da realidade social, porque na “sociedade em que coabita o regime escravocrata com o trabalho livre na casa da sociedade pós-industrial, encontra os olhos de quem percebe a eficácia dos direitos fundamentais como resposta ao descalabro” (2006, p. 160/161). Nesse quadro, os direitos fundamentais incidem como regras, na lógica de tudo ou nada, e não como mandamentos de otimização como defende Alexy.

No direito do trabalho, os princípios tradicionalmente determinam a interpretação dada aos dispositivos legais. Parte do pressuposto de que o trabalhador é sempre a parte mais frágil do contrato de trabalho, e em condições normais seria vítima de abusos do poder econômico, de modo de caberia ao Estado enquanto legislador e juiz, compensar a sua inferioridade econômica com um tratamento diferenciado.

GEDIEL (p. 151/152) afirma ser “inegável que os trabalhadores continuam a se apresentar no mercado de trabalho com a única mercadoria que dispõem, permanecendo em evidente desvantagem material que os coloca em posição de sujeição jurídico-formal”. Dessa presumida “desigualdade material”, resultam contratos por adesão, em que “aspectos referentes à atividade laboral vinculados à personalidade do trabalhador não são levados em consideração” e admitir a manifestação da “livre vontade em uma perene luta de todos contra todos é a prolação de uma sentença de morte”.

Marcelo Freire Sampaio COSTA (2010, p. 66) também apresenta a assimetria de poder econômico nas relações de trabalho como “uma ameaça potencial” aos direitos

fundamentais. Sustenta que a “assimetria das relações na sociedade brasileira” provoca “uma posição de desigualdade merecedora da devida guarida dos direitos fundamentais”. A liberdade contratual representa “uma ilusão à parte mais vulnerável dessa relação. A autonomia do mais forte acaba por converter-se em opressão sobre o mais fraco” (2010, p. 90). Previsivelmente, quando defende uma “ponderação” é simplesmente para fazer valer a dignidade da pessoa humana (privilégio do empregado, naturalmente). Cita o Enunciado aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho que dispõe:

DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO. Os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados de maneira a preservar a integridade sistêmica da Constituição, a estabilizar as relações sociais e, acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do direito fundamental. No Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade humana.

A dificuldade em distinguir princípios/axiomas de princípios/postulados ideológicos reduz a realidade a um único direito fundamental (o da dignidade da pessoa humana), por vezes conjugado à valorização social do trabalho. A relação deste com todos os demais princípios ou regras é de subordinação hierárquica:

Diante das inúmeras questões que se apresentaram, esta Corte, com lastro em vários princípios constitucionais, dentre os quais, o da dignidade da pessoa humana e o da valorização do trabalho humano, editou a Súmula n.º 331, fixando as diretrizes básicas quanto à terceirização e seus efeitos, (ED-AIRR - 9540-96.2006.5.04.0011 Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 08/04/2011).

Pessoalmente, entendo que o constituinte, no art. 1º, elegeu a dignidade da pessoa humana, assim como os valores sociais do trabalho, como princípios centrais de todo o ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional. Assim, a legislação infraconstitucional deve ser interpretada conforme os princípios acima relacionados. É norma geral de experiência que trabalhador rural, que se ativa no corte de cana, após extenuante jornada de oito horas, tem a sua capacidade física manifestamente reduzida. Nessas condições de extrema fadiga, alegar que é suficiente a contraprestação no estertor do fôlego do trabalhador mediante singelo adicional extraordinário, colocando inclusive a sua vida em risco (em confronto com o inciso XXII do art. 7º da Carta Magna), é ignorar os princípios constitucionais acima mencionados.

Portanto, a regra geral insculpida na OJ n.º 235 do C. TST deve ser interpretada conforme os princípios constitucionais, ou seja, desde que atividade extraordinária não implique demasiado esforço físico. Consequentemente, o cortador de cana tem direito a receber, na jornada extraordinária, a hora extra acrescida da adicional extraordinário e não apenas este. (RR - 166500-22.2009.5.15.0156 Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 19/04/2011).

No julgado acima, a 3ª Turma do TST percebeu uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana pela supressão do pagamento das horas extras e do respectivo adicional. A dignidade da pessoa humana não cumpre aqui a função de direito fundamental, mesmo porque a causa de pedir dessas ações não se relaciona com violação de direitos fundamentais, e sim com o ressarcimento de prejuízos materiais sofridos pelos trabalhadores.

