

**A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO,
A INCAPACIDADE LABORATIVA DO TRABALHADOR
E OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS.**
(Na perspectiva da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial)

Marco Aurélio Marsiglia Treviso.

Orientador: Dra. Tânia Mara Guimarães Pena.

**Uberlândia.
Janeiro, 2012.**

FOLHA DE APROVAÇÃO.

A Competência da Justiça do Trabalho, a incapacidade laborativa do trabalhador e os benefícios previdenciários (Na perspectiva da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial).

Marco Aurélio Marsiglia Treviso.

Dissertação submetida à banca examinadora como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público. Aprovada em ----- de janeiro de 2012.

BANCA EXAMINADORA.

Orientadora: Dra. Tânia Mara Guimarães Pena – UFU/Uberlândia.

Membro: Dr. Fernando Rodrigues Martins – UFU/Uberlândia.

Membro: Dr. Eduardo Milléo Baracat – Universidade Federal do Paraná.

AGRADECIMENTOS.

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Luis Fernando Treviso e Regina Célia Marsiglia Treviso, por propiciarem-me os meios efetivamente necessários para que eu pudesse, desde o meu nascimento, viver uma vida digna. Os estudos, não só direcionados à carreira já alcançada, mas, também, aqueles que continuo a desempenhar, são frutos desta dedicação.

Agradeço a todos os meus colegas de trabalho, em especial, Tânia Mara Guimarães Pena, grande incentivadora, orientadora e amiga, para todas as horas e Eduardo Milléo Baracat, pelas críticas, correções e sugestões deste trabalho.

Também agradeço aos meus amigos de mestrado, discentes e docentes, o que faço em nome do querido professor Fernando Rodrigues Martins, pelos inesquecíveis momentos em que pude desfrutar da convivência digna e respeitosa, em prol do saber jurídico.

Registro, ainda, um agradecimento especial à Janaína, verdadeira companheira, amiga, namorada, esposa que, acima de tudo, tem-me guiado na felicidade de estar juntos. Ao Matheus, meu enteado, que me ensina, diariamente, lições relacionadas à fase da pré-adolescência, fazendo com que, pelo menos em meus pensamentos, volte a ser uma criança pura.

Agradeço, por fim, a Deus, por me dar as forças necessárias para superar mais esta etapa, presenteando-me com a minha amada filha, Sophia, a quem dedico todo o amor e carinho de pai.

A aprovação desta dissertação não implica o endosso do Orientador da Tese, dos membros componentes da Banca Examinadora ou da Universidade às ideias que a fundamentam ou que nelas estão expostas.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC: Código Civil.

CF: Constituição Federal.

CPC: Código de Processo Civil.

EC: Emenda Constitucional.

INSS: Instituto Nacional da Previdência Social.

STF: Supremo Tribunal Federal.

TRT: Tribunal Regional do Trabalho.

ÍNDICE.

RESUMO.	08
ABSTRACT.	09
INTRODUÇÃO.	10
CAPÍTULO 1: O nascimento do Estado, a promoção e a defesa dos Direitos Fundamentais.	13
1.1. A concepção de Estado.	13
1.2. O Estado e sua ligação com o Direito.	16
1.3. O Estado Liberal, o Estado Social e os Direitos Fundamentais.	20
1.3.1. O Estado Liberal.	21
1.3.2. A mudança de paradigma: a Encíclica <i>Rerum Novarum</i> e o surgimento do Estado Social.	24
1.3.3. O Estado Social e os Direitos Fundamentais.	30
CAPÍTULO 2: O sistema jurídico-axiológico para a compreensão do mínimo existencial.	41
2.1. A norma jurídica.	41
2.1.1. O plano da validade.	43
2.1.2. O plano da eficácia.	47
2.1.3. O plano da justiça.	49
2.2. Da norma jurídica ao conceito de sistema.	52
2.3. Os princípios.	62
2.4. A interpretação das normas jurídicas.	68
2.5. O mínimo existencial.	71
CAPÍTULO 3: A Competência da Justiça do Trabalho para restabelecer benefícios previdenciários por incapacidade laborativa.	76

3.1. A angústia do trabalhador.	76
3.2. Breve evolução histórica da competência da Justiça do Trabalho.	79
3.2.1. A mudança de paradigma: a EC 45/04.	82
3.3. A problemática na visão do TRT/MG: uma abordagem crítica da jurisprudência.	85
3.4. Uma nova visão da competência da Justiça do Trabalho.	92
3.4.1. As vantagens para o trabalhador.	104
3.4.2. A segurança jurídica para o empregado e seu empregador.	106
3.4.3. Os efeitos da participação do INSS.	108
3.4.4. O desafogamento do Poder Judiciário.	109
3.4.5. A reserva do possível.	110
3.4.6. Os princípios do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição.	111
CONSIDERAÇÕES FINAIS.	114
BIBLIOGRAFIA.	115

RESUMO.

Dissertação apresentada no
Programa de Mestrado em Direito Público
Direitos e Garantias Fundamentais
Universidade Federal de Uberlândia

A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, A INCAPACIDADE LABORATIVA DO TRABALHADOR E OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS.

(Na perspectiva da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial)

Autoria: MARCO AURÉLIO MARSIGLIA TREVISO.

Orientadora: Dra. Tânia Mara Guimarães Pena.

Uberlândia, 17 de janeiro de 2012.

No cotidiano da vida forense, é cada vez mais comum a situação de empregados e empregadores não saberem o caminho que deverão tomar quando aquele trabalhador, que esteve por um período afastado de suas atividades laborativas percebendo benefício previdenciário, recebe a alta médica do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), comparece à sede da empresa e esta, porém, não autoriza o seu retorno ao trabalho, porque ainda o considera inapto para o regular desenvolvimento das atividades profissionais para as quais foi contratado. É retirada do trabalhador a sua fonte de renda. Não recebe salário e outras vantagens. Não recebe benefício previdenciário. Não consegue atrelar a sua mão de obra a outro tomador de serviços. O resultado é danoso: não consegue garantir os meios necessários para a aquisição dos bens materiais e imateriais indispensáveis para se viver com dignidade. O valor social do trabalho e a dignidade do cidadão trabalhador são desrespeitados. O trabalhador bate às portas do Poder Judiciário, requerendo a prolação de uma decisão que lhe restitua tal dignidade. É preciso, por isso, buscar uma solução que seja juridicamente viável para conferir a tutela jurisdicional perseguida. É necessário que a decisão judicial resguarde a garantia do mínimo existencial. Os conceitos de Estado e a sua evolução, o ordenamento jurídico como um sistema de valores e a interpretação sistemática das normas constitucionais, buscando efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, nos auxiliará neste caminho. Serão, tais lições, as bases deste trabalho, para, ao final, atribuir à Justiça do Trabalho um papel de extrema importância na recuperação da dignidade do trabalhador.

Palavras-chaves: competência; Justiça do Trabalho; INSS; incapacidade laborativa.

ABSTRACT.

In everyday life forensics, is increasingly common situation of employees and employers do not know the path that should take when one worker, who was for a period away from work activities realizing their social security benefits, receive a medical discharge from the National Institute Social Security (INSS), attends the company's headquarters and this, however, does not authorize the return to work, because it still considers him unfit for regular professional development activities for which he was hired. Worker is removed from their source of income. Receives no salary and other benefits. She receives social security benefits. You can not harness their labor services to another borrower. The result is harmful: it can not provide the necessary means for the acquisition of tangible and intangible assets necessary to live with dignity. The social value of work and the dignity of the citizen worker are not respected. The worker knocks on the doors of the judiciary, requiring the adoption of a decision that will restore dignity. We must therefore seek a solution which is legally feasible to check the judicial persecution. It is necessary that this decision will safeguard the security of the existential minimum. The concepts of state and its evolution, the legal system as a system of values and systematic interpretation of constitutional provisions, seeking to enforce the principle of human dignity, will assist us in this way. Are such lessons, the foundation for the work they intend to develop for in the end give the Labour Court an extremely important role in the recovery of the dignity of the worker.

INTRODUÇÃO.

É cada vez mais comum a situação de um empregado que se encontra afastado de suas atividades profissionais, por estar recebendo benefício previdenciário (auxílio-doença de origem comum ou profissional). Em um dado instante, este trabalhador é submetido a uma perícia médica junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) que poderá considerá-lo apto ao trabalho, procedendo, assim, ao imediato cancelamento do respectivo benefício; o trabalhador, então, dirige-se à sede da empregadora para retomar as suas atividades, quando, agora, é comunicado pelo médico da empresa que, na verdade, ainda encontra-se inapto ao labor, razão pela qual não é possível desenvolver as suas funções profissionais.

Inicia-se, com isso, um martírio na vida daquele trabalhador: passa, a partir da decisão administrativa exarada pelo INSS, a não receber mais qualquer valor a título de benefício previdenciário; ao mesmo tempo, por força da avaliação clínica realizada pelo médico da empresa, não será possível retomar suas atividades laborativas, ficando, também, sem salários; não poderá, em virtude deste impasse, desempenhar outras atividades para diversas empresas, ficando, portanto, sem condições de arcar com o sustento próprio e familiar.

Geralmente o trabalhador nesta situação ajuíza uma demanda em face do INSS perante a Justiça Federal postulando o restabelecimento do benefício que, não raras vezes, é negado. Portanto, continua o trabalhador sem receber a sua principal (quicá, a única) fonte de subsistência pessoal e familiar. Decide, agora, retornar à sede da empregadora, buscando retomar a sua vida profissional, situação que não é aceita pela empresa diante da suposta incapacidade laborativa. Com isso, ajuíza uma segunda ação em face de seu empregador na Justiça do Trabalho relatando que o INSS o considerou apto ao trabalho, inexistindo razão jurídica para não retornar às atividades laborais. O empregador, agora, se defende dizendo exatamente que o trabalhador ingressou com uma ação perante a Justiça Federal relatando a sua inaptidão. Como se vê, a situação jurídica do trabalhador é contraditória, diante da existência de dúvida a respeito de sua *efetiva* capacidade laborativa, além das consequências jurídicas daí advindas.

Esta situação, em tese, pode ser considerada violadora do princípio da dignidade da pessoa humana, porque retira do trabalhador os meios necessários para a aquisição dos bens materiais e imateriais necessários para uma vida digna, já que deixará de receber salários e o benefício previdenciário, não tendo, em razão deste fato, como aceder os bens se a única fonte de subsistência é suprimida de maneira abrupta. É de se ressaltar que este trabalhador dificilmente conseguirá uma outra fonte de renda (salvo se percorrer o caminho da informalidade).

Deve-se, neste compasso, buscar uma solução para esta grave situação que aflige o trabalhador. Uma resposta que esteja calcada nos primados do valor social do trabalho, no respeito à pessoa humana, na garantia do mínimo existencial. O objetivo perseguido neste trabalho consiste na investigação e pesquisa de uma possível solução para esta problemática. Neste contexto, uma dúvida emerge: em que medida o reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para julgar processos em que o trabalhador discute benefício previdenciário em razão da incapacidade laboral (seja pela decorrência ou não de acidente do trabalho ou doença ocupacional) em face do INSS e do empregador atende aos princípios da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial, sem atentar contra os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do juiz natural, garantindo segurança jurídica ao jurisdicionado?

Na tentativa de responder a esta indagação, o presente trabalho foi dividido em 03 (três) capítulos.

A primeira parte do texto está dedicada à apresentação da evolução do conceito de Estado e, principalmente, o seu papel (ou melhor, seu dever) de promoção da pessoa humana. Serão abordados os conceitos de evolução do Estado e, posteriormente, o estudo do Estado Liberal e do Estado Social, porque indispensáveis para o reconhecimento da tutela dos direitos fundamentais.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo do sistema e da natureza jurídica do mínimo existencial. Parte-se do conceito de norma, para se alcançar, ao final, o sistema jurídico-axiológico. Serão abordados, como aporte doutrinário, os estudos trazidos por Claus-

Wilhelm Canaris, que sustenta que todo o arcabouço jurídico deve ser considerado como um conjunto de normas que exprimem o reconhecimento de valores existentes na sociedade; além disso, são esses os valores essenciais para a necessária promoção da pessoa humana, entre os quais, destacar-se-á o mínimo existencial, uma vez que é através dele que se concretiza a possibilidade financeira da pessoa angariar os bens necessários para a sua vida.

No terceiro e último capítulo será delineada, com base no aporte jurídico abordado nos capítulos anteriores, a possibilidade de uma solução para este problema por meio do possível manejo de única demanda, em face do empregador e do INSS, cuja competência seria, por força do artigo 114 da CF, com a redação dada pela EC 45/04, da Justiça do Trabalho.

O objetivo principal deste trabalho, portanto, é investigar uma alternativa, uma possibilidade de se construir, por meio da interpretação sistemática das normas constitucionais, sem a necessidade de qualquer alteração legislativa, um entendimento mais atento à problemática que seja capaz de solucionar, de forma definitiva, e sem o risco de decisões contraditórias, o impasse sofrido por diversos trabalhadores, restabelecendo o direito fundamental de acesso aos bens materiais e imateriais necessários para se viver com dignidade, em respeito ao paradigma da essencialidade.

A justificativa para o tema escolhido repousa na situação de que o assunto não tem sido abordado de uma forma em que se encontre a pacificação social, escopo da jurisdição, quando o Poder Judiciário é chamado a resolver este tipo de conflito. A dualidade de decisões possíveis apenas corrobora para o descrédito do Poder Judiciário que, diuturnamente, sofre diversas críticas, situação que faz repensar o papel que a Justiça do Trabalho deve exercer na sociedade contemporânea.

CAPÍTULO 1: O nascimento do Estado, a promoção e a defesa dos Direitos Fundamentais.

A evolução do conceito de Estado é elemento essencial para o entendimento do tema relacionado à proteção que se deve conferir aos Direitos Fundamentais. O Estado, no desenrolar da história, assumiu a principal atribuição de organização política e jurídica da sociedade, em prol de seu bem estar. Os Direitos Fundamentais, por sua vez, guardam a mesma temática, qual seja, a promoção das pessoas, além da proteção em face dos abusos cometidos por aqueles que detém o poder. E, com base nesses elementos, torna-se possível investigar a existência de um Estado que atue, necessariamente, na promoção e defesa dos Direitos Fundamentais.

1.1. A concepção de Estado.

Conforme expõe Maurice Hariou¹ os povos civilizados viveram em três idades que podem ser consideradas como sucessivas: a primeira, denominada simplesmente de era dos costumes, das instituições primitivas e das nações; a segunda, a idade da discussão, com o advento da lei escrita e das concepções de Estado; e, por fim, a chamada idade constitucional.

De forma sucinta, é possível esclarecer que a primeira idade possui como principal característica o surgimento das instituições primitivas, que estavam diretamente atreladas aos costumes de uma época que antecede ao nascimento de Jesus Cristo. Os costumes, naquele momento histórico, eram considerados imutáveis, já que diretamente ligados às crenças morais e religiosas.

A sociedade era estabelecida em pequenos grupos de pessoas, calcados, basicamente, em graus de parentesco ou raça. O aspecto de maior importância em relação a este momento histórico refere-se ao fato de que o poder político se confundia com o poder econômico (detentor de poder era o titular de bens), razão pela qual a sociedade primitiva pode ser considerada aristocrata e desigual, calcada, inclusive, na marcante presença do poder

¹ HAURIUO, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Granada: Comares, 2003, p. 28/50.

de um homem sobre outro. O poder era disperso na sociedade.

E, como afirma Antônio Carlos Wolkmer², há uma tendência natural e espontânea do homem em associar-se a outros seres humanos. Assim, com o passar do tempo, começa-se a verificar a fixação, de forma mais ou menos definitiva, de determinados grupos de pessoas, ligados por graus de parentesco, em certos territórios, que darão surgimento às primeiras formas de nação, assim definida por Maurice Hariou³ como sendo “grupos de población fijados en el suelo, unidos por un lazo de parentesco espiritual que desenvuelve el pensamiento de la unidad del grupo mismo”.

As nações, naquele tempo, possuíam uma certa organização da vida pública, porém, totalmente descentralizada. Surgem os pequenos principados, as pequenas cidades, os senhores feudais e as corporações. Não existem escritos comuns ou, ainda, costumes gerais, mas tão somente costumes de natureza local, que são respeitados por todos aqueles que conviviam naquele *espacio territorial*⁴.

A segunda idade (da escritura, da lei escrita e do surgimento do Estado), possui uma característica diversa. Enquanto no primeiro momento os costumes e as tradições eram passados de geração em geração através da palavra *falada*, na segunda idade tais ideias começam a ser fixadas em pequenos *escritos*. Assim que o ato de escrever se proliferou e se arraigou, os costumes passaram a ser reproduzidos e ordenados, dando origem às primeiras leis *escritas* e, como consequência lógica e natural, à possibilidade de discussão sobre aquilo que estava estabelecido entre os povos, já que nem sempre a língua escrita conseguia representar, com exatidão, o comando emergente do costume arraigado. Além disso, as formas de compreender a língua escrita passaram a variar no tempo, ensejando interpretações divergentes sobre o mesmo conteúdo⁵. Não havia unidade de pensamento.

As pessoas que viviam em sociedade começam, então, a verificar a necessidade de se organizarem. Uma organização que consiga promover a evolução do povo. Porém, para que isso fosse concretizado, era necessário organizar politicamente aquele grupo

² WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 63.

³ HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Granada: Comares, 2003, p. 33.

⁴ HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Granada: Comares, 2003, p. 37/38.

⁵ HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Granada: Comares, 2003, p. 38/49.

de pessoas, o que somente se tornou possível com a centralização do poder político. Inicia-se o nascimento do Estado que, segundo Jellinek⁶ possui o

carácter de asociación de un pueblo, poseedora de una personalidad jurídica soberana que de un modo sistemático y centralizador, valiéndose de medios exteriores, favorece los intereses solidarios individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común.

O Estado, portanto, assume o papel de assegurar e controlar o constante desenvolvimento da natureza humana, caracterizado por uma organização política centralizada que contemplasse, acima de tudo, a proteção à propriedade privada (que era sinônimo de poder para aqueles que a possuíam) e a irrestrita liberdade do indivíduo, em si mesmo considerado.

É possível concluir que o Estado não é um produto mágico, que foi produzido pela arte do encantamento ou que surgiu através de milagres. O Estado, na realidade, representa, apenas, uma etapa da evolução da natureza humana, quando os homens decidem se organizar para o *melhor* desenvolvimento.

Nas palavras de Carlos Ayres Britto⁷, “o Estado e seu governo existem para servir à sociedade; a sociedade não pode ter outro fim que não seja a busca da felicidade individual dos seus membros e a permanência, equilíbrio e evolução dela própria”. O Estado, assim, é a expressão de uma série de acontecimentos da vida social; é uma realidade humana; é o resultado de um conjunto de fenômenos reais de integração coletiva com um especial sentido, qual seja, o sentido político.

Ocorre que toda esta organização estava calcada em outro fenômeno. Não se tornava possível estabelecer uma sociedade, sem respeito aos costumes já sedimentados. A escrita, neste contexto, assume um papel de extrema importância. As primeiras leis, reprodutoras dos costumes então existentes, também representavam a organização da evolução da sociedade. Afinal de contas, uma organização dependia do profundo respeito a questões da vida já sedimentadas através da história humana. Era necessário que todos

⁶ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. México: FCE, 2000, p. 262.

⁷ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 21.

respeitassem os comportamentos descritos. Este é o nascimento do Direito que, portanto, também pode ser considerado como a cristalização, em forma normativa, de uma série de processos de vida coletiva.

O Direito, assim, é um sistema organizado de valores, de princípios e de instrumentos técnicos, expressos por regras de conhecimento dos quais não se pode desprezar os fundamentos nem as manifestações concretas ou formais. Por isso, a necessidade de efetuar-se o estudo da relação envolvendo o Estado e o Direito.

1.2. O Estado e sua ligação com o Direito.

A ligação entre Direito e Estado é tão próxima que Hans Kelsen⁸ chega a definir o Estado como sendo “uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o Direito”. E, prossegue dizendo que o

Estado é descrito como o poder que se encontra por trás do Direito, que impõe o Direito. Na medida em que tal poder existe, ele nada mais é que o fato de que o Direito em si é efetivo, de que a ideia de normas jurídicas prevendo sanções motiva a conduta dos indivíduos, exerce uma compulsão psíquica dos indivíduos⁹.

Do ponto de vista estritamente jurídico, o Estado, portanto, se expressa *como* o Direito e *através* do Direito. Para Eduardo Garcia Maynes¹⁰, o Estado é “la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio”. No entanto, quando se analisa a expressão normativa e concebe-se a ideia de Estado como sistema da ordem jurídica vigente, torna-se imprescindível não distanciá-lo da realidade existente e dos valores já arraigados na sociedade, já que estes acontecimentos na vida humana produzem e mantêm viva a ordem jurídica e política.

É por isso que o Estado, nas palavras de Luis Recasens Siches¹¹, não

⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 273.

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 274.

¹⁰ MAYNES, Eduardo Garcia. **Introducción al estudio del Derecho**. México: Porrúa, 1974, p. 98.

¹¹ SICHES, Luis Recasens. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 347/364.

coincide *exatamente* com o sistema normativo da ordem jurídica. O Estado é criado para a proteção do indivíduo. É um órgão que vai proteger a sociedade civil e aquilo que integra tal sociedade (grupo de pessoas)¹². Num primeiro momento, esta proteção está calcada, apenas, no conceito de liberdade do indivíduo em si mesmo considerado, como pressuposto da existência do Estado. Neste ponto, Hegel¹³ chega a afirmar que

o Estado é a realidade da liberdade concreta. Mas liberdade concreta consiste em que a individualidade pessoal e seus interesses particulares não apenas alcancem seu desenvolvimento completo e ganhem reconhecimento explícito para seu direito (como ocorre na esfera da família e da sociedade civil), mas, em primeiro lugar, que também passem de sua própria vontade para o interesse universal e, em segundo lugar, conheçam e queiram o universal; que o reconheçam inclusive como sua própria mente substantiva; que o considerem como seu fim e meta e sejam ativos nesta busca.

Na relação entre Estado e Direito, Antônio Carlos Wolkmer leciona que o Estado configura-se como uma organização de caráter político, que visa à regulamentação da força, que está alicerçada em uma ordem coercitiva, tipificada pela incidência jurídica. O Estado, portanto, legitima o seu poder pela segurança e pela validade que é oferecida pelo Direito¹⁴. Afirma, ainda, Antônio Carlos Wolkmer¹⁵, que diante da estreita ligação entre Direito e Poder Político, é essencial que a ordem jurídica, que organiza e justifica o exercício do poder em uma sociedade, venha a ser justa e moralmente compartilhada pelos membros da comunidade.

Esta necessidade também não surge do *nada*. A centralização do poder político na mão de uma pessoa (fase do Estado Absolutista) apresenta as suas *facetas* perversas. Os costumes, convertidos em normas escritas, não eram respeitados pelos detentores do poder, sob o argumento falacioso (mas, acreditado por todos) de que eram os legítimos representante de Deus na Terra. Pode-se dizer que havia um *distanciamento* entre o Estado e o Direito.

As camadas mais pobres da população eram obrigadas a respeitar as normas

¹² Definição apresenta pelo Professor Fernando Rodrigues Martins, durante suas aulas no curso de Mestrado em Direito Público, com ênfase em Direitos e Garantias Fundamentais, na cadeira de Teoria Geral do Direito Público, no primeiro semestre letivo de 2010.