Em uma decisão proferida pelo CSJT, resta clara a confusão metodológica entre princípios/axiomas e princípios/postulados:

A Administração Pública rege-se, dentre outros, pelo princípio da supremacia do interesse público em face dos interesses individuais. Em outras palavras, o administrador tem o dever de zelar para que interesses de cunho meramente individual ou casuístico não se sobreponham ao bem-estar coletivo. Há situações em que a Administração Pública se utiliza das normas de Direito Privado para a prática de determinados atos, o que ocorre com cada vez mais frequência. No entanto, essa aplicação no âmbito das relações de natureza administrativa condiciona-se à aferição de sua compatibilidade com os princípios e regras que regem a Administração Pública.

O Direito Civil, ramo do Direito Privado destinado a disciplinar as relações entre particulares, desenvolveu-se sobre premissas nas quais ressalta a igualdade formal entre as partes envolvidas na relação jurídica.

O Código Civil de 2002, rompendo com a dogmática tradicionalmente imperante no Direito Civil brasileiro, foi concebido sob forte conotação social. Como é notório, a codificação civilista está repleta de cláusulas gerais e princípios importantes que trazem uma nova forma de encarar o Direito Privado. Nessa nova ordem jurídica, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade são diretrizes a serem observadas para a interpretação das normas de Direito Privado. Não obstante isso, ainda pode-se verificar, em algumas partes do Código Civil, a marcante presença de regras que privilegiam o patrimônio em detrimento do aspecto social.

Diferentemente do que ocorre com diversas outras normas constantes do Código Civil, o art. 354 não se coaduna com a essência do Direito Administrativo, na medida em que possui caráter eminentemente protetivo do capital.

Com base no citado dispositivo, cuja inclusão no Código Civil é fruto de pressões levadas a efeito pelos detentores do capital durante o processo de elaboração legislativa, o credor tem o direito de receber primeiramente os juros e depois o capital, pois este produz rendimento e aqueles não. Assim, aquele que, por exemplo, é obrigado a contrair empréstimo pessoal em instituição financeira muitas vezes fica impossibilitado de saldar a dívida, pois a amortização se dá primeiramente nos juros, mantendo o capital - sobre o qual incidirão mais juros - incólume. A imputação do pagamento na seara administrativa tem regime diverso daquele do direito privado, inexistindo regra segundo a qual o pagamento parcial imputar-se-á primeiro sobre os juros, para, só depois de findos estes, amortizar-se o capital.

Note-se que o próprio legislador, ao introduzir a ressalva no enunciado normativo - - salvo estipulação em contrário- -, exclui a possibilidade de aplicação da regra contida no art. 354 do Código Civil às relações jurídicas de natureza administrativa, nas quais, sabe-se, é extremamente reduzido o âmbito de incidência do princípio da autonomia da vontade.

(CSJT - 2195626-83.2009.5.00.0000, Relator : José Antônio Parente da Silva).

O modelo de Alexy é justamente o oposto, um equilíbrio entre a segurança jurídica proporcionada pelas regras e o sentido de moral e ética proporcionado pelas regras.

4. A construção de uma ciência do Direito depurada de ideologias e radicalismos

Em seu clássico Teoria dos Direitos Fundamentais, Robert Alexy propôs um modelo de regras e princípios, de modo a reduzir a discricionariedade do judiciário nos chamados casos “hard cases”, hipóteses controversas e de difícil interpretação constitucional. A distinção, segundo Alexy, é a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos

direitos fundamentais (ALEXY, p. 85). Escreveu na década de 80, e portanto, aproveitou a contribuição de Dworkin na construção de um modelo misto de regras e princípios, que combine as vantagens das ambos na construção de uma ordem jurídica mais justa.

Crítica autores como Josef Esser, Joseph Raz, Karl Larenz e Carl-W Canaris, por insistirem na tese de que regras seriam normas com grau de generalidade baixo, enquanto os princípios apresentariam grau de generalidade relativamente alto. Tal distinção desmerece à teoria de Alexy, por reduzir normas e princípios a normas da mesma espécie. Ambos são razões para juízos concretos de dever-ser, e nisso não há qualquer divergência com os autores que o antecederam. Conquanto apresente visão diversa daquela defendida por Raz, apresentando regras e princípios como razões para normas (e não razões para ações), o rigor na definição das normas e no papel das diferentes normas serve a aproximar o Direito das ciências exatas.

Escreve textualmente: “A visão aqui defendida corresponde ao ponto de vista da Ciência do Direito. Na ciência do Direito são formulados juízos sobre o que é devido, o que é proibido e o que é permitido, e o juiz decide exatamente sobre isso”. (ALEXY, 2008, p. 107)

Entretanto, a mesma pretensão de criar um sistema jurídico científico também informava a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen. A preocupação subjacente de Kelsen, e que de certa forma é retomada por Alexy e os demais expoentes da teoria dos princípios é a construção de um direito que não seja contaminado pela política, ou se torne um mero instrumento de validação e legitimação de ideologias e instrumento de dominação. Em seu prefácio a Teoria Pura, escrito em Genebra, depois da perda da cátedra na Alemanha, Kelsen lastimava que a sua obra estava sendo lida com um viés político e ideológico, que era justamente o que pretendia evitar. Segundo ele, os fascistas declaram-na “liberalismo democrático”, enquanto os sociais-democratas consideram-na “um posto avançado do fascismo”, e os comunistas classificam-na como “ideologia de um estatismo capitalista”. Portanto, quando fala em Teoria Pura do Direito, está pretendendo não só um isolamento em relação a outros campos do conhecimento (as chamadas ciências sociais), mas primordialmente uma blindagem em relação a ideologias políticas, como resume mais adiante:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do

Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão. (KELSEN, 1998, VII)

O caminho seguido por ambos na construção de uma teoria científica do Direito é diametralmente oposto, porém ambos almejam a um sistema objetivo e exato, que reduza a realidade aos binômios ser/dever ser, permitido/proibido e que essa esquematização seja sólida, ou seja sem contaminação por posições políticas ou ideológicas.

O caminho trilhado por ambos é diverso, porque a teoria dos princípios de Alexy de certa forma tem como pressuposto a rejeição de Radbruch ao positivismo jurídico. Radbruch entendia de e que o Direito se impunha exclusivamente pela força e que o positivismo implicava obediência às leis “mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas”,

Não se pretende aqui discutir o acerto das conclusões de Radbruch e dos demais juristas do pós guerra, porém o fato é que a doutrina jurídica posterior a 1945 foi construída sobre o fundamento da superação/rejeição do positivismo.

A teoria dos princípios de Alexy chegou tardiamente no Brasil, mas rapidamente popularizou-se para se tornar o referencial em matéria de ponderação, pesos e contrapesos. Essa popularização gerou mais um modismo: perceber a ofensa ao princípio da dignidade humana em qualquer inadimplemento contratual trabalhista.

5. O delicado equilíbrio entre segurança jurídica e exigência de justiça

Alexy coloca como ponto decisivo na distinção entre princípios e regras que os primeiros são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. A incidência depende das possibilidades fáticas e jurídicas, isto é da colisão com outros princípios ou regras. Estas, ao contrário, são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas.

A seguir, Alexy propõe hipóteses de conflitos entre regras e princípios. O conflito entre duas regras se resolve pela introdução de uma cláusula de exceção que invalide o conflito ou se uma das regras for declarada inválida. Cita como exemplo prático a regra que proíbe que os alunos deixem a sala antes do sinal tocar e o dever de sair se soar o alarme de incêndio. A solução desse conflito só acontece com a inclusão de cláusula de exceção à primeira regra que determina que devem sair em caso de incêndio. Se, ao contrário, dois princípios colidem, um dos princípios deverá ceder.

A solução para a colisão dos princípios reside na aplicação de uma fórmula matemática, chamada “fórmula de ponderação” ou “fórmula peso”.