¹³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Os grandes filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 323.

¹⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 74.

¹⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 80.

então existentes, fato que não acontecia com aqueles que editavam tais regras de conduta. A história demonstra, inclusive, que simples caprichos daqueles que detinham o Poder prevaleciam, até mesmo, em desrespeito às pessoas dos súditos. Os mais pobres, que não tinham possibilidade de ascensão ao poder, eram alijados da sociedade. Tornava-se necessário *brecar* esta postura, criando-se limitações ao Poder, o que apenas se mostrou possível quando do advento da chamada idade constitucional¹⁶.

Conforme expõe Maurice Hariou¹⁷, era necessário limitar o poder de atuação do Estado por meio das regras de direito. Havia, como exposto por Jellinek¹⁸, um dilema na relação envolvendo o Direito e o Estado que consistia, basicamente, na obrigação deste último em respeitar as normas por ele próprio criadas, já que, em última análise, a vontade do Estado era, no fundo, a vontade humana daqueles que dirigiam o Estado. Discutia-se, inclusive, se a limitação do Estado ao Direito não afrontaria a soberania daquele ente que, neste momento, era considerada absoluta.

A solução encontrada para este dilema repousa na concepção de que Poder e Direito não podem ser considerados de forma absolutamente separados, como até então era feito. O Poder é o criador do Direito, uma vez que as regras de direito positivo emanavam do Poder. Além disso, estas regras, para que fossem aplicadas na sociedade, deveriam ser sancionadas pelo Poder. Portanto, o Poder estaria, apenas, criando normas, por ele mesmo editadas, limitando o seu *próprio* campo de atuação, o que não implica em violação à *soberania*. Surge, com isso, o chamado Estado de Direito, ou melhor, a submissão do Estado ao Direito.

O Estado, portanto, não podia apenas criar as leis; deveria, também, a elas se submeter. As nações, então, resolvem reagir, procurando restaurar no Estado uma ordem jurídica e política baseada nas crenças morais, que não poderia, em hipótese alguma, ser derogada pelos atos praticados por aqueles que detinham o poder. Os Estados começam a experimentar a necessidade de limitar o poder político não somente por regras *gerais*, mas também por regras *especiais*. Este movimento pressupõe a ideia da noção fundamental da

¹⁶ HARIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Granada: Comares, 2003, p. 49/50.

¹⁷ HARIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Granada: Comares, 2003, p. 28/50.

¹⁸ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. México: FCE, 2000, p. 197/233.

Constituição de um Estado, concebida, assim, como um estatuto *permanente*. Surgem, com isso, as primeiras Constituições escritas, que se revelam como a expressão da crença de uma ordem do Estado, distinto da atividade governamental, superior a esta e que, em regra, não se deveria modificar.

A Constituição de um Estado, portanto, segundo Hariou¹⁹ seria “el conjunto de reglas relativas al gobierno y a la vida de la comunidad estatal, consideradas desde el punto de vista de la existencia fundamental de ésta”. Um conjunto de normas que versem, não apenas sobre a organização social (liberdades individuais, por exemplo), mas também, as relativas à organização política e de funcionamento do governo. Surgem, ainda, as primeiras declarações de direitos, como decorrência da necessidade de que o Estado respeite as bases desta ordem social, ainda individualista²⁰. As Constituições, nas palavras de Hegel²¹, seriam, portanto, “os pilares da liberdade pública, posto que nelas a liberdade particular é realizada e racional e, portanto, está implicitamente presente até nelas a união da liberdade e da necessidade”.

A mera limitação do Poder nas Constituições ainda não era suficiente, considerando que a ordem jurídica não oferecia as garantias necessárias a respeito da forma pela qual o Poder seria exercido (notadamente diante de um concreto *receio* de exercício arbitrário, fruto da vivência histórica), além do fato de que não era possível estabelecer a direção (para o benefício ou malefício) que o poder seria utilizado pelos homens que o dirigiam. Ganha realce, neste compasso, a doutrina dos freios e contrapesos ou divisão de poderes que, na realidade, propõe, como finalidade principal, fixar limites à arbitrariedade inevitável dos órgãos supremos do Estado.

O Estado, portanto, deveria se organizar. Esta organização estava disciplinada em uma norma, que seria a base desta sociedade politicamente organizada: a Constituição, que, acima de tudo, recupera e traz para dentro da organização política os valores existentes na sociedade. Esta Constituição, assim considerada como *norma*

¹⁹ HARIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Granada: Comares, 2003, p. 325.

²⁰ Por concepção individualista entende-se que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 56).

²¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Os grandes filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 324.

fundamental do Estado, estipulava a divisão do Poder em três espécies: o Poder Legislativo, com a função precípua de editar as regras de conduta que deveriam ser respeitadas, não apenas pelas pessoas que vivem em sociedade, mas também pelo próprio Estado; o Poder Executivo, cuja tarefa principal está calcada no escopo de fazer com que todos (as pessoas e o próprio Estado) cumpram as normas então criadas; e o Poder Judiciário, a quem seria conferido o papel de resolver os conflitos existentes na sociedade.

Tais poderes são distintos e independentes, porém, com limitações recíprocas (*cheks and balances*). E, com base neste contexto, Jellinek, citado por Maynes²², define a Constituição como sendo o conjunto de “reglas jurídicas que determinan los órganos supremos de éste; su modo de creación; sus relaciones recíprocas; su competencia; y la posición de cada uno en relación com el poder estatal”.

O Estado, assim, é uma organização jurídica que exerce o seu poder dentro de um determinado espaço territorial. Uma organização calcada na Constituição, que servirá de fundamento de existência, validade e eficácia para as demais leis. A evolução do Estado e da Constituição está, como foi visto, diretamente relacionada ao desenvolvimento da pessoa humana. Como aduz Hegel²³,

o Estado, na condição de espírito de uma nação, tanto é lei que permeia todas as relações dentro do Estado como também, ao mesmo tempo, os costumes e a consciência de seus cidadãos. Conclui-se, portanto, que a Constituição de qualquer nação dada depende, em geral, do caráter e do desenvolvimento da autoconsciência.

1.3. O Estado Liberal, o Estado Social e os Direitos Fundamentais.

Ultrapassada a etapa referente ao surgimento e evolução do Estado, inicia-se o momento de analisar as suas principais espécies, além da direta relação com os Direitos Fundamentais. E, como afirma Daniel Sarmiento²⁴, “é possível dividir a trajetória histórica dos direitos fundamentais na Modernidade em duas grandes fases, que correspondem, reciprocamente, ao Estado Liberal e ao Estado Social”. Este é o tema a ser enfrentado a partir

²² MAYNES, Eduardo Garcia. **Introducción al estudio del Derecho**. México: Editorial Porrúa, 1974, p. 108.

²³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Os grandes filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 327.

²⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 05.

de agora.

1.3.1. O Estado Liberal.

A marca central do Estado Liberal era sua concepção iluminista em relação ao ser humano. Entendia-se, como expõe Sarmento²⁵, que “homem é dotado de direitos inatos, que precedem o Estado e a comunidade política, e que tem de ser respeitados e garantidos pelo Poder Público”. Esta “é uma ideia essencialmente iluminista, que encontrou sua expressão mais eloquente no constitucionalismo, movimento que traduziu, no âmbito jurídico, os ideais dos filósofos da Ilustração”²⁶.

Todo homem nasce livre e, neste aspecto, todos são iguais. Eram considerados, portanto, direitos fundamentais a liberdade e a igualdade substancial. E, conforme ensinamentos de Norberto Bobbio²⁷, a “liberdade significa ora a faculdade de cumprir ou não certas ações, sem o impedimento dos outros que comigo convivem, ou da sociedade, como complexo orgânico ou, mais simplesmente, do poder estatal”. Neste sentido, conclui o autor italiano que o Estado Liberal “é aquele no qual a ingerência do poder público é a mais restrita possível”²⁸.

Para Zagrebelsky²⁹, o Estado Liberal de Direito caracterizava-se pela supremacia da lei sobre a administração, pela subordinação da lei, e somente da lei, dos direitos dos cidadãos, com exclusão, portanto, da incidência dos poderes autônomos da administração sobre tais pessoas e com a presença de juízes independentes, com competência exclusiva para aplicar apenas a lei às controvérsias surgidas entre os cidadãos e entre estes e a administração do Estado. Deste modo, o Estado Liberal assumia um significado que compreendia a representação eletiva, os direitos dos cidadãos e a separação de poderes; possuía, assim, um significado particularmente orientado à exclusiva proteção dos cidadãos

²⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 06/07.

²⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 06/07.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 101.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 101.

²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 2009, p. 21/41.

frente à arbitrariedade da administração. O Estado Liberal de Direito era um Estado Legislativo que se afirmava sobre o princípio da legalidade (ou seja, que expressa a ideia de que a lei é um ato normativo supremo).

Explica Norberto Bobbio³⁰, com apoio em Kant, que a liberdade jurídica não significaria a faculdade de se fazer tudo aquilo que quiser, desde que não traga injustiça para os outros; na realidade, ela deveria ser concebida como a faculdade de não obedecer a outras leis externas senão aquelas às quais foi possível dar a sua anuência. Assim, a liberdade jurídica, na visão *kantiana*³¹, seria o poder de dar coletivamente a lei a si mesmo, fato que faz coincidir o conceito de liberdade com o de autonomia política. Por isso, apoiado na doutrina de Kant, Norberto Bobbio³² chega a afirmar que “o fim do Estado não é a felicidade, mas a liberdade garantida pelo Direito” e, calcado na visão jusnaturalista, afirmou que:

o homem tem direitos inatos e adquiridos; e o único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída, é a liberdade, isto é, a independência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro, ou, mais uma vez, a liberdade como autonomia³³.

São por estas razões que a liberdade era entendida, na visão do chamado *Estado Ideal*, como sendo o direito de não sermos obstaculizados, neste ou em outro campo da própria atividade, pela Constituição estatal. Em visão oposta, Bobbio chega a ressaltar o entendimento de Marx³⁴, no sentido de que o Estado, na verdade, não deveria se interessar pela preservação do bem comum, já que este não possuía a finalidade de garantir o bem viver de todos os membros da sociedade, mas, tão somente, daqueles que eram os detentores do poder.

Para a garantia dos direitos de liberdade e da igualdade formal (ou seja, a

³⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 110.

³¹ A visão *kantiana*, em nosso entendimento, mostrava-se um pouco diversa da regulamentação existente naquela época. Veja que o artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, previa que a liberdade consistia, basicamente, em se poder fazer tudo aquilo que não prejudica a um outro, além do fato de que os limites ao exercício desta liberdade apenas poderiam ser estabelecidos por lei.

³² BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 110.

³³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 49.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 110.

igualdade perante a lei, sem qualquer *temperamento*), a postura do Estado Liberal era simplesmente não-intervencionista. Como afirma Sarmento³⁵, “o essencial era salvaguardar as liberdades privadas do indivíduo, o que impunha o estabelecimento de limites ao exercício do poder político. O Estado era visto como um adversário da liberdade, e por isso cumpria limitá-lo, em prol da garantia dos direitos do homem”. No mesmo sentido, ensina Paulo Bonavides³⁶, ao afirmar que “quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse”. Neste contexto, os direitos fundamentais eram concebidos, apenas, como limites para a atuação dos governantes, em prol da ampla liberdade dos governados.

Wilson Steinmetz³⁷ expõe que nos primeiros momentos do movimento constitucionalista é possível identificar a existência de dois pilares estruturantes, no Estado Liberal de Direito: o reconhecimento de direitos fundamentais (direitos de abstenção do Estado, calcados, apenas, no primado da liberdade e proteção à propriedade, que significa o Poder) e o princípio da separação dos poderes.

Nesse compasso, os direitos fundamentais, que figuram como direitos naturais dos homens, porém, positivados, se constituiriam em limites externos ao poder do Estado. Tais direitos seriam, assim, preexistentes à figura do Estado, razão pela qual dele não dependiam para a sua existência. Com isso, o Estado possuía a obrigação, não só de reconhecê-los, mas, principalmente, de garanti-los. A finalidade principal do Estado Liberal de Direito era impedir a arbitrariedade (abusos de poder) do Estado contra os indivíduos e a sociedade civil. Os direitos fundamentais e a separação dos poderes se apresentavam como mecanismos constitucionais adequados para esta limitação ao poder estatal.

Neste mesmo diapasão, Karl Larenz³⁸ afirma que os direitos de liberdade foram inicialmente concebidos como simples meios de defesa do indivíduo frente ao poder

³⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 08.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2007, p.6 0.

³⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 66/69.

³⁸ LARENZ, Karl. **Derecho justo: Fundamentos da etica juridica**. Madri: Civitas, 1991, p. 61.

excessivo do Estado, na luta contra o absolutismo dos príncipes. Segundo Maynes³⁹, nesta época, os indivíduos possuíam apenas direitos que se poderiam fazer valer frente ao Estado. Primeiramente, as pessoas, enquanto membros de uma comunidade política, encontravam-se sujeitas a um poder limitado, razão pela qual o Estado não poderia intervir na relação entre eles; a atuação do Estado, no particular, teria uma conotação meramente negativa. Como expõe Sarmiento⁴⁰:

na lógica do Estado Liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia de liberdade individual. O Estado deveria reduzir ao mínimo a sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa. Entendia-se, então, que a sociedade e Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, aos quais corresponderiam, reciprocamente, os domínios do Direito Público e do Direito Privado. No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.

A importância do direito de liberdade, inclusive, encontrava sua inspiração dentro das primeiras codificações e declarações de direitos⁴¹. O direito civil, que regulamentava a relação entre os indivíduos, era a centralidade de todo o ordenamento jurídico então vigente. Assim, em conjunto com o paradigma da liberdade, o pensamento dominante era no sentido de que os homens, pela sua natureza, eram todos formalmente iguais.

1.3.2. A mudança de paradigma: a Encíclica *Rerum Novarum* e o surgimento do Estado Social.

A postura não intervencionista do Estado, segundo Habermans⁴², protegia os

³⁹ MAYNES, Eduardo Garcia. **Introducción al estudio del Derecho**. México: Editorial Porrúa, 1974, p. 101.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13.

⁴¹ Segundo CARL SCHMITT, a primeira declaração de direitos foi emitida pelo Estado da Virgínia, nos EUA, em 1776, dispondo que os principais direitos fundamentais eram a liberdade, propriedade privada, seguridade, direito de resistência e liberdades de consciência e religião; a Declaração Francesa de 1789, proclamava como direitos fundamentais a liberdade, a propriedade, a seguridade e o direito de resistência, porém, não consagrava a liberdade de religião nem a liberdade de associação; na Alemanha, em dezembro de 1848, a Assembleia Nacional de Frankfurt proclamou uma série de direitos fundamentais do povo alemão, entre elas a liberdade de residência, igualdade perante a lei, liberdade da pessoa, da crença e da consciência. (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 2001, p. 164/185).

⁴² HABERMANS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo

espaços de ação individual, na medida em que fundamentava pretensões, reclamáveis judicialmente, apenas em face de eventuais intervenções do Estado (que eram, então, consideradas ilícitas) na liberdade, na vida e na sociedade. A autonomia privada era garantida nessa esfera e colocada sob a proteção do direito. A igualdade formal entre as pessoas, nas relações privadas, era toda a base do ordenamento jurídico existente. Ocorre que

o princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver; os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis. Em suma, segundo esse conceito de igualdade que veio a dar sustentação jurídica ao Estado liberal burguês, a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie⁴³.

Como expõe Segadas Vianna⁴⁴, se o liberalismo, por si só, não era gerador de desigualdade, é certo que graças a sua sombra haviam sido cometidos os maiores abusos dos fortes contra os fracos com a anulação da liberdade, e o Estado passara, sob o domínio capitalista, a ser um instrumento de opressão contra os menos desfavorecidos. Com o avanço da sociedade, a industrialização e o início do movimento capitalista, a exploração do homem passou a se tornar uma realidade absolutamente marcante.

Pessoas em estado de absoluta miséria, a lucratividade desenfreada dos detentores do meio de produção como política econômica ativa, trabalhadores submetidos a uma jornada de trabalho extenuante (14 a 16 horas por dia, em média), são algumas das consequências do Estado não-interventor.

A visão preponderante desta época, em relação ao Estado, apenas colaborava com a marcante desigualdade existente no seio da sociedade. “Em nome da liberdade, que não podia sofrer restrições sob o pretexto da autonomia contratual, abstinha-se, entretanto, o legislador de tomar medidas para garantir uma igualdade jurídica que desaparecia diante da desigualdade econômica”⁴⁵.

Brasileiro, 2003, p. 116/117.

⁴³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>. Acessado em 29.06.2010.

⁴⁴ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; LIMA TEIXEIRA, João de. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2000, p. 36.

⁴⁵ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; LIMA TEIXEIRA, João de. **Instituições**

E, nas precisas lições de Gustavo Tepedino⁴⁶, o dirigismo contratual, a formulação de novos meios de controle e participação social, somada à democracia capitalista globalizada, determinaram a adoção de uma nova postura pelo Estado. Os instrumentos de proteção aos direitos do homem mostravam-se de pouca serventia se as políticas públicas e as atividades econômicas privadas escapassem dos mecanismos de controle jurídico, incrementando a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Com o desenvolver da história, o constituinte passa, então, a eleger a dignidade da pessoa humana como valor máximo do sistema normativo, excluindo alegações de que, baseadas na liberdade inata, desconsiderem a plena realização da pessoa. Fala-se, com isso, em *solidariedade constitucional*⁴⁷.

E, como acentua Othon Azevedo Lopes⁴⁸

Não é exagero afirmar que, a partir de então, consolidou-se uma nova concepção de Direito e de Estado, com a introdução de novos institutos e conceitos, tais como Constituição e divisão de poderes, e com a revisão das antigas formulações jurídicas e políticas para que estas se adaptassem à nova ideia de dignidade da pessoa humana. A sociedade e os institutos jurídicos anteriores estavam impregnados por uma concepção estamental de sociedade e por privilégio de origem divina. Em função da consolidação da ideia de dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos, formou-se uma nova ordem para possibilitar a implantação da liberdade e da igualdade.

Neste momento, a figura do ser humano deixa de ser analisada de forma isolada no mundo, para ser vista como membro de uma sociedade que deveria ser mais justa, igualitária e, acima de tudo, fraterna. O Estado, segundo Segadas Vianna, deveria tornar-se instrumento de justiça, através de intervenções para conter e reprimir interesses individuais

de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2000, p. 37.

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. **A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas.** In: Temas de Direito Civil, Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 41/46.

⁴⁷ O princípio da solidariedade constitucional está expressamente previsto no artigo 3o, inciso I, da CF/88, exigindo que o Estado garanta a efetivação dos direitos fundamentais, a promoção do bem-estar social geral das pessoas, a criação de mecanismos e incentivos de cooperação social e ajuda mútua entre os particulares, ou seja, que o Estado fomente a solidariedade nas relações, em prol do bem-estar geral das pessoas (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 117/121).

⁴⁸ LOPES, Othon de Azevedo. **A dignidade da pessoa humana como princípio jurídico fundamental.** In: Estudos de Direito Público: Direitos Fundamentais e Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 197/198.

meramente privados em prol dos interesses coletivos, mantendo, com isso, o equilíbrio entre os diversos fatores da produção e, portanto, uma melhor repartição das riquezas, base do bem-estar social⁴⁹.

Os primeiros passos para a desconstrução do Estado Liberal e surgimento do Estado Social são percorridos pela Igreja Católica. Como observa, com propriedade, José Augusto Rodrigues Pinto⁵⁰:

A Igreja Católica Romana jamais deixou a sua vocação de nascença para ser um poder de ordem universal, ora paralelo, ora dissociado e, às vezes, amalgamado com o Estado. Observadas as variações de intensidade de influência, no tempo e no espaço, o fato é que nunca deixou de existir e repercutir, até sobre grupos participantes de outras crenças ou religiões. Logicamente, fiel à sua vocação e estrutura do poder, a Igreja, do mesmo modo que o Estado, não conseguiria manter-se impermeável aos impactos das transformações econômicas e sociais forçadas pela nova realidade da Revolução Industrial. A participação eclesiástica nesse processo assemelhou-se à estatal aos novos fatos, isto é, não foi imediata. Compreende-se mesmo que tenha guardado a dilação necessária para absorver e analisar os efeitos do fenômeno socioeconômico em marcha à sua volta. Embora não se possa dizer que os eclesiásticos tivessem ficado, antes disso, inteiramente alheios a outras modificações processadas com notável intensidade no começo do Século XIX, somente em 1891, como instituição, pela voz de seu chefe universal, a Igreja iniciou uma participação efetiva e, daí por diante, continuada, no acompanhamento das alterações forçadas pela irreversível sociedade industrial. Sua entrada em cena foi tão vigorosa que, hoje, é indicada como um dos marcos da evolução universal do Direito do Trabalho. Seu veículo foi a encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, centrada na questão social, em seu todo, e nos grandes problemas despertados pela necessidade de dignificar a condição humana do trabalhador, em particular.

A igualdade formal não correspondia, de forma alguma, à efetiva igualdade substancial (ou seja, a igualdade no mundo real), já que, como assevera Fernando Bastos Ferraz, entre ambas existe uma enorme diferença. A igualdade material ou substancial recomenda que se levem em conta as desigualdades concretas existentes no seio da sociedade, com o tratamento dessemelhante destas situações, porque assim torna-se possível evitar o aprofundamento e a perpetuação da desigualdade engendrada pela própria sociedade⁵¹.

⁴⁹ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; LIMA TEIXEIRA, João de. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2000, p. 37.

⁵⁰ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTR, 2007, p. 40.

⁵¹ FERRAZ, Fernando Basto. **Princípio constitucional da igualdade**. São Paulo, Revista LTR 69-10, 2005, p. 1199.

Começa a surgir, então, a concepção do conceito de igualdade substancial ou material⁵², em contraposição à mera igualdade formal. A igualdade substancial é, portanto, um produto do Estado Social de Direito que, segundo Joaquim B. Barbosa Gomes, propugna especial atenção por parte não só do legislador, mas também dos aplicadores do Direito, à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma da liberdade meramente formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas⁵³. Nesta esteira de raciocínio, expõe Böckenförde⁵⁴ que:

la libertad jurídica igual para todos engendra, si se realiza, una (nueva) desigualdad social. No se puede querer anular este resultado diverso de la libertad sin que la libertad misma, como oportunidad real de desarrollo para el individuo, se anule. Libertad significa, necesariamente, la asunción de la desigualdad social.

A ideia da igualdade material está, portanto, diretamente relacionada a um modelo de sociedade que começa a surgir, na segunda metade do Século XIX: é o chamado Estado do Bem Estar Social, caracterizado pelo fato de que o trabalho e, principalmente, a pessoa humana, foram colocados no lugar central de integração da sociedade e das formas de redistribuição das riquezas entre os povos. A encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, datada de 15.05.1891, como afirma Segadas Vianna⁵⁵, “marca o ponto culminante da participação da Igreja na solução do problema social”. No que diz respeito ao trabalho, a Igreja Católica passa a afirmar que:

deve ser considerado, na teoria e na prática, não mercadoria, mas um modo de expressão direta da pessoa humana. Para a grande maioria dos homens, o trabalho é a única fonte dos meios de subsistência. Por isso, a sua remuneração não pode deixar-se à mercê do jogo automático das leis do mercado; pelo contrário, deve ser estabelecida segundo as normas de justiça e da equidade, que, em caso contrário, ficariam profundamente lesadas,

⁵² Segundo Fernando Basto Ferraz, “o conceito de igualdade material ou substancial recomenda que se levem na devida conta as desigualdades concretas existentes na sociedade, devendo as situações serem tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade” (FERRAZ. Fernando Basto. **Princípio constitucional da igualdade**. São Paulo, Revista LTR 69-10, 2005, p. 1199).