Trata-se de uma fórmula da qual constam três variáveis: intensidades de intervenção, os pesos abstratos dos princípios colidentes e os graus de segurança das suposições empíricas sobre a realização e a não realização dos princípios. Essas três variáveis podem ser expressas em graus: leve, médio ou grave ou numa escala numérica. As três variáveis de cada princípio devem ser multiplicadas e, em seguida, divididas pelo resultado da multiplicação das três variáveis do princípio oposto, como se compreende no desenho abaixo:

$$G_{i,j} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{IPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

O objetivo do sopesamento é definir quais interesses que podem abstratamente encontrar-se no mesmo nível, tem mais valor no caso concreto. Alexy descarta a possibilidade de relações de precedência absolutas ou abstratas e cita jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal que afirma: “nenhum desses interesses goza, em si mesmo, de precedência sobre o outro”. O princípio da dignidade da pessoa humana, adverte Alexy, “constitui somente à primeira vista uma exceção a essa ideia” (2008, p. 97). O uso que os tribunais e a doutrina brasileiros tem feito desse princípio, que abordaremos no capítulo seguinte contrasta fortemente com a proposta original de Alexy.

Um dos exemplos de Alexy ilustra bem a colisão. Trata-se da realização de uma audiência com a presença de um acusado que, devido à tensão desse tipo de procedimento, poderia sofrer um derrame ou um infarto. Nesse caso, existe um conflito entre normas, entre o dever do Estado de garantir o devido processo legal e o interesse do acusado em proteger sua própria vida e integridade física. Abstratamente, ambos os interesses encontram-se no mesmo nível e não há como se definir a relação de precedência sem analisar os pormenores do caso. É claramente um “hard case”, um caso difícil na definição de Dworkin, com a incidência de duas normas, que não podem ser aplicadas simultaneamente. A solução encontrada pelo Tribunal Constitucional foi de que o “risco provável e concreto à vida do acusado” prevalecia sobre a garantia do devido processo legal. A maneira como se chegou a esse veredito não foi reproduzida no livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, mas não é difícil refazê-la, mesmo sem um diálogo racional num colegiado. A intensidade da intervenção é de grau grave, ou um princípio incide ou o outro, são totalmente excludentes. O dano à saúde do acusado também pode ser definido como grave. Apenas nessas duas variáveis já temos a certeza da prevalência do direito fundamental à preservação da vida e saúde do acusado. Certamente, a reconstrução

é imperfeita, porque a teoria de Alexy pressupõe a construção de um consenso racional e não uma racionalidade individual, que pode ser moldada por preconceitos individuais.

O caso ilustra o que Alexy denomina distinto caráter “prima facie” das regras e princípios. Enquanto princípios exigem que algo seja realizado na melhor medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto as regras devem ser aplicadas de forma “tudo ou nada”. Princípios não contêm mandamento definitivo, podem ser afastados por razões antagônicas. As regras, ao contrário, exigem que seja feito exatamente da maneira que elas ordenam.

No tocante à dignidade humana, Alexy sustenta o pressuposto da existência de duas normas, uma regra e um princípio. Há casos em que sua natureza de regra se revela pelo fato de que discute apenas se foi violada ou não. Assim sendo, o princípio da dignidade humana é sopesado diante de outros princípios, com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade humana. Cita como exemplo a decisão que confirmou a necessidade de prisão perpétua, por considerar que a dignidade da pessoa humana não é violada quando a permanente periculosidade do preso exige a continuidade da prisão para a proteção da comunidade.

Aliás, não há espaço para absolutos na teoria dos princípios, porque o próprio Alexy ressalta o absurdo da situação de se perceber um sujeito como titular de direitos absolutos, como o direito elementar da vida ou da dignidade, cujos interesses colidissem com outro na mesma situação. Diante disso, **princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais** (ALEXY, 2008, p. 111).

Como princípios são **mandamentos de otimização**, é preciso indagar previamente se a sua aplicação ao caso concreto respeita as regras de proporcionalidade (sopesamento propriamente dito), adequação e necessidade (meio menos gravoso).

Após, Alexy compara as três possibilidades de vigência dos direitos fundamentais: o modelo puro de princípios, o modelo puro de regras, e o modelo misto (que é a sua proposta).

Sustenta que em alguns casos, o Tribunal Constitucional Federal concebe as normas de direitos fundamentais como princípios e cita o modelo proposto por Eike von Hippel. Na teoria formulada por von Hippel, as normas de direitos fundamentais são meras normas de princípios, e nos conflitos de interesses deve ser aplicado um peso especial a determinados interesses de liberdade (liberdades de crença, de opinião, de profissão e de propriedade, etc) em suma à ideia de autodeterminação individual. A norma de direito fundamental vale somente se e na medida em que a um interesse de liberdade protegido não forem contrapostos interesses de maior valor. A objeção formulada por Alexy ao modelo proposto por von Hippel

é que ignora o direito normatizado na Constituição, substitui a vinculação ao texto constitucional por sopesamento. No seu entender, o ponto de partida deve sempre ser a Constituição, e dela se desviar apenas por razões especiais. Em síntese, a proposta de von Hippel aponta para a discricionariedade nas decisões judiciais.

Ensina Cláudio Pereira de Souza Neto que Alexy comunga com Dworkin a preocupação em reduzir a discricionariedade judicial, por essa razão, rejeita um modelo puro de princípios. Para trazer racionalidade às decisões judiciais, Alexy propõe um sistema misto de princípios e regras complementado por uma teoria da argumentação jurídica.

Adverte Cláudio Pereira de Souza Neto que a teoria hegemônica de ponderação seguida no Brasil defende a interpretação cada vez mais ampliativa da Constituição e tende a produzir uma “inflação ponderativa”, ou seja, transformar casos corriqueiros em hipóteses de ponderação.

O segundo modelo possível é o modelo puro de regras, que nos parece bastante próximo do positivismo jurídico. Sob o ponto de vista da estrita vinculação ao texto constitucional, da segurança e da previsibilidade, este modelo é a melhor alternativa. A interpretação constitucional é feita pelas velhas regras de hermenêutica e se renuncia ao sopesamento. E, segundo Alexy, tentar solucionar questões difíceis pela mera subsunção é “algo fadado ao fracasso” (2008, p. 132).

6. A dignidade humana enquanto valor supremo

Segundo CANOTILHO (p. 1183), a unidade hierárquico-normativa da Constituição também significa que todas as regras ali contidas têm igual dignidade. A unidade da Carta Magna exige dos magistrados e operadores do direito a compreensão da coerência narrativa, ou seja, ler e interpretar a Constituição como se fosse obra de um só autor. O princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros. Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede o sacrifício total de uns em detrimento de outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens. A tensão entre princípios ou bens juridicamente protegidos se resolve pela ideia de “ponderação” (Abwägung) ou de “balanceamento” (balancing). Canotilho distingue entre o conflito autêntico de direitos fundamentais, em que o exercício de um direito fundamental de uma das partes colide com o direito fundamental de outro. A colisão em

sentido impróprio ocorre quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos (CANOTILHO, 2011, p. 1270)

A questão da suposta hierarquia da dignidade humana é bem resolvida por Ingo Wolfgang SARLET, segundo o qual todos os direitos fundamentais são concretizações em maior ou menor grau do princípio da dignidade humana (2006, p. 430). Nesse sentido, não há sentido na eleição da dignidade da pessoa do trabalhador como direito supremo, sancionando-se o aniquilamento completo dos demais interesses contrapostos. SARLET também apresenta a proporcionalidade (concebida como impeditiva de excessos), e a razoabilidade como os principais vetores interpretativos construídos para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana e a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais em causa (SARLET, 2006, p. 29). Na ausência de parâmetros de proporcionalidade, a dignidade da pessoa humana se transforma em mero exercício de retórica, sem qualquer significado real (SARLET, 2006, p. 30).

Sarlet também defende que, em condições de relativa igualdade entre as partes, deve prevalecer o princípio da liberdade, “aceitando-se a eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal.” (SARLET, p. 399). A simples assimetria das relações não constitui critério determinante da eficácia direta dos direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 29). O dever de proteção do Estado deve ser exercido sempre de maneira proporcional, apenas na medida do necessário para assegurar a manutenção do equilíbrio entre as partes, e assim mesmo quando este se encontrar efetivamente rompido ou ameaçado. O maior ou menor desequilíbrio objetivamente aferível nas relações entre particulares serve como critério justificador da maior ou menor necessidade de efetivar os deveres de proteção do Estado, viabilizando eventual restrição proporcional da autonomia privada do ator social “poderoso” em benefício da parte mais frágil da relação. A intervenção do Estado apenas ocorre quando efetivamente rompido ou ameaçado o equilíbrio entre as partes (SARLET, 2006, p. 29). Não é o caso da maioria das reclamações trabalhistas em que o desequilíbrio entre as partes é apenas presumido! Ainda que fosse real, a desigualdade entre as partes não seria obstáculo à proporcionalidade ou à reserva do possível, quando muito ensejaria uma necessidade maior ou menor do dever de proteção do Estado.