⁵³ GOMES. Joaquim B. Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>. Acessado em 15.12.2010.

⁵⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 86.

⁵⁵ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; LIMA TEIXEIRA, João de. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2000, p. 95.

ainda mesmo que o contrato de trabalho fosse livremente ajustado por ambas as partes⁵⁶.

Sobre a importância destacada ao ser humano pela referida encíclica papal, afirma Maria Cristina Irigoyen Peduzzi⁵⁷:

Constatados os efeitos nefastos das Revoluções Industriais, pela precariedade das condições de trabalho, aos operários, propôs soluções conforme a justiça e com a equidade, condenou a cobiça e a concorrência desenfreadas, combateu o socialismo, o comunismo e as greves, defendeu a propriedade particular, o trabalho como meio universal de prover às necessidades da vida e o justo salário. (...) A dignidade, como vista e adotada pela Encíclica *Rerum Novarum*, tem conotação religiosa, de respeito ao ser humano enquanto cristão, vinculando-a, no que diz respeito ao trabalhador, às virtudes inerentes aos seres humanos.

É importante deixar consignada a posição de que a referida encíclica não foi a *responsável* pela criação do Estado Social. Não se pretende, portanto, fundamentar toda a origem desta nova concepção de Estado com base, apenas, no documento papal. Na verdade, diante dos estritos limites deste estudo, procurou-se apenas demonstrar a importância conferida à Encíclica *Rerum Novarum* na formação de uma sociedade mais justa e igualitária, numa época em que a exploração de mão-de-obra era a marca existente, por força do momento histórico que então se vivenciava.

Para Mauricio Godinho Delgado⁵⁸, o Estado do Bem Estar Social “sintetiza, em sua variada fórmula de gestão pública e social, a afirmação de valores, princípios e práticas hoje considerados fundamentais: democracia, valorização do trabalho e do emprego, justiça social e bem-estar”. Para Böckenförde⁵⁹, o Estado Social mostra-se como sendo o “título jurídico para compatibilizar la libertad de derecho fundamental de uno, no sólo con la libertad jurídicamente igual del outro, sino, también, com su posibilidad de realización, y de esta forma poner a su extensión medida y limite”. Expõe, ainda, Delgado que

⁵⁶ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; LIMA TEIXEIRA, João de. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2000, p. 94.

⁵⁷ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTR, 2009, p. 25.

⁵⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **O Estado do Bem Estar Social no Capitalismo Contemporâneo**. Revista LTR 71-10, 2007, p. 1160.

⁵⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 70.

o primado do trabalho e do emprego na sociedade capitalista começa a se estruturar nesta época, traduzindo a mais objetiva, direta e eficiente maneira de propiciar igualdade de oportunidades, de consecução de renda, de alcance de afirmação pessoal e de bem-estar para a grande maioria das populações na sociedade capitalista. Afirmar-se o trabalho e, particularmente, o emprego, significa garantir-se poder a quem originariamente é destituído de riqueza; desse modo, consiste em fórmula eficaz de distribuição de renda e poder na desigual sociedade capitalista⁶⁰.

Em nome da solidariedade, fruto do Estado do Bem Estar Social, substitui-se a igualdade pura pela igualdade jurídica, como regra de direito que impõe o interesse geral sobre o particular sem que, no entanto, se anule a pessoa do indivíduo. E, para que esta igualdade pudesse ser alcançada, o Estado começa a ser obrigado a atuar de forma positiva, concedendo aos indivíduos determinadas prestações. Como ressalta Daniel Sarmiento⁶¹, “com o passar do tempo, foi se consolidando a convicção de que, até para o efetivo desfrute dos direitos individuais, era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano”.

1.3.3. O Estado Social e os Direitos Fundamentais.

No Estado do Bem Estar Social, como observa Maynes⁶², a população passa a possuir o direito de exigir do Estado a obtenção de serviços positivos (direito de petição, por exemplo, ou, até mesmo, o direito de que o Estado exerça uma atividade administrativa ao serviço dos interesses individuais), cuja conotação seria marcada pela prática de atos positivos. A grande inovação que se passa a verificar nas Constituições vigentes a partir de então consiste no fato de que:

permeadas pelos ideais humanistas, posicionam o homem no epicentro do ordenamento jurídico, verdadeiro fim em si mesmo, a partir do qual se irradia um farto elenco de direitos fundamentais. Tais direitos tem assento, sobretudo, nas ideias de dignidade da pessoa humana e de Estado democrático de direito, servindo, concomitantemente, à legitimação e limitação do poder estatal⁶³.

⁶⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **O Estado do Bem Estar Social no Capitalismo Contemporâneo**. Revista LTR 71-10, 2007, p. 1160.

⁶¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 17.

⁶² MAYNES, Eduardo Garcia. **Introducción al estudio del Derecho**. México: Editorial Porrúa, 1974, p. 101.

⁶³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 103.

Conforme lições de Gustavo Binenbojm⁶⁴, o indivíduo é, essencialmente, uma parte do todo social e o bem de cada um só se realiza quando é assegurado o bem comum. Assim, torna-se fácil constatar que o pensamento de que existe uma prioridade absoluta do interesse coletivo sobre o individual é incompatível com o Estado Democrático de Direito, na visão social. Como instrumento da proteção e promoção dos direitos do homem, o Estado deve sempre ser o instrumento de emancipação da moral e material dos indivíduos, condição de sua autonomia nas esferas pública e privada.

O Estado, portanto, surge para viabilizar, de forma ordenada e racional, a persecução de projetos e objetivos próprios dos indivíduos. Como ensina Ana Paula de Barcellos,⁶⁵ além de estruturar o Estado, passou-se a reconhecer à Constituição o poder de tomar decisões políticas fundamentais e estabelecer prioridades, fins materiais, objetivos públicos. E, sob a forma de normas-princípios, os valores passaram a ser as ideias centrais das Cartas Constitucionais e, a *fortiori*, dos Estados por ela organizados, independentemente do governo escolhido a cada momento. O Estado e todo o seu aparato, assim, passaram a ser considerados os meios para o bem estar do homem, e não fim em si mesmos ou meios para outros fins⁶⁶.

Procura-se, agora, por meio do Estado, preservar o interesse social, assim definido por Fernando Rodrigues Martins⁶⁷, como aquele que “traduz um anseio da sociedade na preservação do bem comum, nele vivencia-se o desejo de diversos componentes da sociedade, visualizados em conjunto, estando presente ou não o Estado”. Fala-se, com isso, em uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, como expõe Gustavo Tepedino,⁶⁸ ou seja, a Constituição apenas possui um rol de princípios fundamentais para que, no plano hermenêutico, seja possível condicionar e conformar todo o tecido normativo, isto é, todo o plano constitucional, quanto o inteiro ordenamento infraconstitucional. Pretendeu, assim, o legislador

⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 82/83.

⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar., 2002, p. 13/30.

⁶⁶ Neste mesmo sentido, vide BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

⁶⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., p. 167.

⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. **A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas**. In: Temas de Direito Civil, Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 63.

com a fixação da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana acima aludida e, mediante o estabelecimento de princípios fundamentais introdutórios, definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações privadas, que eleva o ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos⁶⁹.

O princípio da dignidade da pessoa humana começa, portanto, nas precisas lições de Fernando Rodrigues Martins⁷⁰ a enformar (ou seja, dar forma) ao novo modelo constitucional e infraconstitucional. Como afirma Sarlet⁷¹,

o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embaixadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.

Neste contexto, o humanismo passa a ser considerado o fim da ordem jurídica. O Direito seria apenas o instrumento para a sua realização. O humanismo é alçado à condição de valor jurídico que passa a ser concretizado mediante figuras jurídicas do Direito⁷². Proclama-se, com isso, a forte tendência de se reconhecer a *força normativa* da Constituição, com a utilização dos princípios como eficazes instrumentos de hermenêutica, na qualidade de fontes e valores que darão unicidade ao sistema, fazendo com que as demais normas a eles estejam adequadas.

As regras jurídicas começam a se transformar em fruto de uma *hipercomplexidade*⁷³, ou seja, verifica-se, em primeiro lugar, a existência de diversas alternativas que poderiam levar à edição de uma lei (a este número de alternativas dá-se o

⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. **A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas**. In: Temas de Direito Civil, Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 63/64.

⁷⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., p. 174.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 62.

⁷² BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 37.

⁷³ Esta expressão foi utilizada por Niklas Luhmann. Para tanto, vide MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2009, p. 181/182.

nome de *complexidade*); desta quantidade de alternativas, serão separadas algumas que melhor se amoldam à solução da situação que está sendo pensada, gerando, assim, uma dúvida sobre qual direção deverá ser escolhida (tal dúvida recebe o nome de *contingência*); e, por fim, escolhe-se apenas uma das alternativas existentes, por considerá-la a mais adequada para o caso concreto (a este ato, dá-se o nome de *escolha, seletividade ou decisão*). Porém, tal escolha sempre deverá estar calcada no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com isso, é possível extrair, pelo menos, duas conclusões, a saber: a primeira, relativa à liberdade, porque esta apenas se justifica na medida em que na sociedade não exista abuso do poder político, sendo o Direito uma das formas de contê-lo; a segunda, relacionada ao Direito e ao Poder, dado que a norma positivada decorre de um processo de decisão, vindo de um poder capaz de escolher a melhor alternativa para a sociedade, porém, calcado na centralidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais, assim, deixam de ser considerados, apenas, como aqueles que geram meras atitudes abstencionistas do Estado. Passam, também, a possuir uma outra função, de matriz positivista, calcado na proteção organizacional do ser humano, com a criação, pelo Estado, de institutos e remédios processuais, além do caráter prestacional (função de auxílio aos mais necessitados, concedendo as benesses que possam garantir a aquisição dos meios necessários para se viver com dignidade, como ocorre, atualmente, com os benefícios concedidos pela Previdência Social) ou de proteção *estricto senso*, calcado na busca da razoabilidade e da justiça⁷⁴.

Os direitos fundamentais, agora, segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁵, passam a ser classificados em dois grupos: em primeiro lugar, os direitos *negativos* (ou seja, direitos de defesa, de abstenção, deduzidos em face do Estado) e os direitos *positivos*, (isto é, direitos a prestações a serem exigidas do Estado).

No primeiro aspecto, os direitos fundamentais constituem-se em “direitos de

⁷⁴ Conforme ensinamentos ministrados pelo Professor Fernando Rodrigues Martins, durante suas aulas no curso de Mestrado em Direito Público, com ênfase em Direitos e Garantias Fundamentais, na cadeira de Teoria Geral do Direito Público, no primeiro semestre letivo de 2010.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, ano I, Vol. 1, 2001, p. 13.

defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade”⁷⁶. Nesta condição, os direitos fundamentais passam a buscar a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade, ao outorgar um direito subjetivo que permita evitar interferências indevidas, além de propiciar a eliminação de eventuais agressões que esteja sofrendo o indivíduo na esfera de sua autonomia pessoal⁷⁷.

No plano das prestações, por sua vez, os direitos fundamentais passam a ser vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, também, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Os direitos a prestações, nesta esteira de raciocínio, objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à aquisição e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos⁷⁸.

De forma pouco diferente, Luís Roberto Barroso⁷⁹ agrupa os direitos fundamentais em quatro categorias: (i) os *direitos políticos*, que abrangem a nacionalidade (o indivíduo é incorporado na comunhão nacional para uma série de efeitos, que compreendem prerrogativas e deveres) e o direito de cidadania (se reconhece ao indivíduo, qualificado por certos requisitos, a capacidade eleitoral – de votar e ser votado); (ii) os *direitos individuais*, também denominados de liberdades públicas, que são a afirmação jurídica da personalidade humana, traçando uma espécie de proteção do indivíduo frente ao Estado; (iii) os *direitos sociais* (assim como os econômicos e os culturais), que possuem a conotação de superar a perspectiva meramente liberal, para considerar o homem além de sua condição meramente individual, fazendo com que surjam para o Estado deveres de prestação positiva, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material; e, finalmente, (iv) os *direitos difusos*, que pertencem a uma série indeterminada de sujeitos e pela indivisibilidade de seu objeto, de forma tal que a satisfação de um dos seus titulares implica na satisfação de

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, ano I, Vol. 1, 2001, p. 13.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, ano I, Vol. 1, 2001, p. 13.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, ano I, Vol. 1, 2001, p. 13.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 99/117.

todos, do mesmo passo que a lesão de um só constitui lesão da inteira coletividade.

Como afirma Fernando Rodrigues Martins⁸⁰, o ato de agir do Estado passa a ser informado pela conciliação de diversos interesses existentes na sociedade, a fim de que o Poder Público possa cumprir a sua obrigação de bem servir a pessoa humana. E, em virtude dessa obrigação, a ciência jurídica avança no sentido de reconhecer, de forma clara e inequívoca, os valores da justiça e da democracia no âmbito constitucional e infraconstitucional. E, ao consignar na Constituição Federal o princípio da dignidade da pessoa humana, o legislador “reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”⁸¹, razão pela qual “dentre as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, destaca-se, pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional”⁸².

Os direitos fundamentais, desta forma, são em sua origem direitos morais, fruto da projeção de valores (liberdade, igualdade e segurança) sobre a ordem jurídica. Por isso mesmo, a constitucionalização destes direitos possui por escopo retirá-los do varejo político, situando-os num patamar superior, inclusive, do próprio poder constituinte derivado. Isso significa dizer, conforme Binenbojm⁸³, que “os direitos do homem ocupam posição de proeminência, no plano axiológico, em relação a qualquer projeto coletivo utilitário; no plano jurídico, tal proeminência decorre de seu *status* constitucional e da condição de cláusulas pétreas da Constituição”.

A lógica dos direitos fundamentais não está calcada na maximização dos interesses de um maior número possível de indivíduos, mas na preservação e na promoção dos valores morais sobre os quais se erigem as noções como a dignidade da pessoa humana.

⁸⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2009, p. 167.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 66.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 79.

⁸³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 85.

A lei maior passa a ser orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, assim definido por Sarlet⁸⁴ como sendo:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Deste princípio deflui a necessidade de estabelecer uma proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais da coletividade promovidos pelo Estado. Tal princípio, em outras palavras, significa que a pessoa humana é o fim, sendo o Estado apenas um instrumento para a garantia da promoção dos direitos fundamentais⁸⁵.

Outro destaque que se confere ao Estado Democrático de Direito, na visão social, como expõe Wilson Steinmetz⁸⁶, é a efetiva afirmação do princípio da constitucionalidade, também denominado de princípio da supremacia da Constituição. Em decorrência deste princípio, surge a chamada *revolução copernicana* no âmbito dos direitos fundamentais, que pode ser conceituada como o fato de que, a partir de agora, não são mais os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas é a lei que se move no âmbito (e para a proteção) dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais *emancipam-se* da lei; ganham autonomia perante a lei; sua consistência jurídica não mais depende da lei. Os direitos fundamentais conquistam o *status* de autênticos direitos jurídicos-constitucionais. A Constituição, assim, passa a ser a *fonte direta e imediata* dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, no marco do Estado constitucional contemporâneo, continuam operando como limites ao poder do Estado. Contudo, diferentemente da época do Estado Liberal, agora a vinculação passa a ser muito mais forte e

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 96.

⁸⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 78/83.

abrangente, já que emana, direta e imediatamente, da Constituição, como fonte normativa fundamental e de hierarquia máxima do ordenamento jurídico. É mais abrangente porque estende-se também ao Poder Legislativo. Inicia-se, assim, aquilo que se convencionou chamar de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ou, ainda, de *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais, assim conceituada:

porque entende-se que a horizontalidade da relação entre particulares é definida por aquilo que os particulares têm em comum do ponto de vista jurídico-formal: (i) são igualmente titulares de direitos fundamentais; (ii) direitos e obrigações, nas relações que mantêm entre si, são regidos, de modo preponderante, pelo direito privado; (iii) no âmbito dos negócios jurídicos e de outros atos jurídicos da vida privada, a autonomia privada, que é a faculdade de livremente autodeterminar-se e autovincular-se para a consecução de auto-interesse, opera como princípio fundamental; e (iv) os particulares não podem usar, entre si, da violência legal, porque essa competência é exclusiva do Estado. Em suma, do ponto de vista jurídico-formal, os particulares estão em um mesmo horizonte⁸⁷.

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, além de ser uma imposição da Constituição, se transforma em um instrumento socialmente necessário para a preservação e promoção dos direitos fundamentais ante as transformações, sobretudo no plano das relações de poder, das sociedades capitalistas contemporâneas. Dizendo de outro modo, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais além da relevância constitucional possui relevância social⁸⁸.

O direito civil deixa de ser o centro do ordenamento jurídico. A centralidade, agora, está diretamente calcada na pessoa humana. E, isso decorre, principalmente, do fato de que os poderes privados, caso não sejam limitados e controlados pelo Poder Público, se transformam em uma ameaça concreta à realização do projeto delineado pela Constituição, calcado numa sociedade livre, justa e solidária, numa sociedade em que os direitos fundamentais são dotados de eficácia jurídica, tanto no plano das relações verticais (ou seja, entre o indivíduo e o Estado) como nas relações horizontais (isto é, entre os particulares).

⁸⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 58.

⁸⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 85/90.

É de se ressaltar, como bem expõe Wilson Steinmetz⁸⁹, que ainda não há uma decisão explícita e de caráter geral sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Porém, numa enunciação concisa, a Constituição pode ser definida como a estrutura normativa básica ou fundamental do Estado e da sociedade brasileiros.

É certo que do ponto de vista político-ideológico, a Constituição representa um projeto liberal de sociedade. Contudo, trata-se de um liberalismo humanizado, democrático e socialmente orientado; de um liberalismo temperado pela dignidade da pessoa humana, pelos direitos e garantias fundamentais, pela democracia e pelas aspirações de igualdade, de bem-estar e de justiça sociais. Ao lado do princípio da livre iniciativa, assegurador da economia de mercado e do princípio geral de liberdade, estão o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos e as garantias fundamentais, o princípio democrático, o princípio da igualdade e o princípio objetivo de construção de uma sociedade justa e solidária.

Desta forma, a supremacia da Constituição pode ser considerada como o primeiro fundamento, de matriz constitucional, a favor da eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares. A Constituição, como já foi dito, é a fonte direta e imediata dos direitos fundamentais. Este princípio ordena, por exemplo, o respeito à pessoa como ser autônomo, livre e valioso em si mesmo; o reconhecimento de cada pessoa, independentemente de particularidades (traços ou características) e vicissitudes pessoais e sociais, como ser singular, único e irrepetível; o reconhecimento de cada pessoa como manifestação concreta da humanidade; e, a criação de condições, oportunidades e instrumentos para o livre desenvolvimento da pessoa. O princípio da dignidade da pessoa humana proíbe, ainda, a coisificação da pessoa; a funcionalização (política, social, econômica, religiosa, científica ou técnica) da pessoa; a privação da pessoa de condições e de meios necessários para uma sobrevivência livre, autônoma e decente; a submissão da pessoa a uma posição servil⁹⁰.

⁸⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 97/100.

⁹⁰ Interessante é a abordagem trazida por Maria Cecília Bodin de Moraes, ao afirmar que “o substrato material da dignidade deste modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: (i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; (ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; (iii) é dotado de vontade livre, de auto-determinação; (iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”. E, prossegue afirmando que “Esta decomposição serve, ainda, para demonstrar que, embora possa haver conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas –

Como se vê, conforme expõe Sarlet⁹¹,

Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e a fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade).

Neste contexto, pode-se concluir que o princípio da dignidade da pessoa passa a impor limites à atuação do Estado, objetivando impedir que o poder público viole a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente a proteção, a promoção e a realização concreta de uma vida com dignidade para todos⁹².

Em outras palavras, “o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir às pessoas de viverem com dignidade”⁹³. No mesmo sentido, as seguintes lições de Pietro Perlingieri⁹⁴, sobre o papel do Estado no mundo contemporâneo:

O Estado moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao poder, à soberania, e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa. A sua tarefa não é tanto aquela de impor aos cidadãos um próprio interesse superior, quanto aquela de realizar a

cada uma delas amparada por um desses princípios, logo, conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida da ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado *a priori*, em favor do conceito de dignidade humana” (MORAES, Maria Cecília Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. In: Estudos de Direito Civil-Constitucional, 1a. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 85).

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 47.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 108.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109.

⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1999, p. 54.

tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa, removendo os obstáculos que impedem a participação de todos na vida do Estado. Ele assume como própria principalmente a obrigação de respeitar os direitos individuais do sujeito – direito à informação, direito ao trabalho, direito ao estudo, essenciais e característicos de todo cidadão – e, portanto, de promovê-los, de eliminar aquelas estruturas econômicas e sociais que impedem de fato a titularidade substancial e o efetivo exercício. O Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação de sua intervenção.

Essa é, portanto, atualmente, a principal tarefa que se deve conferir ao Estado: respeitar, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana, situação expressamente reconhecida na Constituição Federal Brasileira de 1988.

CAPÍTULO 2: O sistema jurídico-axiológico para a compreensão do mínimo existencial.

No capítulo anterior⁹⁵, foi abordada a concepção de Estado e a sua evolução destinada ao desenvolvimento da pessoa humana. Para tanto, foi traçado um elo de ligação entre o Estado e o Direito, destinado à convivência pacífica das pessoas em sociedade, a evolução dos direitos fundamentais e o papel que se deve conferir de promoção e respeito à pessoa humana. Ocorre que nenhum trabalho, em relação a este assunto, pode ser considerado completo, sem a análise de alguns temas que são considerados *vigas mestres* no mundo jurídico contemporâneo.

Deve-se, assim, partir para o estudo da norma jurídica, passando pelo conceito de ordenamento e sistema e pelo reconhecimento dos princípios (bem como o papel que eles desempenham) para, então, analisar-se a indispensável interpretação das normas jurídicas. Todo esse estudo terá um enfoque bem específico: o respeito ao mínimo existencial, como elemento imprescindível para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse é o tema que será abordado nas próximas linhas.

2.1. A norma jurídica.

O conceito de norma jurídica sempre foi um tema de difícil compreensão. Para Norberto Bobbio⁹⁶, o Direito é um conjunto de normas, de regras de conduta, razão pela qual “l'esperienza giuridica è un'esperienza normativa”.

Desta forma, a *história* do direito é algo que se conta como um complexo de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem, se contrapõem e, também, se interagem. Assim, estudar a sociedade do ponto de vista normativo significa questionar quais as ações foram nela proibidas e/ou permitidas; significa ainda descobrir a direção ou as direções fundamentais, fazendo-se, sempre, uma contraposição com a forma pela qual a sociedade vivia no momento histórico em que a norma foi editada.

⁹⁵ TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia. **Estado e Direitos Fundamentais**. Buenos Aires: Revista Equipo Federal del Trabajo, Ano VI, n. 71, 2011. Disponível em <[http://www.eft.org.ar/pdf/eft 2011](http://www.eft.org.ar/pdf/eft%202011)>.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoría Generale del Diritto**. Torino: Giappichelli, 1993, p. 03.

É sempre bom ressaltar que a *norma jurídica* não se encontra isolada no *mundo*, uma vez que ela convive com as denominadas *normas religiosas, morais, sociais, ou de costume*. Existem, portanto, normas *sociais* que regulam a vida do indivíduo enquanto coexiste com outro indivíduo, ou do homem com a divindade (aqui, fala-se especificamente das regras religiosas) ou, ainda, a regulação do homem para com outro homem. Todas essas relações, no entanto, se constituem e desenvolvem-se, tendo como base um conjunto ordenado de *regras de conduta*. Em todas estas comunidades existe um elemento característico comum, que é a existência de preposições criadas com o intuito de influenciar o comportamento dos indivíduos.

Sobre o aspecto meramente formal, a norma jurídica deve ser compreendida em sua estrutura lógico-linguística, já que, assim, é possível enquadrá-la entre os diversos tipos de proposição (descritiva ou prescritiva, de comando ou de conselho etc.). E, neste particular, a norma jurídica é considerada uma proposição, de natureza prescritiva (pois regulamenta as condutas das pessoas em sociedade), com um especial significado (uma vez que a simples junção de diversas palavras sem uma coerência jurídica lógica não faz parte da ciência do Direito). O que efetivamente interessa, portanto, é o significado *jurídico* extraído de determinadas regras de conduta. E tal regramento é qualificado por uma característica peculiar: é dotado de *comando*, uma vez que possui a função de influenciar e/ou modificar o comportamento das pessoas⁹⁷.

Ocorre que, como esclarece Hans Kelsen⁹⁸, o Direito é uma ordem da conduta humana, formada por um conjunto de regras, razão pela qual torna-se impossível conhecer o Direito analisando cada uma isoladamente. A conduta humana faz parte deste conjunto de regras. Assim, a regra jurídica procura obrigar os seres humanos a observarem certas condutas, sob certas circunstâncias. O Direito, para Kelsen, é uma ordem coercitiva, por se tratar de uma “ordem social que busca efetuar nos indivíduos uma conduta desejada através da decretação de tais medidas de coerção”⁹⁹. A coerção, neste contexto, seria a técnica que procura obter dos indivíduos o respeito à conduta social desejada pelos homens, por meio

⁹⁷ Fala-se, no particular, em *modais deônticos* da norma jurídica, calcados nas premissas de permitir, proibir e obrigar.

⁹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 05.

⁹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 26.

da ameaça de aplicação de uma medida (a sanção), nos casos de conduta contrária¹⁰⁰.

E, com base nestas considerações, seria possível apresentar uma primeira definição de norma jurídica como sendo proposições prescritivas de condutas que devem ser respeitadas pelos membros de um Estado, sob pena de incidência de determinada sanção. Ocorre que toda norma jurídica deve ser analisada sobre três distintas valorações: o plano da validade, da eficácia e da justiça. Assim, será possível perquirir se determinada norma poderá ser considerada, respectivamente, válida ou inválida, eficaz ou ineficaz e, por fim, justa ou injusta. Estes serão os próximos aspectos a serem abordados.

2.1.1. O plano da validade.

Para Hans Kelsen, o Direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica de caráter superior pode determinar não apenas o modo de criação de outra, mas, até mesmo, o seu conteúdo, em uma relação de *supra* e *infra* ordenação. Nesta esteira de pensamento, Kelsen¹⁰¹ afirma que a ordem jurídica não é um:

sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada pela outra – a superior – cuja criação é determinada por outra norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui a sua unidade.

Na visão de Kelsen, a Constituição é o mais alto nível dentro do direito nacional. A Constituição, no sentido formal, seria o documento solene, composto pelo conjunto de normas jurídicas que somente pode ser modificado com a observância de prescrições especiais. A Constituição, no sentido material, por sua vez, consistiria nas regras que são destinadas a regular a criação de normas jurídicas de caráter geral e, em particular, a criação das leis. A Constituição material determinaria, portanto, não apenas os órgãos que participam, mas também o próprio processo de legislação, assim como o conteúdo das leis

¹⁰⁰ Ressalte-se, por oportuno, que não descuramos do entendimento de que nem toda norma jurídica possui sanção, como ocorre, por exemplo, em algumas situações, com o Direito Internacional. Apenas nos debruçamos, no particular, no entendimento trazido pela doutrina positivista, porque é o entendimento que mais atende aos fins expostos neste trabalho.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 181.

futuras. A ordem jurídica seria, então, definida como “um sistema de normas gerais e individuais relacionadas entre si de acordo com o princípio de que o Direito regula a sua própria criação”¹⁰².

Segundo lições de Bobbio¹⁰³, a validade jurídica de uma norma equivale à sua existência enquanto regra jurídica. Para se dizer que uma norma é válida é preciso realizar três operações: (i) verificar se a autoridade que editou a norma possuía o poder de ditar aquela regra; (ii) verificar se a norma não se encontra revogada, já que uma regra pode ser, inicialmente, considerada válida, por ter sido editada pela autoridade competente, mas não se diz que ela *ainda* é efetivamente válida, quando uma outra norma sucessiva no tempo tenha expressamente revogado aquela regra anterior ou, também, quando uma norma posterior vem a regulamentar a mesma matéria; e, (iii) por fim, verificar se a norma não é incompatível com outras normas do mesmo ordenamento jurídico.

Em Kelsen, o fundamento de validade de uma norma é sempre a norma, ou seja, reporta-se à outra norma da qual a primeira é a derivável. Chama-se *norma fundamental* aquela cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Por isso, aduz que “todas as normas cuja validade podem ter a sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem”¹⁰⁴. Assim, a procura do fundamento de validade de uma norma é limitada por uma norma mais alta que é o fundamento último de validade de uma norma dentro de um sistema normativo.

Por esta forma de pensar, o ordenamento jurídico possuiria uma estrutura normativa piramidal, em cujo ápice encontra-se a norma fundamental, depois a Constituição, as leis etc., até chegar às normas individualizadas e aos atos de execução, que constituem a base de todo o edifício normativo. Cada norma encontra seu fundamento de validade em outra norma hierarquicamente superior. A norma superior prevê o modo de produção da norma inferior e, quase sempre, também o seu conteúdo material.

A derivação das regras de uma ordem jurídica a partir da norma

¹⁰² KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 193.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. **Teoria Generale del Diritto**. Torino: Giappichelli, 1993, p. 24/25.

¹⁰⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 163.

fundamental dessa ordem é executada demonstrando-se que as normas particulares foram criadas em conformidade com a norma fundamental. Assim, a hipótese última do positivismo jurídico é a norma que autorize aquele que foi historicamente o primeiro legislador. A função integral dessa norma básica é conferir poder criador ao ato do primeiro legislador e a todos os outros atos baseados no primeiro ato.

A norma fundamental “é apenas uma pressuposição necessária de qualquer interpretação positivista do material jurídico”¹⁰⁵. A função da norma fundamental é tornar possível a interpretação normativa de certos fatos, e isso significa a interpretação de fatos com a criação e aplicação de normas válidas. A norma fundamental de qualquer ordem jurídica positiva confere autoridade jurídica apenas aos fatos pelos quais uma ordem eficiente como um todo é criada e aplicada.

Gregorio Robles Morchon¹⁰⁶ leciona que se o direito é norma e os conceitos jurídicos são conceitos puramente normativos, então a validade não pode ser um valor nem um fazer, mas o modo característico das normas, ou seja, a sua obrigatoriedade jurídica. A validade, portanto, seria o sinônimo de existência e obrigatoriedade de uma regra. Dizer que uma norma é válida é ao mesmo tempo dizer que a norma existe. A norma válida (e, portanto, existente) é obrigatória. A validade normativista, por esta razão, é uma validade meramente formal, que expressa uma obrigatoriedade também formal.

A validade formal da norma¹⁰⁷, portanto, é produzida quando cumprem-se os requisitos formais: *órgão* competente que atua dentro de sua *competência*, por meio de um *procedimento* estabelecido. A validade material de uma norma, por sua vez, consiste na situação de que aquilo que foi dito por ela não seja contraditório por aquilo que foi exigido por outras de caráter superior, enquanto aos conteúdos concretos desta última. A validade *plena* da norma estará presente quando se constata tanto a validade formal quanto a validade material. Esta, por sua vez, leva diretamente à necessidade de considerar a função dos valores jurídicos incorporados na Constituição, uma vez que um ordenamento jurídico não poderá funcionar normalmente se as normas constitucionais não expressarem um conjunto de valores que

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 170.

¹⁰⁶ MORCHON, Gregorio Robles. **Teoria del Derecho**. Madri: Civitas, 1998, p. 281.

¹⁰⁷ MORCHON, Gregorio Robles. **Teoria del Derecho**. Madri: Civitas, 1998, p. 291.

encarnam os conteúdos essenciais de justiça que o ordenamento jurídico está disposto a servir¹⁰⁸.

Os valores fundamentais de um sistema jurídico, neste contexto, são apresentados pela doutrina em geral, que os formulará através de princípios normativos básicos e, dentre estes, haverá um núcleo essencial, e serão levados a categorias de princípios constitucionais.

Conforme lições de Robert Alexy¹⁰⁹, uma norma, para ser socialmente válida, deve ser respeitada pela sociedade ou deve gerar punição àqueles que a desrespeitam. A validade *social* de uma norma é questão de grau, que pode ser reconhecida através dos critérios da observância e da punição pela não-observância que, neste caso, incluiria o exercício da sanção. O conceito ético de validade, por sua vez, é aquele diretamente relacionado à moral; a norma válida é aquela moralmente justificada. Já a validade jurídica em sentido estrito está presente quando uma norma foi promulgada por um órgão competente, segundo a forma prevista, sem infringir direito superior. Para o autor, “a condição de validade jurídica de um sistema normativo é que as normas que o integram sejam socialmente eficazes, isto é, socialmente válidas em termos globais”¹¹⁰.

E, no que diz respeito às normas individuais, um ordenamento jurídico socialmente eficaz não perde a sua validade jurídica apenas por não ser observada com frequência ou por sua não-observância ser raramente punida. Com efeito, não é condição de validade jurídica de uma norma individual o fato dela ser socialmente eficaz em termos globais, mas o fato dela apresentar um mínimo de eficácia social ou, pelo menos, possibilidade de eficácia.

O Direito, para Alexy, portanto, é um sistema normativo que formula uma pretensão à correção; consiste na totalidade das normas que integram uma Constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa Constituição e que

¹⁰⁸ MORCHON, Gregorio Robles. **Teoria del Derecho**. Madri: Civitas, 1998, p. 331.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 101/104.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 105.

apresentem um mínimo de eficácia e que também não sejam extremamente injustas; ao Direito pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.

Tal definição, como se vê, apresenta argumentos de correção (que se fazem necessários pelo fato de serem o ideal buscado pelo Direito), justiça e princípios (o que acaba por ampliar o conceito de Direito, para além do campo meramente normativista)¹¹¹.

2.1.2. O plano da eficácia.

Na visão de Gregorio Robles Morchon¹¹², a ideologia kelseniana de validade das normas representa a divindade do Estado, uma vez que este passa a possuir o selo sagrado sobre o poder por ele estabelecido de dizer que todo o ordenamento estatal é válido, além de trazer a concepção de que a norma fundamental (que, na realidade, é uma norma vazia) é aquela que todo o sistema deve acatar. Conforme lições de Habermans¹¹³, a:

validade jurídica de uma norma significa, apenas, que está garantida, de um lado, a legalidade do comportamento em geral, no sentido de obediência à norma, a qual pode, em certas circunstâncias, ser imposta por meio de sanções e, de outro lado, a legitimidade da própria regra, que torna possível em qualquer momento uma obediência à norma por respeito à lei.

Portanto, uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda e qualquer pessoa seja reconhecida em seus direitos pelas demais que com ela vivem em sociedade. Elas precisam ser, acima de tudo, eficazes. Por isso, é possível dizer que a análise do conceito de validade trazido pela Escola de Viena jamais seria completa sem o estudo da eficácia. Sem chegar a identificar validade e eficácia, o pensamento kelseniano faz deste último elemento uma condição indispensável para o primeiro, já que é inconcebível a ideia de existência de um ordenamento jurídico que possua norma válida, porém, ineficaz¹¹⁴.

Neste sentido, Habermans¹¹⁵ fala em validade social da norma que seria

¹¹¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 151/155.

¹¹² MORCHON, Gregorio Robles. **Teoria del Derecho**. Madri: Civitas, 1998, p. 293.

¹¹³ HABERMANS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 52.

¹¹⁴ MORCHON, Gregorio Robles. **Teoria del Derecho**. Madri: Civitas, 1998, p. 295.

¹¹⁵ HABERMANS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo

“determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito”. Por isso, Wilson Steinmetz¹¹⁶ define a eficácia como sendo o “predicado da norma que se refere à capacidade técnica de produzir efeitos jurídicos. Assim, norma jurídica eficaz é aquela que pode ou deve ser aplicada porque está apta a produzir os efeitos técnicos previstos ou dela esperados”. Na visão de Bobbio, o problema da eficácia da norma está

relacionado à situação se aquela norma é ou não é seguida pelas pessoas às quais foi dirigida (considera-se, aqui, destinatários da norma jurídica); no caso desta norma ser violada, ela deverá se fazer valer através dos meios coercitivos colocados à disposição da autoridade que a emanou¹¹⁷.

Para Luís Roberto Barroso¹¹⁸, as ciências sociais, assim como o Direito, ocupam-se do estudo e elaboração de sistemas ideais, ou seja, da prescrição de um *dever-ser*, calcado na busca dos valores a serem protegidos e os fins a serem buscados por tal sistema. Consumada a decisão, de caráter político, a respeito desta situação, o órgão responsável a exterioriza, através do Direito, que irá então conformar a realidade social. A organização desse poder e o delineamento dos esquemas de conduta a serem seguidos são levados a efeito por meio de normas jurídicas que, no seu conjunto, compõem aquilo que se denomina de direito objetivo. O renomado jurista, então, define eficácia de uma norma como a

sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para o qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; neste sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma¹¹⁹.

A eficácia social refere-se, portanto, ao *efetivo* cumprimento do direito pela sociedade, ao reconhecimento daquelas regras pela comunidade ou, ainda, os efeitos que uma regra suscita através do seu real cumprimento; “é a concretização do comando normativo, sua

Brasileiro, 2003, p. 50.

¹¹⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42.

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria Generale del Diritto**. Torino: Giappichelli, 1993, p. 25.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75/76.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

força operativa no mundo dos fatos”¹²⁰. O objeto de estudo da eficácia *jurídica* é apenas a capacidade que a norma possui de produzir seus efeitos (plano do *dever-ser*), ao passo que a eficácia *social* caracteriza-se pela real, efetiva e concreta produção de direitos (plano do *ser*). A eficácia social recebe o nome de *efetividade* que significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, representando a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais, simbolizando a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social¹²¹.

2.1.3. O plano da justiça.

Para Norberto Bobbio¹²², o problema da justiça está relacionado à correspondência da norma aos valores que inspiram determinado ordenamento jurídico. O problema da justiça da norma, neste diapasão, está diretamente ligado entre o mundo ideal (*dever-ser*) e o mundo real (*ser*); por isso, pode-se afirmar que o problema da justiça é um problema *deontológico* do Direito, que deve ser resolvido com juízos de valor. Na verdade, deve-se ter em mente que as normas jurídicas são editadas visando a evitar o surgimento de relações consideradas injustas do que regular situações justas, exatamente porque o legislador não consegue definir, de maneira concreta, o conceito de justiça¹²³.

Chaim Perelman¹²⁴ ensina que uma análise lógica da justiça parece constituir uma verdadeira aposta, já que, sem dúvidas, é a noção aparentemente mais confusa. Isso porque o valor da justiça geralmente é confundido com o ideal da moralidade; tanto assim o é que a literatura moral e religiosa reconheciam no justo o homem honesto. A justiça, sob os diversos nomes, governa o mundo, a natureza e a humanidade, a ciência e a consciência, a lógica, a moral, a economia, a política, a história, a literatura e a arte. A justiça, assim, é o que há de mais primitivo na alma humana, de mais fundamental na sociedade, de mais sagrado entre as nações e o que as massas reclamam com mais ardor.

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84.

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

¹²² BOBBIO, Norberto. **Teoria Generale del Diritto**. Torino: Giappichelli, 1993, p. 23/24.

¹²³ Esta reflexão foi apresentada pelo Professor Dr. Fernando Rodrigues Martins, durante suas aulas no curso de Mestrado em Direito Público, com ênfase em Direitos e Garantias Fundamentais, na cadeira de Teoria Geral do Direito Público, no primeiro semestre letivo de 2010.

¹²⁴ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 07/08.

Segundo Perelman¹²⁵, a ideia de justiça consiste numa certa aplicação da ideia de igualdade, que pode ser conhecida através da chamada *justiça distributiva*, que possui por objeto a igualdade que leva em conta as capacidades e os esforços individuais na atribuição das vantagens e a *justiça comutativa*, qual seja, aquela que procura estabelecer a igualdade em cada ato jurídico, de tal modo que, por exemplo, um contrato não seja utilizado para arruinar uma das partes em detrimento do enriquecimento de outra. Veja que estas concepções de justiça possuem, como ponto comum, o entendimento de que ser *justo* é tratar de forma igual. E, partindo-se deste pressuposto, o autor define o conceito de justiça formal ou abstrata como sendo “um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”¹²⁶.

A igualdade de tratamento na justiça formal é, portanto, apenas a aplicação correta de uma regra de justiça concreta que determina a forma como devem ser tratados todos os membros de cada categoria essencial. Nesta situação, Karl Larenz¹²⁷ aduz que direito justo é o direito estabelecido. É um direito positivo, ou seja, um direito que possui vigência normativa e fática em determinado âmbito espacial, num determinado momento histórico. O homem aprendeu a conceber-se como um ser capaz de ter seu próprio juízo e de decidir, por si, seus atos e, por isso, só está disposto a aceitar como regra obrigatória de conduta aquela que pode ser por ele considerada justa. Não é uma justiça lógica ou uma justiça de pensamento, senão uma justiça normativa, que significa a justificação de uma pretensão de vigência ou da justiça de um ato.

O fundamento da justiça seria, neste diapasão, o fato de uma regra ser aplicada a todos os membros de uma categoria essencial. A justiça formal se resumiria, pois, à aplicação de uma regra, calcada em três elementos de um silogismo imperativo¹²⁸: (i) a regra a ser aplicada que fornece a premissa maior; (ii) a qualificação de um ser, o fato de considerá-lo membro de uma determinada categoria, que fornece a premissa menor; e, (iii) o ato justo que deve ser conforme à conclusão do silogismo. Com isso, é possível distinguir três elementos da

¹²⁵ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13/15.

¹²⁶ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 19.

¹²⁷ LARENZ, Karl. **Derecho justo: Fundamentos da etica juridica**. Madri: Civitas, 1991, p. 21/22.

¹²⁸ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 45.

justiça¹²⁹: o valor que a fundamenta, a regra que a enuncia e o ato que a realiza. Convém ressaltar, por oportuno, que os dois últimos elementos são os únicos que, em tese, podem ser submetidos a exigências de cunho meramente racionais, já que, no que concerne ao valor que fundamenta o sistema normativo, não se torna possível submetê-lo a nenhuma espécie de critério racional, situação que faz com que um sistema de justiça necessário e perfeito seja irrealizável.

O conceito de justiça formal no plano do ato restringia-se à função do juiz de aplicar a lei tal como ela é, sem qualquer outra consideração¹³⁰. Não lhe competiria modificar a lei em nome de concepções que julguem as próprias regras. Sua justiça é estática e não dinâmica. Justo para o juiz é o que está na lei. O juiz, neste caso, seria o mero *boca da lei*, visão inicialmente justificada pela doutrina da separação dos poderes, advinda do Estado Liberal, que conferia ao Poder Legislativo o direito exclusivo de legislar, ao Poder Judiciário o poder de simplesmente aplicar a lei, vendo nas chamadas *Cortes de Cassação* o policial encarregado pelo legislativo de cuidar para que os juízes não violem a lei em suas sentenças.

Porém, o Direito é uma técnica a serviço do ideal de justiça. “La justicia no se predica sólo del Derecho positivo”¹³¹. As regras jurídicas estão ligadas à satisfação das necessidades humanas e, por isso, estão sujeitas a inevitáveis alterações com o avanço da sociedade. O legislador necessita de tempo, uma vez que não dita leis para toda a eternidade, como também não as cria para ter vigência por apenas um dia. As leis são criadas para reger um futuro previsível¹³². O papel do juiz raramente limita-se a mera dedução formal; o juiz encara o direito vivo. As regras de direito são indispensáveis para permitir a Constituição de uma ordem jurídica estável.

E, dentro deste conceito de justiça, a equidade ganha relevância, uma vez que é considerada seu complemento indispensável. A equidade seria a “tendência a não tratar de forma por demais desigual os seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial”¹³³. Apela-se à equidade todas as vezes que a aplicação simultânea de mais de uma fórmula da

¹²⁹ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 63/64.

¹³⁰ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 69.

¹³¹ LARENZ, Karl. **Derecho justo: Fundamentos da ética jurídica**. Madri: Civitas, 1991, p. 469.

¹³² LARENZ, Karl. **Derecho justo: Fundamentos da ética jurídica**. Madri: Civitas, 1991, p. 29.

¹³³ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 36/37.

justiça concreta ou a aplicação da mesma fórmula em circunstâncias diferentes conduz a antinomias que tornam inevitável a não-conformidade com as exigências da justiça formal. Para que a justiça não fique *manca*, torna-se necessário aplicar uma única fórmula de justiça concreta, levando em conta as mudanças que as modificações imprevistas da situação são capazes de determinar.

O bom juiz é aquele que se serve do arsenal jurídico para fazer reinar a justiça. O juiz não se pode contentar em aplicar a lei consoante a vontade do legislador: deve servir-se da lei para motivar as suas decisões, que devem, acima de tudo, serem equitativas. O juiz não está a serviço do poder que o nomeou; na realidade, ele está a serviço da justiça. A *Corte de Cassação*, portanto, jamais pode ser considerada o policial do legislativo, mas a consciência jurídica que deve zelar para que o direito seja efetivamente justo¹³⁴. Tais planos ampliam a perspectiva de justiça. O ato justo é correção, rejeição da desigualdade. A regra justa é a razão, rejeição da arbitrariedade. O homem justo é a consciência, rejeição da desumanidade. O ideal de justiça, tal como vive na tradição ocidental, combina todos esses pontos de vista, concedendo a prioridade a um ou a outro, conforme as visões do mundo e as disciplinas que o elaboram. Toda justiça humana supõe regras de conduta, pois ela deve justificar os atos pela conformidade destes para com as regras¹³⁵.

Como se viu, até este momento, o presente trabalho dedicou-se, basicamente, ao estudo mais ou menos *isolado* da norma jurídica, assim considerada uma regra prescritiva de conduta que vai gerir os comportamentos das pessoas (através dos conhecidos *modais deônticos*, ou seja, permitir, ordenar, proibir). Ocorre que, diante da gama de situações vivenciadas no cotidiano, várias são as regras jurídicas válidas, eficazes e justas editadas pelo legislador. O estudo, portanto, deve ser realizado observando a interação entre todas essas regras jurídicas, avançando para a análise do conceito de sistema.

2.2. Da norma jurídica ao conceito de sistema.

Na visão de Norberto Bobbio, “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre num contexto de normas com relações particulares entre si. O

¹³⁴ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 72/73.