Para definir o grau de intervenção na liberdade individual, é preciso ter clareza no sentido da dignidade humana:

Compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano jamais seja visto, ou usado, como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado como um fim em si mesmo. Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal. O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana. É essa dignidade que inspira a regra ética maior: o respeito ao outro. (MORAES, p. 117).

Maria Celina de Moraes distingue claramente preço (*Preis*) e dignidade (*Würde*), onde o primeiro representa um valor de mercado, que se atribui às coisas. O valor moral se encontra acima do valor de mercadoria e não admite sua substituição por equivalente.

O substrato material da dignidade humana pode ser desdobrado em quatro postulados: 1) o sujeito reconhece a existência de outros sujeitos, seus iguais, 2) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica, 3) é dotado de vontade livre, 4) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. Embora o objetivo a ser alcançado com a ponderação seja a realização da dignidade humana, esta somente vem à tona no caso concreto, quando e se bem feita a ponderação (MORAES, 2006, p. 210). De qualquer modo, a distinção entre preço e dignidade revela o absurdo de usar o princípio como supedâneo para condenações pecuniárias, como se a honra humana fosse uma mercadoria.

Canotilho apresenta os direitos fundamentais como valores objetivos, e não direitos ou pretensões subjetivas. Concebidos os direitos fundamentais como ordem de valores objetiva, deduz que o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois os direitos fundamentais reproduzem-se a princípios objetivos, através da realização dos quais se alcança uma eficácia ótima dos direitos e confere um estatuto de proteção aos cidadãos (CANOTILHO, 2011, p. 1397) São valores objetivos da comunidade e como tais, aptos a se espraiar por todo o ordenamento, complementar a imperatividade dos direitos subjetivos e vincular juridicamente todas as instâncias estatais (GOMES, 2010, p. 147). A eficácia dos direitos fundamentais, em particular a dignidade da pessoa humana, é incompatível com visão patrimonialista e individualista predominante em nossas cortes trabalhistas.

Maria Celina MORAES resgata a importância da solidariedade, a obrigação moral de “não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito”. Enuncia a forma de reciprocidade, indicativa de que “cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro”. É o conceito dialético de “reconhecimento” do outro (MORAES, 2006, p. 137). A solidariedade constroi o conceito de reciprocidade, da comunidade de iguais, em que as desigualdades nunca são tão relevantes a ponto de justificar que os homens possam deixar de considerar-se uma comunidade de iguais

enquanto encerrados em sua individualidade. A única regra de justiça, neste cenário, continua sendo a igualdade perante a lei.

Apenas abandonando a noção patrimonialista da dignidade, para abraçar uma noção solidária do princípio, pode-se caminhar no sentido de um consenso racional que norteia a teoria dos princípios. Segundo Canotilho, a Constituição parte de uma premissa universal da garantia da dignidade pessoal e isso constituirá o elemento básico do diálogo entre médicos, cientistas, biólogos, teólogos, juristas, seja em “comissões de ética nacionais”, seja em “comissões de ética locais” (universidades, clínicas, igrejas). É o local do diálogo, ou seja, o espaço da interação entre os vários sistemas sociais. O diálogo abre os espaços de possibilidade para, suavizar o discurso dos vários subsistemas. A Constituição fornece apenas regras mínimas garantidoras da própria integridade dos sistemas sociais e de uma dimensão de justiça no seio da complexidade social, e pretende incentivar o diálogo entre os atores sociais (2011, p. 1454)

BARROSO adverte que a ponderação não obedece a critérios abstratos, mas deve ser aferido caso a caso, fazendo concessões recíprocas, de modo a produzir o resultado socialmente desejável, com o mínimo de sacrifício dos princípios ou direitos fundamentais em conflito (2008, p.32). Não se pode “arbitrariamente escolher um dos interesses em jogo e anular o outro”. A dignidade não restará suficientemente protegida em um lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. Dito de outro modo, a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os seus titulares em simples instrumento da vontade estatal, sendo, portanto, manifestadamente incompatível mesmo com uma visão estritamente kantiana da dignidade (SARLET, 2006, p. 435). A proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica (SARLET, 2006, p. 436).