¹³⁵ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 82.

conjunto de normas jurídicas costuma ser chamado de ordenamento”¹³⁶.

Essa posição proeminente que é dada ao ordenamento jurídico conduz a uma *transmutação* de perspectiva: o ordenamento não é composto por normas jurídicas; na realidade, são estas que integram o ordenamento. Em outras palavras, “não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não-jurídicos”¹³⁷ (como, por exemplo, o religioso). O Direito, portanto, indica um tipo de sistema normativo e não apenas uma espécie de norma.

O ordenamento jurídico, assim, é composto por uma complexidade de normas. Na visão kelseniana as normas não se encontram todas no mesmo plano normativo. Existiriam, assim, normas superiores inferiores, imperativas, proibitivas e permissivas. Haveria, entre elas, uma certa escala hierárquica (geralmente conhecida pela representação de uma pirâmide do ordenamento jurídico). Ocorre que esta complexidade de normas é dotada de duas características: unidade e coerência.

A unidade do ordenamento repousaria, na visão de Bobbio, sobre a norma fundamental. Ela é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. A norma fundamental seria o critério supremo que permite estabelecer se a norma pertence ao ordenamento. Em outras palavras, “é o fundamento de validade de todas as normas do sistema”¹³⁸. Portanto, não só a exigência da unidade do ordenamento, mas também a exigência de fundamentar a validade do ordenamento induz Bobbio a postular a norma fundamental como sendo, simultaneamente, o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento.

Ao lado da unidade, torna-se necessário investigar se o ordenamento também pode ser considerado um sistema. Para tanto, é imprescindível a análise da existência de um relacionamento de coerência entre si em todo o ordenamento jurídico e, se for o caso, em que condições é possível fazer essa relação. E, neste contexto, os ordenamentos

¹³⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1999, p. 19.

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1999, p. 31.

¹³⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1999, p. 63.

normativos poderiam ser, inicialmente, divididos em duas espécies de sistema: (i) o *estático*, ou seja, aquele no qual as normas estão relacionadas uma às outras como as proposições de um sistema dedutivo, isto é, pelo fato de que derivam uma das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que possuem a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico; neste tipo de sistema as normas estão relacionadas entre si no que se refere ao seu conteúdo; (ii) o *dinâmico*, ou seja, aquele no qual as normas que o compõem derivam uma das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através do seu conteúdo, mas através da autoridade que as colocou: uma autoridade inferior deriva de uma autoridade superior, até que chega à autoridade suprema que não tem nenhuma outra acima de si; pode-se dizer que a relação entre as normas, neste tipo de ordenamento, não é do tipo material, mas formal. E, dentro desta diferenciação, o ordenamento jurídico seria do tipo dinâmico, ao passo que o ordenamento moral seria do tipo estático.

No entanto, por força desta dinamicidade do sistema podem existir normas que sejam incompatíveis entre si: são as antinomias (que geralmente surgem quando normas que pertençam ao mesmo ordenamento e que tenham o mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e material, entram em conflito). E, com base nesses elementos, Bobbio define antinomia como sendo “aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade”¹³⁹. É de se ressaltar que esta incompatibilidade entre as normas é um mal que precisa ser eliminado pelo operador do Direito. A coerência não é critério de validade, mas uma condição de *justiça* do ordenamento. Isso porque,

onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria¹⁴⁰.

Torna-se de extrema importância a apresentação, ainda que em poucas linhas, de um novo pensamento a respeito da forma de superação de eventuais antinomias do sistema jurídico. Isso porque, atualmente, é possível falar na existência de um *pluralismo*

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1999, p. 88.

¹⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1999, p. 113.

*jurídico*¹⁴¹ “sempre que houver uma multiplicidade de práticas jurídicas existentes no mesmo espaço sóciopolítico, que interagem por conflitos ou consensos, podendo ser oficiais ou não-oficiais”¹⁴². Com isso, tem-se a visão de que o direito não se esgota no Estado, além do fato de que há setores sociais capazes de produzir o seu próprio sistema normativo, interagindo no mesmo ambiente com as normas positivas advindas da ordem estatal.

E, para a superação das antinomias decorrentes deste pluralismo, o caminho a ser adotado encontra-se sedimentado na teoria do *diálogo das fontes*, criada pelo jurista alemão Erik James, apontada por Cláudia Lima Marques. Aduz a referida jurista brasileira que:

na pluralidade de leis ou fontes, existentes ou coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, que possuem campos de aplicação, ora coincidentes, ora não coincidentes, os critérios tradicionais de solução dos conflitos de leis no tempo (Direito Intertemporal) encontram seus limites. Isso ocorre porque pressupõe a retirada de uma lei (a anterior, a geral e a de hierarquia inferior) do sistema, daí propõe Erik Jayme, o caminho do 'diálogo das fontes', para a superação das eventuais antinomias aparentes¹⁴³

Dentro desta concepção, os critérios tradicionais para resolver os conflitos de leis (tais como a anterioridade, a especialidade e a hierarquia das regras jurídicas) passam a ser deixados de lado, já que se procura adotar um entendimento no sentido de se tornar possível o estabelecimento de uma harmonia ou relação de coordenação entre diversas normas do ordenamento jurídico, concebido como um sistema. É a denominada *coerência derivada ou restaurada*, que procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema, plural e complexa de nosso direito contemporâneo.

¹⁴¹ Pode-se falar, basicamente, em dois tipos de pluralismo jurídico: o *classic legal pluralism* e o *new legal pluralism*. O primeiro é o pluralismo das sociedades coloniais e pós-coloniais, nas intersecções entre o direito nativo e o direito europeu, que vincula situações de pluralismo às relações duais entre colonizador e colonizado, grupos dominantes e grupos dominados. O segundo, por sua vez, surgiu na década de 70 com a aplicação das noções de pluralismo jurídico às sociedades não colonizadas, especialmente na Europa e EUA. O novo pluralismo jurídico, com base nas teses de polivalência legal, divulga que o sistema jurídico, permeado por valores de natureza frequentemente contraditória, convive hoje com outros sistemas normativos. Diante disso, refuta a concepção modernista de uma unidade coerente da lei, enfatizando o caráter fragmentado dos sistemas normativos em atividade (FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 252/257).

¹⁴² FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 232/241.

¹⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o CDC e o CCB/02**. Revista de Direito do Consumidor, volume 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 35.

A superação de paradigmas, com isso, é substituída pela convivência ou coexistência das normas. Há mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza propriamente ditos. Os campos de aplicação de qualquer regra, por vezes, são convergentes, no geral, diferentes, mas convivem e coexistem em um mesmo sistema jurídico que, por isso, deve ser *ressistemizado*. O desafio do intérprete e aplicador do direito é exatamente este, qual seja, aplicar às fontes diversas um diálogo de forma justa, num sistema que passa a ser considerado plural, fluido, mutável e complexo.

Assim, no lugar do simples conflito de leis, deve-se buscar a possibilidade de coordenação sistemática destas fontes. Uma coordenação que seja flexível e útil das normas que, em tese, estão em conflito no sistema, para restabelecer a sua coerência. Muda-se o paradigma: da simples retirada de uma norma em conflito passa-se para a convivência *pacífica* destas normas. O diálogo das fontes será utilizado para alcançar a finalidade visada, permitindo a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes, com finalidade de proteção efetiva.

Outra situação que deve, obrigatoriamente, ser abordada, diz respeito ao dogma da *plenitude* ou *completude* do ordenamento, definido por Bobbio como sendo “a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”¹⁴⁴; significa, resumidamente, a falta de lacunas. É possível, com isso, estabelecer um nexo entre a coerência e a completude do ordenamento, no sentido de que a primeira significa a exclusão de toda situação na qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem, ao passo que a segunda seria caracterizada pela exclusão de toda situação na qual não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem. A completude, em ordenamentos que determinam que o juiz julgue qualquer controvérsia que se apresente ao seu exame, com base em uma norma do sistema, é uma condição sem a qual o sistema em seu conjunto não poderia funcionar.

O dogma da completude do ordenamento estaria relacionado ao famoso brocardo de que *o legislador a tudo prevê*. Este pensamento, fruto da Escola Exegética Francesa, repousa em uma cega confiança no legislador, uma vez que seguindo essa posição

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1999, p. 115.

não seria possível falar na existência de lacunas no ordenamento jurídico. Para esta Escola¹⁴⁵, o dogma da completude era fundado em três pressupostos: (i) a proposição maior de cada raciocínio jurídico deve ser uma norma jurídica; (ii) essa norma deve ser sempre uma lei do Estado; (iii) todas essas normas devem formar no seu conjunto, uma unidade. O ordenamento jurídico, desta forma, apenas pode ser considerado pleno quando possui todas as regras necessárias para que o aplicador possa resolver qualquer tipo de problema que se apresente de forma concreta.

Tal entendimento não prospera. Com efeito, à medida que determinada codificação envelhece, descobrem-se as suas insuficiências. O sistema jurídico, na visão de Aldemiro Dantas¹⁴⁶, é:

o complexo de normas jurídicas, que vão surgindo no mundo jurídico de modo completamente desordenado (eis que o legislador, maior produtor de normas na maioria dos ordenamentos jurídicos, não costuma se preocupar com alguma ordem), mas que se relacionam entre si conforme certas regras, cuja elaboração incumbe à ciência jurídica.

E, exatamente por assim ser, como ressalta, com propriedade, Aldemiro Dantas¹⁴⁷,

não existe a chamada plenitude do ordenamento, eis que nenhum ordenamento basta a si mesmo, precisando sempre do recurso a subsídios colhidos fora dele. Não se nega a característica da completabilidade da ordem jurídica, no sentido da capacidade que esta sempre tem de se completar, mas o que se afirma é exatamente que muitas vezes há a necessidade de que seja completada. Ora, se requer complemento, não pode ser pleno.

Os conceitos de plenitude e coerência do ordenamento, portanto, não se confundem. A plenitude seria a ausência completa de lacunas. A coerência, por sua vez, está relacionada à existência de uma única norma a regular certa situação (no sentido de que não podem existir normas conflitantes). A plenitude relaciona-se com a obrigatoriedade de existência de, pelo menos, uma norma apta a regular o comportamento. A inexistência de

¹⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1999, p. 122.

¹⁴⁶ DANTAS, Aldemiro. **A plenitude do ordenamento jurídico: o problema da lacuna e os princípios gerais do Direito**. In: Lacunas no ordenamento jurídico. Barueri: Manole, 2005, p. 04.

¹⁴⁷ DANTAS, Aldemiro. **A plenitude do ordenamento jurídico: o problema da lacuna e os princípios gerais do Direito**. In: Lacunas no ordenamento jurídico. Barueri: Manole, 2005, p. 29.

plenitude gera a *lacuna* (falta de normas para regular tal situação), ao passo que a ausência de coerência gera a *antinomia* (o seja, está ligado ao excesso de normas que, por isso, podem se tornar contraditórias entre si).

Estas situações surgem no momento de aplicação da norma jurídica ao caso concreto, situação característica do direito positivo. Com efeito, como ensina Maria Helena Diniz¹⁴⁸, toda norma jurídica possui uma abstração, já que se refere a uma série de casos indefinidos que são aplicadas no caso concreto através da *subsunção*. Ocorre que podem existir problemas quando de sua aplicação, seja porque o juiz não possui todos os conhecimentos necessários, seja porque existem conceitos abertos indeterminados.

Na subsunção, o juiz deve encontrar e interpretar a norma aplicável ao caso concreto, podendo, assim, surgir a situação de que não existe uma regra jurídica ou a existência de várias soluções incompatíveis: no primeiro caso, estar-se-á diante de uma *lacuna* normativa e uma *antinomia*, na segunda hipótese. A lacuna deve ser *colmatada*, diante do princípio da plenitude do ordenamento jurídico, ao passo que a antinomia deve ser *corrigida*, por força do princípio da unidade da ordem jurídica. Os problemas da lacuna e sua integração e da antinomia e sua correção apenas foram captados pela ciência jurídica quando restou concebido o caráter de sistema do ordenamento jurídico¹⁴⁹.

A existência das lacunas é sistemática. O fenômeno da lacuna está relacionado com o modo de conceber o sistema. Sendo o sistema incompleto, ele passa a ser considerado sob um prisma *dinâmico*, ou seja, encontra-se em constante mutação, por força da vida em sociedade, razão pela qual é lacunoso. Pode-se dizer, portanto, que a problemática das lacunas jurídicas, diante do caráter dinâmico do direito, é inerente ao sistema jurídico¹⁵⁰.

Da mesma forma, a presença das antinomias. Sendo dinâmico o ordenamento e, diante da papel especificamente dado ao Poder Legislativo, várias são as normas diariamente editadas visando a regular o comportamento das pessoas em sociedade.

¹⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 422.

¹⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 423/429.

¹⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 447/448.

Com isso, surge o problema do excesso de normas jurídicas que, não raras vezes, mostram-se contraditórias. É importante deixar consignado que as antinomias geralmente surgem quando se está diante do caso concreto. Em outras palavras: duas ou mais normas, no campo abstrato, podem apresentar coerência; porém, quando levadas para o caso concreto, mostram-se, em certo ponto, contraditórias.

Ordenamento jurídico é um conjunto, ordenado e coordenado de normas jurídicas. O sistema a ele correspondente é uma ordenação axiológica ou teleológica (ou seja, destinado à realização dos escopos e de valores) deste complexo de normas jurídicas. O sistema não representa mais do que a tentativa de captar e traduzir a unidade e a ordenação de um determinado ordenamento. O sistema, portanto, “não é, por definição, justamente mais do que a captação racional da adequação de conexões de valorações jurídicas”¹⁵¹. E, dentro deste contexto, encarar o sistema pelo prisma jurídico-axiológico é medida que se impõe. Na realidade, mais do que premissa científica, a busca e concretização dos valores trazidos pelas normas jurídicas (através das regras e dos princípios) é condição de possibilidade de qualquer pensamento jurídico.

Convém ressaltar que não é tarefa do pensamento teleológico encontrar uma regulação justa do conteúdo das normas jurídicas. Na realidade, o papel do sistema e, por conseguinte, do pensamento sistemático, consiste em analisar o valor que foi abarcado pelo legislador, pensar todas as suas consequências até o fim (encontrando eventuais lacunas ou antinomias), transpô-las para os casos comparáveis, solucionando as possíveis contradições com outros valores já existentes e corrigindo eventuais contradições derivadas do aparecimento de novos valores.

Observa-se, como bem aponta Juarez de Freitas¹⁵², que diariamente, em especial, no campo decisório, há uma constante superação, pelo operador do Direito, da denominada vontade do legislador por aquela que se poderia classificar como *vontade axiológica do sistema*, que apenas é reconhecida após uma interação dialética entre o ordenamento e o intérprete, ultrapassando o clássico paradigma do positivismo jurídico da

¹⁵¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 71.

¹⁵² FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 26.

subsunção formal do fato à norma, através do modelo da ponderação ou da axiológica hierarquização dos valores existentes. Nas palavras de Canaris

Na descoberta do sistema teleológico, não se pode ficar pelas decisões de conflitos e dos valores singulares, antes se devendo avançar até aos valores fundamentais mais profundos, portanto, até aos princípios duma ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio juris* determinante. Pois só assim podem os valores singulares libertarem-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão orgânica e só assim se obtém aquele grau de generalização sobre o qual a unidade da ordem jurídica, no sistema acima caracterizado, se torna perceptível. O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica da ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.

Sendo o ordenamento do tipo dinâmico, o sistema somente pode ser considerado aberto, como aponta Karl Larenz¹⁵³, no sentido de que são possíveis variantes na classe de harmonia dos princípios, de seu alcance e limitação recíprocos, como também o descobrimento de novos princípios, seja em virtude de alterações da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência jurídica.

A missão do sistema científico é fazer visível e mostrar a conexão de sentido inerente ao ordenamento jurídico como um todo sentido. A isso serve o descobrimento de princípios diretivos e a sua concretização nos conteúdos regulamentares, na formação de conceitos determinados pela função e de tipos jurídicos-estruturais. O sistema interno, enquanto aberto, é sempre inacabado e inacabável, uma vez que os fatos, os valores e as normas se encontram em uma mudança permanente.

Para Gisele Santos Fernandes Góes¹⁵⁴, “o ordenamento jurídico deve ser visualizado como um sistema, no que diz respeito ao enquadramento das normas num conjunto dotado de coerência e harmonia, o que não significa concluir que ele seja hermético e circular, bastando-se a si mesmo”. Na realidade, o panorama do universo jurídico de reflexividade interna dos subsistemas sociais, traduzindo reclusão para o Direito, asfixia as pluralidades existentes e não resolve os problemas que surgem, assumindo-se a insuficiência

¹⁵³ LARENZ, Karl. *Metodologia de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2009, p. 478/481.

¹⁵⁴ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase os princípios jurídicos**. In: Sistema e tópica interpretação do ordenamento. Renan Lotufo (org.). Barueri: Manoel, 2006, p. 74.

desta compreensão jurídica. Por isso,

o sistema jurídico é do tipo aberto e, com efeito, deve interagir necessariamente com os outros sistemas, tais como os de ordem econômica, política, social etc., para que se tenha uma otimização de interpretação das normas jurídicas, sob pena de engessamento da lei, diante da velocidade dos acontecimentos fáticos na sociedade¹⁵⁵.

E, como objeto de compreensão, o sistema jurídico mostra-se dialeticamente unitário, aperfeiçoando-se no intérprete, sendo ele – o intérprete-positivador – quem, na multiplicidade cambiante da vida, outorga, por assim dizer, unidade ao ordenamento jurídico¹⁵⁶. A validade do sistema jurídico, portanto, funda-se, em última instância, sobre valores, mostrando-se inegável a concorrência de múltiplos elementos axiológicos em todas as construções jurisprudenciais, justificando-se a multiplicidade como sinal de pluralismo democrático.

Desta formulação, que vê o sistema como uma ordem axiológica ou teleológica, a partir das ideias de adequação valorativa e de unidade do ordenamento, atribuindo aos princípios a função sistematizadora¹⁵⁷, é possível extrair as seguintes virtudes: (i) salienta, no tema relacionado às antinomias, a função do sistema em traduzir coerência valorativa ao ordenamento; (ii) evita a crença da completude fechada e autossuficiente do sistema, permitindo pensá-la como processos abertos; (iii) resguarda o papel da interpretação sistemática, pois tal abertura não retira a exigência de ordem e de unidade interna; (iv) permite ver o papel decisivo da interpretação ponderada, em virtude de manejo concertado de princípios no bojo do sistema jurídico, afastando, entre outros, os efeitos deletérios do rigor do positivismo jurídico.

Para o desenvolvimento desta correlação lógica e axiológica das normas jurídicas, dando origem ao conceito de sistema, imprescindível se faz a análise de dois outros

¹⁵⁵ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase os princípios jurídicos.** In: Sistema e tópica interpretação do ordenamento. Renan Lotufo (org.). Barueri: Manoel, 2006, p. 75/76.

¹⁵⁶ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 32.

¹⁵⁷ A sistematizadora dos princípios apresenta, em síntese, as seguintes características: (i) os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou contradição; (ii) não possuem pretensão da exclusividade; (iii) ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; (iv) precisam, para sua realização, de uma concretização, seja através de subprincípios e valores singulares, com conteúdo material próprio, seja através das regras.

fenômenos: o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e o processo de interpretação das normas.

2.3. Os princípios.

O dogma da completude do ordenamento, como visto, encontra-se superado. Diante da complexidade e variedade de situações que ocorrem no seio da sociedade, na relação entre as pessoas e, por força do burocrático processo de criação das leis, o legislador jamais conseguirá acompanhar o ritmo imposto pelo mundo dos fatos. Porém, não é dado, por exemplo, ao Poder Judiciário, a possibilidade de não resolver um caso concreto, por força da ausência de regra prescritiva de conduta. Deve-se, neste contexto, analisar, descobrir e/ou buscar os valores que estão arraigados no *sistema jurídico* que, assim, passa a ser considerado como o complexo de normas jurídicas, ordenadas e coordenadas entre si, detentora de uma qualidade especial, qual seja, o seu valor axiológico.

No âmbito da clássica teoria tridimensional, o direito é considerado fato (aquilo que acontece no seio da sociedade, de onde é possível extrair os valores), norma (é a normatividade dos fatos e dos valores) e valor (o caráter axiológico dos fatos e das normas). Pode-se dizer que os valores que são importantes para o direito estão constantemente *orbitando* na sociedade; eles são normatizados, através dos modelos de apreensão colocados à disposição dos operadores e aplicadores do Direito, ou seja, através das regras e princípios. O ordenamento, portanto, será constituído não somente de regras jurídicas propriamente ditas, mas também dos princípios (que começam a ser descobertos quando as regras jurídicas tornam-se insuficientes para resolver todos os problemas vivenciados em sociedade), dos fatos e dos valores que o cercam. Há, como se vê, uma verdadeira interação entre os fatos, os valores e as normas.

Muda-se, agora, o enfoque: as normas jurídicas não são apenas regras; são elas, na realidade, regras e princípios. As normas jurídicas, neste diapasão, subdividem-se em normas-princípios e normas-regras, sendo certo que toda norma-regra possui como eixo uma norma-princípio. Assim, “se a regra é o corpo, o princípio é a vida e o valor a alma¹⁵⁸”. E,

¹⁵⁸ LIMA, Francisco Meton Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”**. Fortaleza: ABC Editora, 2001, p.

como expõe, com propriedade, Robert Alexy¹⁵⁹,

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. (...) A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, e com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.

Pois bem. O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios está relacionado ao fato de que estes (ou seja, os princípios) são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Os princípios, portanto, são considerados mandamentos de otimização, que se caracterizam pelo fato de que podem ser satisfeitos em graus variados, além do que a medida de sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas¹⁶⁰.

As regras, por sua vez, são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas (é a regra do tudo ou nada). Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras, portanto, contém determinações, no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma, portanto, é ou uma regra ou um princípio¹⁶¹.

Para Gustavo Zagrebelsky¹⁶², as regras proporcionam o critério das nossas ações, dizendo aquilo que devemos ou não devemos fazer; os princípios, diretamente, não dizem nada a este respeito, porém proporcionam critérios para tomar posição diante de

95.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86.

¹⁶² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 2009, p. 110.

situações concretas que *a priori* aparecem indeterminadas. Os princípios geram atitudes favoráveis ou contrárias, de adesão e apoio ou de dissenso e repulsa que pode estar diretamente implicado no caso concreto.

Vê-se, portanto, que o elemento importante é o distinto caráter *prima facie* de regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para outro caso. Princípios apresentam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre a razão e a contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas¹⁶³.

O caso das regras é diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, passam a possuir uma determinação de extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale, definitivamente, aquilo que a regra prescreve¹⁶⁴.

Outra importante diferença está na forma de solução das *antinomias* entre regras e princípios. O conflito entre regras, geralmente, é solucionado quando, em uma determinada norma jurídica, é introduzida uma cláusula de exceção para eliminar aquele conflito ou, quando uma das regras é considerada válida em relação à outra. Portanto, no conflito entre regras, diz-se que prevalece *o jogo do tudo ou nada*. A regra conflitante, pelos critérios tradicionais (especificidade, temporariedade ou pelo grau de hierarquia) é considerada inválida e, com isso, retirada, expungida do ordenamento jurídico¹⁶⁵.

A colisão entre princípios é solucionada de outra forma. Havendo princípios colidentes, promover-se-á a ponderação, diante do caso concreto. Não se retira ou se expunge

¹⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103/104.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.

¹⁶⁵ Esta afirmação é realizada sem descurar-se da teoria do diálogo das fontes, proposta por Erik James, já abordada no curso deste trabalho.

qualquer princípio do ordenamento jurídico. Ponderam-se os valores colocados em jogo diante do caso concreto. Naquela situação, em específico, prevalecerá determinado princípio cujo alcance poderá ser majorado ou minorado por outros princípios. Na verdade, um dos princípios passa a ter precedência em face do outro, sob determinadas condições; porém, quando estes mesmos princípios são deparados em condições diversas, esta mesma questão da precedência poderá ser resolvida de forma diametralmente oposta.

Na visão de Ricardo Luis Lorenzetti¹⁶⁶, no juízo de ponderação devem-se realizar os seguintes passos lógicos e distintos: (i) identificar um campo de tensão (constatação de uma situação de conflito entre princípios contrapostos); (ii) verificar qual é a alternativa mais econômica (ou seja, sendo possível encontrar uma solução que permita o cumprimento de um princípio sem afetar um terceiro da mesma categoria, deve-se optar por ela); (iii) analisar se estar-se-á diante de um caso de inaplicabilidade do juízo de ponderação, já que existem certos casos em que o direito proibiu alguns princípios ou existem bens dotados de máxima proteção; (iv) aplicação da ponderação, procurando considerar qual é o melhor ponto de equilíbrio entre o que é dado a uns e o que é tirado de outros e como ponderar os valores em jogo.

Para Luís Roberto Barroso¹⁶⁷, o conflito entre princípios também se dá através da utilização do critério da ponderação que seria composto, basicamente, de três etapas: (i) na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas; o propósito deste agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo; (ii) na segunda, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e a sua interação com os elementos normativos; o exame dos fatos e os reflexos sobre eles nas normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência; (iii) e, por fim, na etapa dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos ao caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso; em seguida, é preciso ainda decidir quão

¹⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 216/217.

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 358/360.

intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade e razoabilidade.

Além da questão relacionada à colisão dos princípios, é importante, ao menos, elencar as funções que eles desenvolvem dentro do ordenamento jurídico. E, no particular, expõe Zagrebelsky¹⁶⁸ que, segundo o ponto de vista tradicional, os princípios desempenham uma importante função supletória, integradora ou corretiva das regras jurídicas. Os princípios operam para aperfeiçoar o ordenamento e entram em jogo quando as outras normas não tiveram condições de desenvolver, plena e satisfatoriamente, a função reguladora a elas atribuídas. Concebidos como aperfeiçoamento do direito, os princípios desempenham uma função prática. Eles são, na feliz expressão de Renan Lotufo, a força motriz e a força matriz do sistema jurídico¹⁶⁹.

No entanto, ao se considerar seriamente a diferença estrutural entre os princípios e as regras, verificar-se-á a impossibilidade de reduzir o alcance dos primeiros a uma mera função acessória das segundas. A realidade, ao entrar em contato com o princípio, se vivifica, por assim dizer, e adquire valor. Ao invés de se apresentar de forma inerte, objeto meramente passivo de aplicação das regras jurídicas, a realidade iluminada pelos princípios aparece revestida de qualidades próprias. O valor se incorpora, impondo a adoção de uma tomada de posições jurídicas conforme *é* (mundo do ser). Ao ser iluminada pelo princípio, a realidade não contém em si um *dever-ser*, porém indica ao menos a direção em que deveria colocar-se a regra para não contrariar o valor contido no princípio.

Estas funções ganham relevo especial no ordenamento constitucional brasileiro. Como afirma Ana Paula de Barcellos¹⁷⁰, a ideia de Constituição é hoje uma referência verdadeira no seio da sociedade. A partir da segunda metade do Século XX,

¹⁶⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 2009, p. 109/122.

¹⁶⁹ Esta expressão de Renan Lotufo foi apresentada pelo Professor Dr. Fernando Rodrigues Martins, durante suas aulas no curso de Mestrado em Direito Público, com ênfase em Direitos e Garantias Fundamentais, na cadeira de Fundamentos de Direito Privado, no primeiro semestre letivo de 2011.

¹⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 13/22.

consolidou-se o entendimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica. Ocorre que, além de estruturar o Estado, passou-se a reconhecer à Constituição o poder de tomar decisões políticas fundamentais e estabelecer prioridades, fins materiais e objetivos públicos.

Sob a forma de normas-princípios, os valores passaram a ser as ideias centrais das Cartas Constitucionais e, a *fortiori*, dos Estados por ela organizados, independentemente do governo escolhido a cada momento. O Estado e todo o seu aparato, assim, são meios para o bem estar do homem, e não fim em si mesmos ou meios para outros fins. A dignidade da pessoa humana, portanto, é um axioma jusfilosófico e, além disso, um comando jurídico dotado de superioridade hierárquica¹⁷¹.

Outra importante função concebida aos princípios, na esteira do ensinamentos de Alexandre Davi Malfatti¹⁷², é dar conexão lógica ao sistema jurídico, possibilitando a interação e a efetividade de diversas normas. Neste contexto, os princípios assumem o papel de garantir a unidade sistêmica do ordenamento jurídico, adequando-o valorativamente (ou seja, trazendo aquilo que, obrigatoriamente, deve ou não deve ser protegido pelo Direito).

Apenas uma ressalva. Em momento algum, pretende-se defender a ideia de que o sistema é composto, apenas, por princípios ou que apenas a incidência desta especial categoria das normas jurídicas seja adotada para a solução de todos os casos concretos, para a colmatação das lacunas ou para a correção das antinomias. Precisam, portanto, são as lições de Alexandre Davi Malfatti¹⁷³ no sentido de que procura-se conferir um sentido de maior concretude aos princípios jurídicos que, logicamente, devem atuar em conjunto com as regras do ordenamento. E, é desta advertência que nasce a importância conferida, atualmente, à interpretação das normas (regras e princípios) jurídicas. Isso porque, como assinala Emilio Betti¹⁷⁴,

¹⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 23/26.

¹⁷² Malfatti, Alexandre David. **A força normativa dos princípios gerais de direito e dos princípios jurídicos**. In: Lacunas do Ordenamento Jurídico. Barueri: Manole, 2005, p. 103/107.

¹⁷³ Malfatti, Alexandre David. **A força normativa dos princípios gerais de direito e dos princípios jurídicos**. In: Lacunas do Ordenamento Jurídico. Barueri: Manole, 2005, p. 128.

¹⁷⁴ BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 198.

As normas, uma vez postas, tendem a se enrijecer na sua objetividade: eis a razão para o perigo de que elas se tornem, distanciando-se da atualidade, estranhas às exigências da vida. Percebe-se, assim, a necessidade de reagir a um enrijecimento estático, oferecendo instrumentos que assegurem a elasticidade e a capacidade dinâmica da ordem jurídica, mantendo-a em perene eficácia perante as exigências emergentes da vida social.

2.4. A interpretação das normas jurídicas.

O sentido de uma lei não se exaure em uma enunciação meramente descritiva ou narrativa de situações previstas pelo legislador, ou ainda, num juízo meramente hipotético. O intérprete não deve buscar, apenas, o sentido lógico de uma norma (através da mera subsunção); deve, na realidade, ter em mente o momento teleológico da norma jurídica: ou seja, juntamente com o conteúdo da fórmula legislativa, deve indagar-se a respeito da *ratio iuris*, que ilumina seu valor normativo. Isso porque toda norma (regra ou princípio) jurídica deve ser entendida como um *instrumento para um fim de convivência social*. Deve, portanto, buscar o verdadeiro sentido e alcance da norma jurídica objeto de interpretação.

A exigência mais urgente que se impõe no mundo atual ao intérprete está relacionada à superação do mero comportamento *intellectualista*, que tende a reduzir o objeto da interpretação à letra da lei, reduzindo seu ofício àquele de uma operação de lógica-formal, muitas vezes opaca, não permeável às necessidades de uma apreciação intrínseca, adversa à dinâmica do direito. Deve o intérprete espiritualizar a lógica do direito, de forma a considerá-la num movimento sistemático e teleológico¹⁷⁵. Neste sentido, importante lição de Karl Larenz¹⁷⁶, para quem

A toda norma jurídica pertenece, como trasfondo absolutamente ineludible para su comprensión, la realidad social para qual cual fue concebida, la situación jurídica en el momento de su nacimiento y la realidad social actual en la que debe operar. El jurista tiene que prestar atención a lo hechos sociales a que se refiere una norma cuando la interpreta.

A pauta orientadora e iluminadora da interpretação das normas é a justiça. Ao interpretar as leis, para a solução de casos jurídicos, não se pode esquecer que não se

¹⁷⁵ BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 203/227.

¹⁷⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia de la Ciencia del Derecho**. Barcela: Ariel, 2009, p. 179.

tratam de um enunciado qualquer; na realidade, são prescrições que devem ser obedecidas, são pautas de juízos prescritos brevemente: ou seja, são as normas. A necessidade de um pensamento orientado a valores surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração que precisa ser preenchida de conteúdo, para circunscrever um suposto feito ou uma consequência jurídica. Contém sempre uma ideia jurídica específica que, por certo, se subtrai a toda definição conceitual, porém que pode ser aclarada por meio de exemplos geralmente aceitos¹⁷⁷.

Portanto, quando se interpreta uma norma jurídica, não se deve considerá-la isoladamente, mas sim como parte de um ordenamento jurídico que procura o bem dessa comunidade num tempo e lugar precisos¹⁷⁸. E, este entendimento deve ser aplicado, principalmente, para as normas de natureza constitucional, pois, como afirma, com propriedade, Luís Roberto Barroso¹⁷⁹,

a ideia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – nem dos elementos tradicionais de hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos.

Com efeito, após os tristes acontecimentos políticos decorrentes do mero positivismo, surgiu um conjunto amplo de reflexões sobre a importância e o papel do Direito no mundo contemporâneo, que vem recebendo o nome de *pós-positivismo* jurídico, calcado na relações entre os valores, os princípios e as regras, aspectos da considerada *nova* hermenêutica constitucional, além da teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Por ora, deve-se ter em mente que a Constituição passa a ser entendida como um sistema aberto, dotada de regras e princípios, permeável a outros valores jurídicos, onde as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel

¹⁷⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia de la Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2009, p. 212/214.

¹⁷⁸ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 103/122.

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 345.

central¹⁸⁰. E, como assinala Gisele Santos Fernandes Góes¹⁸¹

O ajuste do enunciado normativo pelo magistrado aos novos costumes e valores sociais é capital. Por isso, o balizamento que envolve a atividade judicante é o da interpretação de qualquer enunciado jurídico que representa a seleção de um sentido totalmente coerente, se estiver segundo a Constituição Federal.

O processo de interpretação das normas constitucionais calca-se em alguns *princípios instrumentais* que, na verdade, desempenham o papel de premissas conceituais, metodológicas e finalísticas que devem ser respeitadas pelo intérprete, dentre os quais é possível explicitar os princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, da interpretação conforme à Constituição, da unidade da Constituição, da razoabilidade ou da proporcionalidade e da efetividade das normas constitucionais.

Para o objeto deste estudo, guarda especial temática: (i) o princípio da unidade da Constituição, já que a ordem jurídica é um *sistema*, que pressupõe unidade, equilíbrio e coerência; assim, por força deste princípio, não há falar em hierarquia entre as normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da sua harmonização¹⁸² possível, *in concreto*, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham; (ii) o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, uma vez que se reveste de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais, por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema; (iii) o princípio da efetividade das normas constitucionais, ou seja, o intérprete constitucional deve ter o compromisso com a máxima efetividade da Constituição; assim, entre as interpretações alternativas e plausíveis,

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 349/351.

¹⁸¹ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase os princípios jurídicos**. In: Sistema e tópica interpretação do ordenamento. Renan Lotufo (org.). Barueri: Manoel, 2006, p. 94.

¹⁸² Para Lorenzetti, a harmonização é uma regra consagrada na jurisprudência dos Tribunais. A primeira consequência que pode ser derivada dessa regra de complementariedade é que deve ser buscada a maior satisfação possível. Assim, se diz que, na colisão de bens jurídicos constitucionalmente protegidos, deve ser buscada a solução que faça com que tudo isso conserve a sua integridade; que as normas constitucionais devem ser interpretadas harmonizadamente, respeitando os princípios fundamentais que as informam (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 216/217).

deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional.

E, todos esses ensinamentos serão agora direcionados para a concretização do elemento de extrema importância para os fins deste estudo: a natureza do chamado *mínimo essencial* ou *paradigma da essencialidade*.

2.5. O mínimo existencial.

A ordem constitucional vigente, ao consagrar, no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e ao estabelecer como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), voltada, especificamente, à erradicação da pobreza e da marginalização (artigo 3º, III), estabeleceu, coerentemente com estes postulados, uma série de mecanismos destinados a garantir a todo ser humano um mínimo existencial.

O mínimo existencial, inclusive, encontra-se sedimentado no âmbito internacional, como se vê pela disposição contida no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, ao prever que “toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem estar e o de sua família, especialmente para alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários”.

Como ensina Tereza Negreiros, o mínimo existencial está associado “à manutenção de um padrão mínimo de vida, o que equivale a associar a essencialidade à conservação da dignidade da pessoa humana”¹⁸³. Afirma, ainda, a referida jurista que a essencialidade é considerada “a linha de separação entre a humanidade e a desumanidade”¹⁸⁴. Por tal razão, por exemplo, a Corte Constitucional da Alemanha, como pontua Ricardo Lobo Torres, define o mínimo existencial como sendo tudo aquilo que é “necessário à existência digna”¹⁸⁵.

¹⁸³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 402.

¹⁸⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 303.

¹⁸⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 37.

Dispõe o artigo 6º da Constituição Federal que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Tais direitos, portanto, destinam-se à garantia de uma vida digna, de todo e qualquer cidadão. A responsabilidade pela satisfação de todas essas carências é atribuída, não apenas ao Estado, mas também à sociedade. Porém, convém indagar: quais seriam as possibilidades destinadas aos membros da sociedade e o Estado Brasileiro para a concretização do mínimo existencial? A resposta dá-se, no mínimo, em duas frentes, que podem ser constatadas na Constituição Federal.

Uma das formas de atuação dos membros da sociedade dentro do Estado é através da livre iniciativa privada, fruto do sistema capitalista de produção e acúmulo de riquezas. Pessoas reúnem-se para a Constituição de uma empresa (em busca de lucros) que, por sua vez, exercerá o papel traçado pela disposição contida no artigo 170 da Constituição Federal. Ocorre que a ordem econômica, ao lado da princípio da livre iniciativa, encontra-se fundada em outros elementos que merecem atenção especial: a valorização do trabalho humano, como forma de assegurar o respeito à existência digna, através da busca do pleno emprego.

Veja que o contrato de emprego, de índole eminentemente privado, é colocado pelo legislador constitucional como elemento concretizador do princípio da dignidade da pessoa humana. Por meio deste pacto o trabalhador é contratado para prestar serviços de natureza pessoal a outrem. Também é por meio dele que a pessoa humana receberá seu salário, que pode resumidamente ser definido como a contraprestação paga pelo empregador por força dos serviços prestados ou pelo tempo que o trabalhador se encontra à sua disposição, aguardando ou recebendo ordens.

Esta é a razão pela qual o legislador constitucional, visando a garantir o respeito ao mínimo existencial, dispôs expressamente no artigo 7º, inciso IV da Constituição Federal, que todo e qualquer salário deve ter a capacidade de, no mínimo, atender às necessidades básicas e vitais, não só do trabalhador, mas também de sua família, tais como a moradia, a alimentação, a educação, a saúde, o lazer, o vestuário, a higiene, o transporte e a previdência social, ressaltando, ainda, a obrigatoriedade de concessão de reajustes periódicos

para a preservação de seu poder aquisitivo.

A regra inscrita no artigo 7º, inciso IV da Constituição Federal, ao fazer referência ao trabalhador e à família, demonstra que a preocupação não está dirigida ao indivíduo isolado, mas à pessoa inserida no contexto social. Como bem adverte Luiz Edson Fachim¹⁸⁶

A pessoa humana, como bem supremo do Direito, não é um elemento abstrato, isolado, dotado de plenos poderes, com direitos absolutos e ilimitados. A coexistencialidade implica que se assegure não só o pleno desenvolvimento da pessoa individual, mas, simultaneamente, que as demais pessoas com as quais o indivíduo está em relação também possam ter esse desenvolvimento, de forma solidária.

Como afirma Francisco Eduardo Loreiro¹⁸⁷, a dignidade da pessoa humana

deve ser entendida como referência unificadora de todos os direitos fundamentais do homem, assegurando uma base antropológica estruturante do Estado de Direito. Reúne, assim, a afirmação da integridade física e espiritual do homem (incluída a individualidade), garantida pelo livre desenvolvimento da personalidade, pela defesa da autonomia individual, pela igualdade de tratamento e pelo *fornecimento de condições mínimas de existência*.

O salário, no âmbito contratual trabalhista, portanto, é o elemento que garante e concretiza o mínimo existencial da pessoa humana e de sua família. É através dele que o trabalhador encontrará os meios necessários para adquirir os bens materiais e imateriais que são indispensáveis para viver com dignidade. Como ensina Tereza Negreiros¹⁸⁸,

a Constituição Federal de 1988 está inserida na tendência comum às Constituições modernas, as quais deslocam o valor fundamental não mais para a propriedade ou para as *rendas*, mas sim para o ser humano e seus direitos fundamentais. A propriedade e a *renda* são agora encaradas como instrumentos para a realização da dignidade da pessoa humana.

E, como afirma Fábio Rodrigues Gomes¹⁸⁹, “localizamos, portanto, na renda

¹⁸⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47.

¹⁸⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Direito ao sossego**. In: LOTUFO, Renan. (Coord.). **Cadernos de Direito Civil Constitucional**. Curitiba: Ed. Juruá, 2001, p. 113.

¹⁸⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 450.

¹⁸⁹ GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 229.

obtida através do trabalho, o primeiro ponto de inflexão capaz de reforçar o processo de (re)humanização do trabalhador”. Prossegue, ainda, esclarecendo que é por intermédio dos salários que “a maior parte dos indivíduos encontra os meios materiais indispensáveis para a construção de um padrão de vida digno”¹⁹⁰.

Ocorre que esta renda não advém, tão somente, do salário. Existem hipóteses em que o trabalhador, diante de um regular contrato de emprego, encontra-se parcial ou totalmente incapacitado para o desempenho de suas funções, por exemplo, pelo acometimento de alguma doença, de natureza comum ou acidentária. E, nesta situação, é o Estado quem deterá a obrigação de garantir a concretização do mínimo existencial ao trabalhador e à sua família, porque, ao lado da livre iniciativa econômica, a ordem social também é direito fundamental do cidadão. Esta obrigação é cumprida pela seguridade social, assim entendida como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social a todos aqueles que dela precisarem.

Para este trabalho, ganha relevante interesse o papel desempenhado, especificamente, pela previdência social, uma vez que é através dela que se garante a cobertura (ou melhor, a *renda* necessária) para o trabalhador e/ou sua família em casos de doença, invalidez, morte, idade avançada e outras situações previstas no artigo 201 da Constituição Federal, por meio dos benefícios previdenciários previstos em lei.

O respeito à dignidade da pessoa humana, portanto, é obrigação primária do Estado e da sociedade. Leciona Ricardo Lobo Torres¹⁹¹ que “o mínimo existencial é regra, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação”. Porém, é muito mais do que uma simples regra, porque poderia, em casos de conflito, ser resolvida pelo simples jogo do *tudo ou nada*. É direito fundamental, concretizador do princípio da dignidade humana, de observância obrigatória pelo Estado e por aqueles que desenvolvem atividade econômica no seio da sociedade, uma vez que “as necessidades humanas fundamentais, a pessoa e a sua dignidade passam a ser o critério e a medida dos

¹⁹⁰ GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 229.

¹⁹¹ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 84.

contornos jurídicos”¹⁹². É a baliza que deve ser utilizada pelo intérprete para a solução de casos difíceis. É, portanto, um *valor* que integra o sistema jurídico-axiológico, positivado no seio da Constituição Federal que, portanto, deve servir de orientação para todo e qualquer intérprete.

Como se viu, no curso deste segundo capítulo, partiu-se do conceito de norma para chegar ao sistema jurídico, como um complexo ordenado e coordenado de normas jurídicas, composta de regras e princípios, qualificado pelo seu caráter axiológico (ou seja, *regado* de valores vigentes no seio da sociedade). O mínimo existencial possui particular relevo: é por meio dele que regras jurídicas foram editadas; porém, mais do que simples regra, é um valor, de observância obrigatória dentro do sistema jurídico.

Este valor encontra-se positivado na Carta Magna, razão pela qual é possível considerá-lo como um direito fundamental, concretizador do princípio da dignidade da pessoa humana, de especial importância nos contornos que devem ser dados à livre iniciativa, por meio dos contratos de emprego, e ao Estado, através da previdência social, já que não é possível dizer que a pessoa humana (considerada não de forma isolada, mas no contexto social, ou seja, com a família) possa viver com dignidade, se não possui as condições econômicas necessárias para adquirir os bens materiais e imateriais que são imprescindíveis para esta efetiva qualidade de vida.

Todas as questões que até o presente momento foram debatidas neste trabalho influenciarão, diretamente, na solução de um grande problema que acomete o trabalhador, quando, após recebimento de benefício previdenciário por incapacidade laborativa, lhe é concedida a *alta médica do INSS* e, assim que comparece perante a sua empregadora, recebe a notícia que *ainda* encontra-se incapacitado para o labor, não podendo retornar ao emprego.

¹⁹² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 473.

CAPÍTULO 3: A Competência da Justiça do Trabalho para restabelecer benefícios previdenciários por incapacidade laborativa.

Os contornos da problemática lançada na introdução e no final do capítulo anterior serão, agora, melhor explicitados. Para tanto, procurar-se-á demonstrar a situação que aflige a pessoa do trabalhador, para, num segundo momento, analisar a evolução e o regramento constitucional acerca da competência da Justiça do Trabalho, notadamente no que tange às questões previdenciárias.

Em seguida, com base em arestos prolatados pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG), será abordada a evolução da jurisprudência no exame de casos similares. E, de posse de todos esses dados, cumulados com as bases jurídicas já apresentadas, passar-se-á para o ponto final deste estudo: a apresentação de uma perspectiva de solução, calcada na reinterpretação das normas constitucionais, observando os valores axiológicos do sistema constitucional brasileiro.

3.1. A angústia do trabalhador.

Tem em sido comum o Poder Judiciário Trabalhista ser chamado a enfrentar a seguinte situação: determinado empregado, com regular contrato de trabalho, encontra-se afastado de suas atividades profissionais, por estar recebendo benefício previdenciário (auxílio-doença de origem comum ou de natureza profissional) até chegar o momento em que este trabalhador é submetido a uma perícia médica junto ao INSS que o considera apto ao labor, procedendo, assim, ao imediato cancelamento do respectivo benefício; esta pessoa, posteriormente, em virtude da decisão de natureza administrativa, dirige-se à sede da empregadora para retomar as suas funções, quando, agora, é comunicado pelo médico da empresa que, na verdade, encontra-se inapto para o trabalho, razão pela qual não será possível desenvolver as atividades profissionais para as quais foi contratado.