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores, que vem associado aos direitos fundamentais (BARROSO, 2008, p.38). O núcleo essencial da dignidade humana é composto pelo mínimo essencial, o conjunto de bens e utilidades básicas para a sobrevivência física com liberdade (BARROSO, 2008, p.39). Para o autor o núcleo essencial da dignidade consiste no direito à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça.

O direito fundamental à dignidade humana no contrato de trabalho pode ser entendido como direito ao trabalho decente, isto é que ofereça boas condições e remuneração suficiente para a sobrevivência. Segundo a OIT, o trabalho decente inclui: (1) respeito aos princípios fundamentais no trabalho, (2) liberdade sindical, (3) eliminação do trabalho forçado e do trabalho infantil, (4) abolição da discriminação e (5) promoção do emprego produtivo e de qualidade.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana apenas estará resguardada quando estiver garantido o pleno emprego, com salários adequados. Como salientou SACHS, o problema é basicamente criar políticas públicas que transformem o Brasil numa “fábrica de empregos”.

A nossa Justiça do Trabalho, como percebeu ROMITA, atende basicamente a desempregados (2002, p. 10) e cerca de 60% das reclamações propostas termina por acordo confortável ao empregador. Os direitos supostamente indisponíveis apenas o são durante a vigência contratual. Parte do valor desses acordos se refere a indenização por danos morais decorrentes de condições de trabalho inadequadas. São operadores de cabine de pedágio forçados a fazer necessidades fisiológicas em garrafas pela ausência de intervalos ou instalações sanitárias. São instalações improvisadas em *containers* ou galpões enferrujados e sujos. Os exemplos se multiplicam e o valor da indenização não resolve o problema, uma vez que nada impede que os trabalhadores voltem a se submeter a ocupações degradantes por absoluta falta de oportunidade melhor.

Embora a adoção de políticas públicas seja o melhor caminho para fomentar o pleno emprego, não se pode desmerecer o aspecto pedagógico de uma eventual condenação por *dumping social*, de modo desestimular o empregador a utilizar métodos ou instalações de trabalho degradantes. Nesse momento, é oportuno retomar a teoria dos princípios na ponderação sobre as condições de trabalho a serem consideradas degradantes.

O núcleo essencial da dignidade humana consiste no direito à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça. O mero descumprimento de cláusulas contratuais ou de direitos trabalhistas não configura lesão à dignidade humana. Afinal, não existe trabalho perfeito e as opções dos menos educados são menores.

Assim sendo, a tutela de direitos fundamentais deve sempre obedecer aos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade, que somente afloram em casos concretos, quando bem feita a ponderação. Por conseguinte, a eventual ofensa à dignidade da pessoa humana somente pode ser aferida depois do exame do que significa bem estar para o grupo social a que pertence o trabalhador e do impacto do desemprego sobre a sua família.

Um trabalho perfeito, simultaneamente bem remunerado, sem nenhum tipo de cobrança de metas ou prazos, com perfeito conforto térmico e acústico apenas existe no mundo das ideias.

O modelo proposto por Alexy consiste na implementação de um sistema misto de regras e princípios, complementado por uma teoria da argumentação jurídica, sem a qual é impossível construir uma decisão racionalmente fundamentada. O modelo puro de regras não resolve os casos difíceis. O modelo puro de princípios apresenta o risco de discricionariedade dos julgados. O modelo de pesos abstratos definidos de antemão como vem sendo utilizado aqui, que faz prevalecer sempre a dignidade da pessoa humana seria o pesadelo de Alexy: o caos da discricionariedade, o fim da segurança jurídica e o total descrédito dos tribunais.

7. Conclusões finais

São infundados os receios dos operadores de que a reforma trabalhista abra as portas para a contínua precarização das condições de trabalho e a consequente degradação da dignidade humana dos trabalhadores.