Inicia-se, então, um grande *martírio* na vida daquele trabalhador: passa, a partir da decisão administrativa exarada pelo INSS, a não receber mais qualquer valor a título de benefício previdenciário; ao mesmo tempo, por força da avaliação clínica realizada pelo

médico da empresa, não poderá retomar, normalmente, as suas atividades laborativas, ficando, também, sem salários e outras vantagens decorrentes da regular prestação de serviços (adicionais, horas extras, comissões etc.); dificilmente, diante desta peculiar situação, ele conseguirá se vincular a outra fonte de renda. O resultado é um só: o trabalhador fica, literalmente, alijado de quaisquer condições para arcar com o sustento próprio e de sua família.

Geralmente, percorre-se o seguinte caminho: o trabalhador que, de repente, viu-se sem qualquer fonte de subsistência, formula, com base no laudo médico (ou documento equivalente) apresentado pelo empregador, um pedido administrativo de reconsideração do cancelamento do benefício previdenciário que, em tese, pode ser negado; diante desta resposta, busca, então, o Poder Judiciário, ingressando com uma demanda perante a Justiça Comum (Federal ou Estadual, a depender da prestação que está recebendo), postulando o restabelecimento da benesse previdenciária, com pedido de antecipação dos efeitos de tutela que pode não ser concedido.

O trabalhador, neste contexto, continuará não recebendo a sua principal (quicá, a única) fonte de subsistência pessoal e familiar. Por esta razão, ele retorna à sede da empregadora, requerendo retomar a sua vida profissional, o que não é aceito diante da suposta incapacidade laborativa. Ajuíza, agora, uma segunda demanda, na Justiça do Trabalho, contra seu empregador, dizendo que o INSS o considerou apto ao trabalho, inexistindo razão jurídica para não retornar às atividades profissionais. Requer-se, com isso, o pagamento de salários, desde a alta médica até o efetivo retorno, ou, ainda, a rescisão indireta do contrato de trabalho por descumprimento de obrigações basilares desta relação jurídica. O empregador se defende, então, dizendo que o trabalhador está inapto, tanto assim o é que promoveu ação perante a Justiça Federal, postulando o benefício negado.

A situação é contraditória. Afinal de contas, está apto ou inapto o autor das demandas para o desempenho de sua atividade laborativa? Esta é a pergunta para a qual se aguarda uma resposta *concreta* do Poder Judiciário. Mas, a Justiça do Trabalho e a Justiça Federal, em demandas *distintas*, poderão ofertar uma resposta *coerente* à pretensão de direito material vindicada? Ao menos em tese, a resposta a esta pergunta poderá ser negativa; o

caminho percorrido pelo trabalhador poderá ser considerado, inclusive, *suicida*, uma vez que as duas ações tramitam em órgãos distintos do Poder Judiciário (Justiça Comum, Estadual e/ou Federal e Justiça do Trabalho). Em ambos os processos, provavelmente, serão realizadas perícias médicas distintas. Basta, para tanto, que os laudos sejam contraditórios: aquele realizado perante a Justiça Comum, considerando o trabalhador apto ao trabalho, dando razão ao INSS no cancelamento do benefício previdenciário; o apresentado pelo perito nomeado pela Justiça do Trabalho, por sua vez, considera o trabalhador inapto, dizendo que a postura do empregador está correta.

E, agora? As decisões judiciais, calcadas nos referidos laudos médicos, serão provavelmente contraditórias. O Poder Judiciário, ao invés de pacificar o conflito, agravou a situação do trabalhador! É possível concluir que existe algo de *equivocado*, uma vez que, até para o mais leigo ser humano, um trabalhador apenas poderá ser considerado apto ou inapto ao trabalho. Não existe aptidão e inaptidão simultâneas. A dignidade da pessoa humana é desrespeitada, por retirar do trabalhador a condição de adquirir os bens materiais e imateriais necessários para uma vida digna, já que, num simples *passe de mágica*, deixa de receber salários e benefícios previdenciários, sem qualquer outra fonte de renda. O mínimo existencial lhe é retirado.

Convém ressaltar, ainda, que a dúvida sobre a aptidão ou inaptidão para o trabalho poderá desencadear consequências jurídicas de extrema gravidade para o empregador e para o trabalhador. Diz-se isso porque os riscos de que uma pessoa, sem plenas condições laborativas, venha a sofrer um acidente do trabalho aumenta consideravelmente. E, neste caso? Terá o empregador a responsabilidade em indenizar aquele empregado vítima de infortúnio laboral, quando o médico por ela contratado elabora um laudo dizendo que há efetiva incapacidade, contrariando a alta médica exarada pelo INSS? E a integridade física e psicológica do trabalhador que foi agravada por um acidente que poderia, tranquilamente, ter sido evitado, com a simples convergência de opiniões clínicas a respeito de sua saúde?

Deve-se, neste compasso, buscar uma solução mais adequada. Uma resposta que esteja calcada nos primados do valor social do trabalho, no respeito à pessoa humana e na garantia do *mínimo existencial*. O trabalhador, na condição acima estabelecida, fica privado

dos meios necessários para a sua sobrevivência. E, sem a possibilidade de alcançar a concretização de suas necessidades básicas, há efetiva violação de sua *honra humanista*¹⁹³, na feliz expressão de Carlos Ayres Britto. Torna-se necessário buscar um mecanismo que possa, efetivamente, equilibrar este problema.

Esta equação perpassa, obrigatoriamente, pelo pleno acesso à Justiça do Trabalho. A nova ordem constitucional, trazida pela EC 45/04, autoriza a criação de um entendimento que, de uma vez por todas, possa eliminar a situação que aflige o trabalhador, por meio de um caminho processual que poderá trazer maior segurança jurídica às partes envolvidas, bem como demarcará, de forma definitiva, o importante papel consagrado à Justiça do Trabalho na promoção dos direitos fundamentais.

Imprescindível, assim, a análise da evolução da competência da Justiça do Trabalho no que diz respeito, especificamente, às questões de natureza previdenciária, findando este estudo na última reforma constitucional.

3.2. Evolução histórica da competência da Justiça do Trabalho, a partir da Constituição de 1988.

Inicialmente, convém esclarecer que foge dos limites deste trabalho o exame aprofundado de toda a evolução histórica acerca da competência da Justiça do Trabalho, desde a sua criação até os dias atuais. O tema objeto de estudo será restringido: será abordado, tão somente, o assunto após o advento da Constituição Federal de 1988. A limitação faz-se pertinente porque, até a Carta de 1969, o exame de algumas questões de natureza previdenciárias jamais esteve afeto ao âmbito de atuação da Justiça Especializada, demonstrando, com isso, a desnecessidade de investigação do assunto em relação a períodos anteriores.

Pois bem. Previa o artigo 114 da Constituição Federal de 1988, em sua redação original:

¹⁹³ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 98.

Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive, coletivas.

Parágrafo 1º: Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

Parágrafo 2º: Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

Até então, sempre foi esta a matéria atribuída à Justiça do Trabalho: julgar, por excelência, os conflitos decorrentes da relação de emprego. A competência da Justiça do Trabalho estava pautada por um critério de natureza eminentemente *subjetiva*. Esta conclusão é extraída da locução *dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores*. Ou seja, a competência da Justiça do Trabalho para os dissídios de natureza individual dependia da presença de duas figuras: de um lado, o trabalhador (ou melhor, aquele que prestava serviços de natureza pessoal, para outrem, de forma não eventual, mediante subordinação e salário) e, do outro lado, o seu respectivo empregador. A Justiça do Trabalho, neste momento, praticamente não apreciava qualquer matéria de natureza *eminente* previdenciária. Estas questões estavam afetas à Justiça Comum (Federal ou Estadual).

A situação passa a mudar de enfoque a partir da edição da Emenda Constitucional 20/98, que acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 114 da CF, estabelecendo que, *in verbis*:

Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no artigo 195, I, *a*, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

Esta, pode-se dizer, foi a primeira grande alteração ocorrida no âmbito da competência material da Justiça do Trabalho. Agora, à Especializada não competia mais, tão somente, o exame de parcelas típicas de um contrato de emprego. Além destas verbas, as contribuições sociais incidentes sobre as folhas de pagamento, em relação àqueles direitos de natureza salarial, e seus acréscimos legais, passaram a ser objeto de análise, pormenorizada,

por parte dos Juizes do Trabalho. Várias foram, naquele momento histórico, as críticas endereçadas ao legislador constitucional, dentre as quais destaca-se a do professor Manoel Antonio Teixeira Filho¹⁹⁴, para quem:

Sob o aspecto político, não podemos deixar de dizer que a Emenda Constitucional 20/98, queiramos ou não, acabou por transformar a Justiça do Trabalho em órgão arrecadador de contribuições previdenciárias; e os seus juizes, em agentes do Executivo – o que é algo preocupante, sob a perspectiva da clássica tripartição dos Poderes da República e da autonomia que a própria Constituição Federal assegura a cada um deles.

Ao lado das questões de natureza tipicamente *trabalhista* passaram a ser objeto de decisão jurisdicional as demandas envolvendo a execução das contribuições previdenciárias. O INSS passou, com isso, a atuar ativamente em todos aqueles processos que, na fase de execução, perante a Justiça do Trabalho, surgissem contribuições sociais a serem apuradas. A Justiça do Trabalho passou, portanto, a se *familiarizar* com os temas previdenciários. Base de cálculo das contribuições previdenciárias, fato gerador do tributo, início do fluxo prescricional, contagem de juros moratórios e correção monetária destas parcelas são exemplos de temas que o Juiz do Trabalho recorrentemente começou a apreciar e julgar.

Existiu um verdadeiro diálogo de fontes, já que para tornar-se possível a análise jurisdicional destes e de outros temas, o Juiz do Trabalho viu-se obrigado a se socorrer de todos os ensinamentos trazidos pela doutrina e pela jurisprudência em matéria previdenciária. É de se recordar que a Previdência Social surgiu como um elemento da legislação trabalhista, vez que partiu da premissa que o empregado deveria ser protegido em todos os seus aspectos, desde o momento da contratação¹⁹⁵. Existe, portanto, uma *interseção* e uma *interação* direta entre os microssistemas denominados *Direito do Trabalho* e o *Direito Previdenciário*: o primeiro reflete no segundo e vice-versa.

Mas, até aqui, ainda prevalecia o aspecto subjetivo da competência material da Justiça do Trabalho, situação que sofreu profunda alteração com o advento da Emenda

¹⁹⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Execução no Processo do Trabalho**. São Paulo: Editora LTR, 2001, p. 642.

¹⁹⁵ ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. **Fundamentos Constitucionais da Previdência Social**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 32/33.

Constitucional 45/04.

3.2.1. A mudança de paradigma: a EC 45/04.

A Emenda Constitucional 45/04 mudou, radicalmente, a análise da competência da Justiça do Trabalho. Passou o artigo 114 da CF a deter a seguinte redação, *in verbis*:

Artigo 114 da CF: Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

Inciso I: as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Inciso II: as ações que envolvam o direito de greve;

Inciso III: as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

Inciso IV: os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

Inciso V: os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no artigo 102, I, o;

Inciso VI: as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.

Inciso VII: as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

Inciso VIII: a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

Inciso IX: outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

A ampliação da competência material da Justiça do Trabalho é incontroversa. Uma série de demandas que, antigamente, estavam sob o exame de outros órgãos do Poder Judiciário, foram deslocados para a Especializada. Houve uma objetivação da atribuição das tarefas conferidas aos juízes do trabalho: ao invés da análise subjetiva da competência, o que realmente passou a interessar foram os litígios que possuam, como base principal, a matéria de natureza trabalhista.

A redação do inciso I do artigo 114 da CF é clara: são de competência da Justiça do Trabalho as demandas que sejam oriundas, ou seja, originadas de uma relação de trabalho. Ressalte-se que o legislador constitucional, no campo estritamente processual, adotou uma técnica que faz parte do modelo mais atualizado na redação das regras: a

instituição de uma *cláusula geral e aberta*. Isso porque não há nenhuma norma legal que possa definir, de maneira clara e concreta, o significado da expressão “*oriundas da relação de trabalho*”. E, recorde-se: relação de trabalho é gênero, que difere, por completo, do conceito (este sim legal) de relação de emprego (que é, nada mais, nada menos de que uma das espécies de relação de trabalho, como ocorre, por exemplo, com o trabalho voluntário, o trabalho autônomo, o trabalho eventual etc.).

As cláusulas gerais abertas, na visão de Tereza Ancona Lopez¹⁹⁶, são normas jurídicas, “nas quais podem subsumir-se os mais diferentes comportamentos. É norma dúctil e flexível, e o significado preciso do conteúdo da cláusula geral somente surgirá na hora de aplicação dessa hipótese aberta ao caso concreto”. Nas lições de Judith Martins-Costa¹⁹⁷,

considerada sob o ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluida' ou 'vaga', caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.

A adoção das cláusulas gerais, pelo legislador constitucional, possibilita uma contínua renovação do Direito, sem a necessidade de edição de outras regras¹⁹⁸. Como afirma Clóvis Bevilacqua, o direito positivado “não encerra todo o complexo jurídico elaborado pela vida em comum. As suas teses se dilatam ou flexionam dentro de seu sistema legislativo, para se ajustar às relações humanas, de verdade indefinida”¹⁹⁹. As cláusulas gerais,

¹⁹⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, 0. 95.

¹⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 303.

¹⁹⁸ É neste ponto que, para Eduardo Milléo Baracat, diferem as cláusulas gerais dos denominados conceito jurídico indeterminados. Na visão do renomado jurista paranaense, “tanto a cláusula geral quanto o conceito jurídico determinado contém em seus enunciados uma vagueza semântica, em virtude da utilização de conceitos indeterminados. A cláusula geral, no entanto, exige que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma, enquanto no conceito jurídico indeterminado, o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois individualizar os confins de hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente). Ao aplicar a norma que contenha um conceito jurídico indeterminado, o juiz não cria, mas opera a subsunção, conquanto tenha de averiguar quais são as conotações adequadas e as concepções éticas efetivamente vigentes” (BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: Editora LTR, 2003, p. 69).

¹⁹⁹ BEVILAQUA, Clóvis. **A Constituição e o Código Civil**. In: Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista

no ordenamento constitucional, possibilitam, nas palavras de Gisele Santos Fernandes Góes²⁰⁰, a “materialização do binômio interpretação e aplicação com argumentação, ocasionando a dinâmica do e no ordenamento jurídico”. O caráter aberto das cláusulas gerais, portanto, facilita sua adaptabilidade às constantes mudanças da realidade, porque, através da interpretação, é possível obter um sentido que seja adequado à nova situação, sem necessidade de proceder à sua reforma²⁰¹.

É através deste tipo de norma, de conceito abstrato, que se torna possível encontrar a solução mais conveniente para o caso concreto, sem que o aplicador do Direito fique *amarrado* aos limites interpretativos que geralmente são traçados pelas normas *fechadas*. Por meio das cláusulas abertas, o intérprete poderá *trabalhar* com os princípios e valores existentes no seio do sistema jurídico (como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial), em busca da solução mais justa e equânime.

Pode-se dizer que por meio da EC 45/04 o legislador constitucional brasileiro adotou uma espécie de cláusula geral aberta em matéria de divisão de competência dos órgãos do Poder Judiciário, ao estabelecer que será de atribuição da Justiça do Trabalho o exame de todas as questões que sejam, simplesmente, *oriundas da relação de trabalho* (artigo 114, inciso I da CF) expressão esta que não encontra nenhuma definição legislativa. E, assim o fez porque

a lei processual não pode antever as verdadeiras necessidades do direito material, uma vez que essas não apenas se transformam diariamente, mas igualmente assumem contornos variados conforme os casos concretos. Diante disso, chegou-se naturalmente à necessidade de uma norma processual destinada a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar, ainda que dentro de sua moldura, os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos²⁰².

É por isso que se torna possível dizer que o alcance e os limites da locução

dos Tribunais, 2002, p. 246.

²⁰⁰ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase os princípios jurídicos.** In Renan Lotufo (org.). Sistema e tópica interpretação do ordenamento. Barueri: Manoel, 2006, p. 94.

²⁰¹ GAREA, Rafael Colina. **La función social de la propiedad en la Constitución Española de 1978.** Barcelona: José Maria Bosch, 1997, p. 236/237.

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª Ed., 2011, p. 123.

contida no inciso I do artigo 114 da CF estão sendo delimitados diante de cada caso concreto. Esta ponderação será de suma importância no desenvolvimento da argumentação que se pretende desenvolver.

3.3. A problemática na visão do TRT/MG: uma abordagem crítica da jurisprudência.

Antes de se chegar ao ponto final deste trabalho, é inevitável a análise, mesmo que sucinta, da jurisprudência. Foi eleito, nesta pesquisa, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, tão somente para demonstrar o caminho que tem sido adotado nas decisões judiciais proferidas nesta matéria. O objetivo principal é, por meio dos arestos que serão transcritos, demonstrar a evolução da jurisprudência deste Tribunal, porém, adotando-se um olhar crítico.

A primeira decisão encontrada junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a respeito da matéria, foi lavrada pelo Desembargador Eduardo Augusto Lobato, *in verbis*:

EMPREGADO QUE RETORNA AO TRABALHO APÓS AFASTAMENTO COM CONCESSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA NOVO AFASTAMENTO DENTRO DE SESENTA DIAS PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO. Se o empregado afasta-se das atividades laborais, usufrui de benefício previdenciário, obtém alta e reassume suas funções na empresa para, dentro de sessenta dias, afastar-se em decorrência do mesmo mal, deve ele procurar o INSS para pleitear a prorrogação do benefício; aplica-se, no caso, o disposto no art. 75, parágrafo 3-o , do Regulamento da Previdência Social (aprovado pelo Decreto n. 3.048/99), não cabendo ao empregador remunerar os dias relativos ao novo afastamento, tendo em conta que já cumpriu sua obrigação legal de arcar com aquele pagamento. (Processo n. 7382/2000; Órgão Julgador: Quinta Turma; Relator: Desembargador Eduardo Augusto Lobato; DJMG: 14.10.2000).

O entendimento adotado no caso em análise foi no sentido de que, diante da alta médica concedida pelo INSS e, havendo dúvidas a respeito da incapacidade laborativa do trabalhador, deverá o obreiro formular pedido de prorrogação do benefício previdenciário. O importante, neste momento, é deixar consignada a posição no sentido de que o requerimento administrativo deverá ser interposto pelo empregado, não competindo ao empregador a responsabilidade pelo pagamento de quaisquer valores ao trabalhador, durante o período em

que se discute a sua situação perante a Autarquia Previdenciária.

Veja que o empregado, neste caso, não receberá seus salários decorrentes do pacto laboral e, durante todo o período em que estiver discutindo a questão junto ao INSS, também não receberá o benefício previdenciário correspondente, uma vez que já obteve *alta médica*.

E se o INSS não prorrogar o benefício previdenciário? O que o trabalhador deverá fazer? Não há resposta para o problema que se apresenta.

Foi encontrado, ainda, o seguinte Acórdão, datado do ano de 2002:

AFASTAMENTO. NEGATIVA DE AUXÍLIO-DOENÇA PELO INSS. INAPLICABILIDADE DA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. Embora seja o contrato de trabalho sinalagmático, o sinalagma não é perfeito, pois não se dá entre a efetiva prestação de serviços e a contraprestação pecuniária, mas entre esta e a potencial prestação de serviços (art. 4.º da CLT). Assim, na verdade, o que revela a bilateralidade do contrato de trabalho é a sujeição do empregado às ordens do empregador (subordinação), enquanto este se obriga ao pagamento de salários. Desses elementos decorre o fato de que o princípio da *exceptio non adimpleti contractus* (art. 1092 do CC) não é plenamente aplicável ao contrato de trabalho, exatamente pelo fato de que o empregador tem o poder de exigir a prestação de serviços do seu subordinado. Em virtude desta característica *sui generis* do contrato de trabalho, o empregador detém o poder disciplinar sobre o empregado. Portanto, se a reclamante, apta para o trabalho de acordo com a decisão do INSS, permaneceu afastada por mais de dez meses, e retornou ao trabalho, sem qualquer penalidade, isto quer dizer que tinha a plena anuência do reclamado. Se o INSS tardou em julgar o recurso administrativo interposto, cumpria ao reclamado acatar a decisão primeira, retomando o curso normal do pacto laboral. Se, ao revés, ao seu talante, resolveu afastar a reclamante, quando podia obrigá-la a trabalhar, é óbvio que deve arcar com sua remuneração, já que a alteração contratual nociva ao empregado é expressamente vedada (art. 468 da CLT). (Processo: 1710-2001-059-03-00-3; Órgão Julgador: Quinta Turma; Relator: Juiz Convocado Rogério Valle Ferreira; DJMG: 04.05.2002).

Em decisão similar, o seguinte aresto:

ALTA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - RETORNO AO TRABALHO IMPEDIDO PELO EMPREGADOR - Divergindo as conclusões das perícias do INSS, pela aptidão da empregada para o trabalho,

e do médico da empresa, pela incapacidade laboral, prevalece a posição da autarquia, a quem compete a responsabilidade sobre os exames médicos para concessão e manutenção de benefícios, conforme art. 170 do Decreto n. 3.048/99. Ciente de que a reclamante teve a prorrogação do auxílio-doença negada, e, portanto, segundo a Previdência Social, passou a ser considerada apta para o trabalho, a reclamada deveria ter dado solução ao contrato, com a sua continuação ou extinção, sendo que, conforme Súmula 32 do TST, ela poderia até mesmo rescindi-lo por abandono, se não reassumido pela reclamante em 30 dias, sem justificativa. Optando por tolerar a situação de discrepância entre as posições de seu médico próprio e as da perícia previdenciária e terminando por reconhecer, posteriormente, a aptidão da obreira para o trabalho, a reclamada, sem desconstituir robustamente a conclusão do INSS, deve responder pelos salários e demais vantagens trabalhistas da autora do período em que lhe impediu de trabalhar em discussão, uma vez que, em vez de dar seguimento ao contrato, diante da situação jurídica já consolidada, assumiu o risco de mantê-lo nessa situação temporariamente indefinida (Processo n. 00837-2008-002-03-00-0; Órgão Julgador: Turma Descentralizada; Relator: Juíza Convocada Maria Cristina Diniz Caixeta; DJMG: 07.07.2009).

Por estas decisões, constata-se posicionamento oposto. Na dúvida entre a conclusão exarada pelo INSS e o médico da empresa, competiria à empregadora determinar o imediato retorno do trabalhador ao exercício de suas atividades profissionais. Não poderia a empresa, neste caso, aguardar o resultado final de eventual recurso administrativo interposto pelo obreiro, na tentativa de prorrogar o benefício previdenciário, como decidido no primeiro aresto. Acaso a empresa resolva esperar o resultado deste recurso administrativo, arcará ela, integralmente, com os riscos de sua postura, respondendo pelo pagamento dos salários desde a alta médica previdenciária até o efetivo retorno ao posto de serviço. Neste mesmo sentido, foram encontradas as seguintes decisões:

AUXÍLIO-DOENÇA. DIVERGÊNCIA ENTRE OS LAUDOS DO INSS E DO MÉDICO DO TRABALHO. Não pode o empregador transferir ao empregado o risco do seu empreendimento. Se o INSS considera a empregada apta ao trabalho e o empregador, não concordando com o laudo do Instituto, impede o retorno da obreira, deve impetrar as medidas cabíveis, administrativas e judiciais, a fim de dirimir a questão junto ao Órgão Previdenciário, prevenindo futuras controvérsias, sob pena de arcar com o respectivo pagamento. (Processo n. 00536-2004-129-03-00-0; Órgão Julgador: Oitava Turma; Relator: Desembargador Heriberto de Castro; DJMG: 29.01.2005).