Por outro lado, a tutela desse direito inerente à condição humana merece especial atenção dado o contexto de crise econômica, desemprego e subemprego. A conjuntura econômica representa forte ameaça aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

O mais importante instrumento de tutela da dignidade humana são as políticas públicas de fomento à criação de empregos, para que sejam criadas vagas de trabalho em condições decentes, e não apenas subempregos. É necessário também repensar a atuação do Judiciário na reparação dos danos sofridos. As indenizações por danos morais apenas garantem a subsistência dos ofendidos durante curto espaço de tempo, mas não desestimulam os maus empregadores ou quebram o ciclo vicioso do subemprego/desemprego a que estão submetidos os menos educados.

Quando se contrapõe o trabalho decente àquele prestado em situações degradantes também é importante atentar para as situações concretas e evitar o maniqueísmo das presunções. O exame de eventual lesão ao direito fundamental da dignidade deve se dar pelas circunstâncias do caso concreto e não sobre construções hipotéticas e presunções vagas de abuso econômico. Não existem direitos absolutos ou empregos perfeitos, desprovidos de aborrecimentos. O trabalho possibilita a plena inserção social do cidadão. A identidade do indivíduo é forjada pelo trabalho. Assim sendo, não se pode simplesmente descartar como indigno o trabalho humilde, simplesmente porque não corresponde às expectativas do grupo social a que pertencem os juízes e procuradores do Ministério Público do Trabalho.

A tutela da dignidade da pessoa humana não será efetiva enquanto se basear apenas no poder coercitivo do Estado-Juiz e em indenizações pecuniárias e não no consenso racionalmente construído pela argumentação e ponderação entre o interesse de gestão (geração de empregos) e melhoria das condições de trabalho.

8. Referências bibliográficas

- MAXIMO, Welton, **Banco Mundial: crise pode levar 3,6 milhões de brasileiros de volta à pobreza**, disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-02/banco-mundial-crise-pode-levar-36-milhoes-de-brasileiros-de-volta-pobreza>, acesso em 12/08/2017.
- ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, São Paulo, Malheiros, 2008.
- _____, **Teoria da Argumentação Jurídica**, São Paulo, Forense, 2011.
- AVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**, 5ª edição, São Paulo, Malheiros, 2006.
- _____, **Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”**, in Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado, numero 11, setembro/outubro/novembro 2007, disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/repensando-o-principio-da-supremacia-do-interesse-publico-sobre-o-particular>, acesso em 13/08/2017.
- BARROSO, Luís Roberto, “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)” in: **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 3ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição, 9ª reimpressão, Coimbra, Edições Almedina, 2011.
- CASSAR, Vólia Bonfim, **Direito do Trabalho**, 3ª edição, Niterói, Impetus, 2009.
- COUTINHO, Aldacy Rachid Coutinho, “A Autonomia Privada: em Busca da Defesa dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores”, in: SARLET, Ingo Wolfgang, **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.
- DIEESE, Anuário do Sistema Público de Emprego, Trabalho e Renda 2015: Indicadores da Agenda de Trabalho Decente: livro 7./ Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. São Paulo: DIEESE, 2015, disponível em <https://www.dieese.org.br/anuario/2015/sistPubLivreto7TabalhoDecente.pdf>, acesso em 13/08/2017.

GEDIEL, José, Antonio Peres, “A Irrenunciabilidade a Direitos da Personalidade pelo Trabalhador” in SARLET, Ingo Wolfgang, **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

GOMES, Fabio Rodrigues, **Direito Constitucional do Trabalho**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

RADBRUCH, Gustav, **Cinco Minutos de Filosofia do Direito**, disponível em <http://direitoavista.blogspot.com.br/2011/04/cinco-minutos-de-filosofia-do-direito.html>, acesso em 06/07/2017.

ROMITA, Arion Sayão, **O princípio da proteção em cheque**, Revista Jurídica Virtual, v.4, n. 36, Brasília, 2002, disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/838/826>, acesso em 13/08/2017.

SACHS, Ignacy, **Inclusão social pelo trabalho decente: oportunidades, obstáculos, políticas públicas**, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200002&script=sci_arttext, acesso em 13/08/2017

SARLET, Ingo Wolfgang, **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 6ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, et SARMENTO, Daniel, **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, Belo Horizonte, Forum, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza e MENDONÇA, José Vicente Santos de, **Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa**, disponível em http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Fundamentaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf, acesso em 13/05/2017.