APTIDÃO PARA O TRABALHO. LAUDO PERICIAL MÉDICO EMITIDO PELO INSS. ACATAMENTO PELA EMPRESA. Cabe ao empregador que questiona o resultado do laudo médico pericial do INSS, e não ao empregado que pretende seu retorno ao emprego, buscar a solução para a divergência de opiniões acerca da capacidade ou incapacidade

laborativa do empregado. Constatando-se que por diversas vezes o empregado, tendo recebido alta da Previdência Social, foi considerado inapto pelo médico do trabalho da empresa, ficando assim privado de receber tanto o benefício previdenciário quanto os seus salários, faz ele jus ao pagamento dos últimos, porquanto além de ser merecedor de fê o documento público, que deve ser acatado, o empregado cumpriu sua parte no contrato de trabalho, colocando-se à disposição da empresa naqueles períodos. O questionamento da decisão do órgão previdenciário não autoriza que se transfira ao empregado o ônus da renitência patronal. (Processo 00234-2009-129-03-00-7; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira; DJMG 05.03.2010).

AFASTAMENTO DO EMPREGADO. INDEFERIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INAPTIDÃO DECLARADA PELO MÉDICO DA EMPRESA. Comprovada a tentativa do autor de retornar ao trabalho e atestada a sua capacidade pela autarquia previdenciária, cabia à reclamada, no mínimo, readaptar o obreiro em função compatível com a sua condição de saúde, e não simplesmente negar-lhe o direito de retornar ao trabalho, deixando de lhe pagar os salários. Como tal providência não foi tomada, fica a empregadora responsável pelo pagamento dos salários e demais verbas do período compreendido entre o afastamento do empregado e a efetiva concessão do benefício previdenciário. (Processo : 01096-2009-114-03-00-4; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Juiz Convocado Ricardo Marcelo Silva; DJMG: 12.05.2010).

A jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho tem-se inclinado para o entendimento de que a responsabilidade pelo pagamento dos salários, durante o período em que se discute a capacidade ou incapacidade laborativa do trabalhador, seria da empresa. Competiria, desta forma, à empregadora postular judicial ou administrativamente, para questionar o resultado apresentado pelo médico do INSS.

Este entendimento pode ser objeto de críticas, uma vez que é o empregado, e não o empregador, quem deverá submeter-se à nova perícia médica, caso necessária. Somente o trabalhador poderá, por exemplo, apontar para o médico da autarquia previdenciária os sintomas que está sentindo. É neste exame, entre médico e paciente, que o grau de incapacidade é medido. Dificilmente terá o empregador os meios necessários para impugnar qualquer decisão, uma vez que, para tanto, dependerá da *colaboração* do trabalhador.

Mas, não é só. O contrato de trabalho é do tipo sinalagmático e bilateral; as obrigações, portanto, renovam-se diariamente: a do empregado, em prestar os serviços contratados e, do empregador, em efetuar o pagamento da contraprestação. Obrigar que a

empresa remunerar o trabalhador sem poder-lhe exigir a prestação de serviços, é uma situação que pode ser reconhecida como elemento de quebra deste carácter essencial do pacto empregatício.

E mais: imagine-se o prejuízo para o trabalhador acaso ele seja obrigado a retornar ao desempenho de suas obrigações, quando, na verdade, está verdadeiramente incapacitado para o trabalho. Esta postura poderá agravar a situação clínica daquela pessoa humana, que estará sendo obrigada a executar uma tarefa para a qual não possui, por força da doença que o acomete, condições de realizar. Estará o trabalhador, portanto, sendo colocado numa situação de efetivo risco à sua saúde, o que aumentará a possibilidade dele ser vítima de um acidente do trabalho.

Com efeito, determinar o retorno ao trabalho de uma pessoa que, em tese, ainda é portadora de incapacidade laborativa, porque o laudo médico do INSS possui presunção relativa de veracidade é, no mínimo, adotar uma posição atentatória à saúde do obreiro, notadamente quando é possível imaginar todas as possibilidades de dano decorrentes de qualquer infortúnio laborativo (até mesmo a morte).

E, neste caso, poderá o empregador até mesmo ser condenado a ressarcir o trabalhador pelos prejuízos causados, uma vez que, no âmbito da responsabilidade civil, a presunção de aptidão do laudo exarado pela autarquia previdenciária sucumbirá diante do entendimento exposto pelo médico da empresa, no sentido de que aquela pessoa estava efetivamente incapacitada.

A decisão será simples: haverá responsabilidade, no mínimo, na modalidade culposa, porque a empresa não atendeu às prescrições do médico por ela mesma contratado, no sentido de que o trabalhador não poderia desenvolver aquelas tarefas. A presunção do INSS, portanto, quando analisada na *justa medida*, pode ser considerada extremamente prejudicial ao trabalhador e ao seu empregador.

Neste compasso, é razoável adotar a conclusão no sentido de que havendo dúvidas a respeito da incapacidade laborativa do trabalhador, não seria aconselhável

determinar o seu retorno às atividades profissionais. Não obstante, o seguinte acórdão firmou entendimento diametralmente oposto, condenando o empregador na reparação por danos morais, como se vê, *in verbis*:

DANO MORAL. RECUSA INJUSTIFICADA NO RETORNO DO EMPREGADO AO TRABALHO. A recusa em receber o autor de volta ao trabalho, deixando-o sem recebimento de remuneração, tendo ciência da negativa do INSS em pagar-lhe benefício previdenciário, mostra-se não só arbitrária, como antiética e contrária aos parâmetros sociais. Essa atitude, além de não ter respaldo no ordenamento jurídico, revela apenas seu intuito de esquivar-se dos ônus devidos perante o trabalhador. Praticou verdadeira burla aos direitos da dignidade do cidadão empregado, de forma abusiva e absolutamente alheia às garantias constitucionais. Assim, é imperioso reconhecer que a demandada deixou de observar o princípio básico da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, III, CR/88), além de vulnerar o primado valor social do trabalho (artigo 1.º, IV, CR/88), pelo que, a indenização decorrente do dano moral mostra-se plenamente devida (Processo n. 00399-2008-068-03-00-2; Órgão Julgador: Turma Recursal de Juiz de Fora; Relator: Jorge Berg de Mendonça; DJMG: 17.09.2008).

A crítica é muito clara: se o empregador, diante do resultado apresentado pelo médico por ele contratado, resolve não colocar o empregado para realizar as suas funções, para não agravar a doença que o acomete, poderá ser responsabilizado moralmente pelo dano imputado ao seu empregado, porque o privou do labor e dos salários. Agora, se adota postura diversa, contrária ao *mesmo* parecer médico, poderá também ser responsabilizado, material e moralmente, pelos danos causados à saúde do mesmo trabalhador. Não haveria, portanto, alternativa, salvo aquela encontrada neste último aresto: promover a dispensa do trabalhador!

RETORNO AO TRABALHO. AFASTAMENTO PREVIDENCIÁRIO. EMPREGADO CONSIDERADO APTO PARA O TRABALHO PELO INSS. INAPTIDÃO CONSTATADA NO EXAME DE SAÚDE OCUPACIONAL. INDEFINIÇÃO QUANTO A SITUAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. MEIOS DE SOBREVIVÊNCIA DO TRABALHADOR. CULPA DA EMPRESA. Tem se tornado comum nesta Justiça do Trabalho o caso em que o trabalhador se apresenta para retomar seu posto de trabalho, ao receber alta médica do órgão previdenciário, mas não é aceito pelo empregador, porque o exame médico ocupacional constata a inaptidão para o trabalho. Nessa situação, o contrato de trabalho não pode permanecer no limbo, isto é, não pode o empregado ficar, ao mesmo tempo, sem o benefício previdenciário, que não mais recebe, e sem auferir salários, da empresa que não o aceita de volta. Se o empregador discorda do resultado da decisão do INSS, que de alguma forma lhe impõe aceitar o retorno do empregado ao trabalho, deve recorrer da decisão junto à Previdência Social

ou dispensar o trabalhador. (Processo 00570-2009-063-03-00-2; Órgão julgador: Nona Turma; Rel.: Desembargador Antônio Fernando Guimarães DJMG 17.03.2010).

As soluções apresentadas não *atacam* o verdadeiro problema: existe dúvida razoável a respeito da capacidade laborativa de um determinado trabalhador. A simples extinção do contrato de trabalho apenas aumentará a angústia daquela pessoa. Não autorizar, com base no laudo particular, o retorno daquela pessoa ao emprego é considerada atentatória à dignidade da pessoa humana. Porém, autorizar o retorno, contrariando este mesmo parecer clínico, também atenta contra a saúde do trabalhador, podendo ensejar a responsabilidade civil na hipótese de ocorrência de acidente, por força da impossibilidade de plena realização das atividades profissionais. Determinar que o empregador recorra ao INSS, para questionar o laudo médico exarado por este último e, enquanto isso, obrigá-lo ao pagamento dos salários, é atentar contra o caráter sinalagmático do contrato de emprego. E, como bem assinala Jorge Reis Novais²⁰³,

no mundo dos direitos fundamentais são vantajosas as construções que evidenciem, da forma mais transparente possível, os conflitos de interesses, valores e princípios que subjazem a todos os casos difíceis de direitos fundamentais. É que o reconhecimento do conflito é o primeiro pressuposto da sua resolução constitucionalmente adequada, de forma intersubjetivamente controlável segundo os princípios constitucionais, com recurso inevitável à metodologia da ponderação de bens.

Chega-se, portanto, ao momento mais importante e crucial deste trabalho: buscar uma *nova* solução jurídica para toda esta problemática, guiada pelos ensinamentos de Carlos Ayres Britto:

quando se movimenta nos quadrantes do Direito-lei, a mente se volta para o conhecimento do texto normativo e assim é que a apreende a justiça objetiva ou em abstrato. Caminho inverso ao do sentimento, que, ao interagir com o fenômeno jurídico, o faz mediante uma particularizada linha direta com o caso entre partes, se vier a intuir que tal caso é dotado de reflexividade o bastante para desencadear no dispositivo que o descreve um efeito reciclador da sua inicial compreensão. É o que se pode chamar de reação normativa inédita do texto, mas não inédita por inexistir anteriormente, porém inédita por somente ganhar espaço de irrupção após impactar-se com a reverberação do caso concreto²⁰⁴.

²⁰³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 25.

²⁰⁴ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum,

3.4. Uma nova visão da competência da Justiça do Trabalho.

A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho são princípios fundamentais insculpidos, expressamente, no artigo 1º, incisos III e IV, de nossa Constituição Federal. O preâmbulo da CF, por sua vez, dispõe que o Brasil é considerado um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o efetivo exercício dos direitos sociais, além de promover a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, justa e igualitária. Estes são os pilares que devem nortear o intérprete e o aplicador do direito, na solução dos casos concretos.

Ao discorrer sobre a interpretação das normas constitucionais, ensina Luís Roberto Barroso que:

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável aos problemas a serem resolvidos, revelando a solução nele contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimentos, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre encontra relato abstrato no texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis²⁰⁵.

Como visto, com o advento da EC 45/04, foi rompido o antigo paradigma de

2010, p. 68.

²⁰⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo**. In LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. **Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 488/489.

que a Justiça do Trabalho possuía competência restrita, diretamente relacionada aos sujeitos da relação processual: empregado *versus* empregador. A partir de então, a competência desta Especializada deixou de se guiar pelo aspecto subjetivo, para adotar um critério puramente objetivo, no sentido de que todas as matérias oriundas da relação de trabalho devem ser apreciadas e julgadas por esta Justiça (artigo 114, inciso I, da CF), sem qualquer referência à condição jurídica das pessoas envolvidas no conflito. Abrange-se, assim, a administração pública direta e indireta (entre os quais merece destaque a autarquia previdenciária).

Esta mudança constitucional superveniente, atrelada ao princípio fundamental da duração razoável do processo, tendo como escopo a ser perseguido a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia do mínimo existencial, deve ser levada em consideração para a análise dos demais preceitos constitucionais que regulamentam as competências atribuídas aos diversos órgãos do Poder Judiciário brasileiro. Ganha especial destaque e relevo a previsão contida no artigo 109, parágrafo 3º da CF, *in verbis*:

Artigo 109: Aos juízes federais compete processar e julgar:

Inciso I: as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de acidente do trabalho, e as sujeitas à Justiça Eleitoral e Justiça do Trabalho.

Parágrafo 3º: Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro de domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, poderá a lei permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

A disposição constitucional acima transcrita parece revelar que a competência dos juízes federais ou estaduais, em relação aos benefícios previdenciários, é plena. Porém, a interpretação literal desta regra constitucional, sem atentar para as demais disposições de mesma hierarquia e, principalmente, para o princípio da dignidade da pessoa humana, parece ser incorreta. Compete ao operador, assim, buscar uma interpretação que harmonize todas essas disposições constitucionais, diante do princípio da unidade da Constituição.

Com efeito, é inquestionável a competência da Justiça do Trabalho para

apreciar algumas matérias de natureza previdenciária, como já esclarecido. A execução das contribuições sociais, o reconhecimento incidental de acidente do trabalho para concessão da estabilidade prevista no artigo 118 da Lei 8.213/91 ou, até mesmo, para a condenação em pedidos de indenização por danos morais e materiais são absolutamente corriqueiras no âmbito desta Justiça Especializada.

A situação ganha novo enfoque, com o advento da EC 45/04. É de extrema importância frisar que determinadas matérias, num primeiro momento, não afetam a competência da Justiça do Trabalho, a cada dia que passa, são trazidas, sistematicamente, para este ramo especializado. A título de exemplificação, a denunciação da lide de seguradoras em processos de natureza acidentária.

Não se discute a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar, por exemplo, uma demanda proposta pela empregadora em face da seguradora por ela contratada (relação de natureza meramente obrigacional, decorrente do adimplemento de contrato de seguro regularmente firmado). Porém, quando se está diante de um processo envolvendo pedidos de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho, o trabalhador, ao ajuizar esta demanda, postulando as reparações que entende devidas, depara-se com a empregadora, em defesa, não raras vezes, arguir o instituto da denunciação da lide, para trazer ao polo passivo a seguradora então contratada, com o intuito de cobrir eventuais reparações decorrentes do alegado infortúnio.

E, como estabelecido no Enunciado 68 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pelo TST, “admitida a denunciação à lide, é possível decisão judicial estabelecer a condenação do denunciado como corresponsável”. Nesta hipótese de intervenção de terceiros, estará a Justiça do Trabalho analisando uma situação envolvendo duas empresas, com a possibilidade de proferir decisão de natureza condenatória, em face da seguradora denunciada à lide. A problemática deste estudo é semelhante e, por isso, comporta interpretação semelhante.

Na realidade, para a solução do problema apresentado, é preciso adotar uma postura que analise a situação concreta vivenciada pelas partes envolvidas, buscando soluções

que visem a resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, além da duração razoável do processo. A Constituição precisa ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, cujo papel central é estabelecido pelos ideais de justiça e da realização dos direitos fundamentais. Tal sistema deve ser compreendido, adotando-se as palavras de Juarez de Freitas²⁰⁶, como sendo uma

rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.

No pós-positivismo jurídico, como expõe Barroso²⁰⁷, “é preciso transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na prática jurisprudencial e produzir efeitos positivos sobre a realidade”. Deve-se interpretar as normas constitucionais buscando a sua máxima efetividade, eliminando eventuais lacunas existentes e solucionando questões jurídicas para que a pacificação social seja alcançada, inclusive, aquelas que versam sobre a competência atribuída a cada ramo do Poder Judiciário.

É necessário adotar o espaço emancipador de interpretação das normas constitucionais, notadamente aquelas de ordem processual, para buscar uma solução que não seja considerada *suicida* para o trabalhador. Através do pós-positivismo é possível conferir unidade material à Constituição, promovendo a sua adaptabilidade às mutações do mundo, sem necessidade de um formal processo de emenda ou revisão constitucional, diante do peculiar papel desempenhado pelos princípios jurídicos²⁰⁸.

Torna-se imprescindível, ainda, concretizar, promover e efetivar os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Nas palavras de Daniel Sarmiento²⁰⁹, devemos ter em mente que:

A dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante da nossa ordem

²⁰⁶ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 54.

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 384.

²⁰⁸ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 114.

²⁰⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen *Juris*, 2008, p. 86.

jurídica, que lhe confere unidade de sentido e de valor, devendo por isso condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público ou privado. Além disso, o princípio em questão legitima a ordem jurídica, centrando-se na pessoa humana, que passa a ser concebida como ‘valor-fonte fundamental de Direito’. Desta forma, alicerça-se o direito positivo sobre profundas bases éticas, tornando-o merecedor do título de ‘direito justo’.

Nesta esteira de raciocínio, convém ressaltar que num contrato de emprego, ao trabalhador são garantidos, entre vários outros, dois direitos sociais que possuem especial importância: o direito à percepção de salário, observando os patamares mínimos fixados pela CF; e, na hipótese de, por algum motivo, ficar impossibilitado de laborar, por exemplo, pela aquisição de uma doença (profissional ou não) e, desde que preenchidos os chamados períodos de carência (quando existentes), o direito ao recebimento de uma prestação social, de natureza previdenciária²¹⁰. Afinal de contas, como afirma Gregorio Robles²¹¹:

A remuneração adequada para uma vida digna, a moradia, a formação escolar, a saúde, constituem bens de cuja qualidade ninguém pode duvidar. (...) Os direitos econômicos e sociais se referem, sobretudo, às condições necessárias para uma existência digna. Atendem, essencialmente, à cobertura das necessidades básicas, requisito prévio de qualquer diferenciação social.

No contexto do direito previdenciário, existem várias formas de se atrelar à Previdência Social (convencionalmente denominados de segurados *facultativos* e/ou *obrigatórios*). Porém, a maneira mais comum de um trabalhador encontrar a proteção previdenciária decorre da relação jurídica havida com o seu empregador. A simples formalização de um vínculo de natureza empregatícia automaticamente gera a inscrição daquele empregado no sistema previdenciário brasileiro²¹². A relação previdenciária, portanto,

²¹⁰ Em igual raciocínio, ensina Milton Vasques Thibau de Almeida que “a vinculação laboral dos beneficiários da Previdência Social está explicitamente apontada no artigo 193 da Constituição Federal de 1988, no qual o trabalho é apontado como princípio (“primado”) da Ordem Social, juriscizando a lei sociológica do “dever social de trabalhar”. É com o trabalho que o indivíduo irá prover os meios do próprio sustento (“autoproteção”), destinando-se a proteção previdenciária a cobrir a ausência desses meios quando o segurado estiver privado de obtê-los, por fatores alheios à sua vontade”. ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. **Fundamentos Constitucionais da Previdência Social**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 98.

²¹¹ ROBLES, Gregorio. **Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual**. Barueri: Manole, 2005, p. 99.

²¹² No mesmo sentido, aponta Cláudia Salles Vilela Vianna: “os trabalhadores empregados que mantêm regular vínculo empregatício são obrigatoriamente filiados ao Regime Geral de Previdência Social, sistema previdenciário mantido pelo Poder Público e voltado principalmente para a iniciativa privada, que oferece ao cidadão contribuinte proteção social em forma de benefício nas mais diversas contingências. Essa filiação se realiza automaticamente, não sendo necessária qualquer formalidade adicional à própria contratação do operário. Devidamente registrada a Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS – filiado se encontra o trabalhador ao Regime Previdenciário, passando a ser contribuinte obrigatório do sistema e detentor da proteção por ele

possui a sua *origem* na relação empregatícia²¹³.

Torna-se plenamente possível, neste compasso, entender que a responsabilidade do INSS (autarquia federal responsável pela concessão dos benefícios previdenciários) e do empregador são, em um paralelismo, os *dois lados da mesma moeda*. Assim, quando o empregado encontra-se perfeitamente apto ao desenvolvimento de suas atividades laborativas, receberá do empregador a devida contraprestação; porém, se no curso deste contrato de emprego, vier a ser constatada eventual incapacidade, passará aquele mesmo trabalhador a perceber o benefício previdenciário tipificado em lei. Como ressalta Milton Vasques Thibau²¹⁴

No sistema da Previdência Social as prestações consistem, precipuamente, em benefícios, que são rendas mensais cuja natureza jurídica é de “substitutivo de salário”, ou seja, toda vez que o trabalhador se afasta do trabalho por fatores alheios à sua vontade, por ter sido acometido por infortúnio, é privado da renda que lhe garante a subsistência, razão pela qual os benefícios previdenciários substituem essa renda da qual o segurado foi privado.

Agora, indaga-se: porque obrigar o trabalhador a ajuizar uma ação (contra o INSS) perante um ramo do Poder Judiciário e outra demanda (contra o empregador) em outro órgão do mesmo Poder, quando o conflito envolve os *dois lados da mesma moeda*? Ora: se o trabalhador está inserido num contrato de emprego, a responsabilidade pela garantia de pagamento dos valores mínimos necessários para se viver com dignidade, quando apto ao labor é do empregador; e, quando inapto, a responsabilidade é simplesmente *transferida* para o INSS, por força do *mesmo vínculo jurídico base*.

A resposta é absolutamente simples: deverá ser concedida, ao trabalhador, a *faculdade* de, ao invés de propor ações distintas, ajuizar demanda única, em face do

oferecida. VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **A relação de emprego e os impactos decorrentes dos benefícios previdenciários**. São Paulo: LTR, 2ª Ed., 2010, p. 22.

²¹³ Em idêntico sentido, aponta Antônio Álvares da Silva que “são segurados da Previdência Social, conforme o art. 9º do decreto 30.048/99, os empregados, os trabalhadores autônomos, o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rural por exemplo. Se tiverem um conflito com a Previdência, este deriva diretamente do contrato de emprego ou da relação de trabalho pois, sem esta condição, não seriam segurados. Logo, compete à Justiça do Trabalho decidir a controvérsia”. SILVA, Antônio Alvares da. **Pequeno tratado da nova competência trabalhista**. São Paulo: LTR, 2005, p. 102.

²¹⁴ ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. **Fundamentos Constitucionais da Previdência Social**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 102.

empregador e o INSS, cujo feito, por força da EC 45/04, será processado e julgado pela Justiça do Trabalho, já que, no caso específico, a relação previdenciária é *oriunda* do contrato de emprego havido.

Antônio Álvares da Silva afirma, inclusive, que a previsão contida no artigo 109 da CF deve ser entendida, apenas, como uma regra genérica e ampla, que baliza a competência da Justiça Federal, a ponto de se poder conceituá-la como Justiça Comum, uma vez que envolve as causas em relação à União. Já o artigo 114, inciso I, da CF deve ser considerado norma especial, pois, não obstante sua formulação genérica, trata especificamente da competência da Justiça do Trabalho, atribuindo-lhe o encargo de processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho²¹⁵.

Lembra, ainda, o ilustre jurista mineiro, que os conflitos existentes entre empregado e Previdência Social derivam, diretamente, do contrato de emprego, uma vez que, sem esta condição, aquela pessoa não ostentaria a condição de segurada. Por isso, conclui que a “relação com a Previdência Social não é posterior à de emprego/trabalho. Deriva diretamente dela”²¹⁶. E, sobre eventual conflito entre as regras previstas nos artigos 109 e 114 da Constituição Federal, leciona que:

Além do mais não se estaria invadindo competência constitucional já estabelecida, mas simplesmente adaptando a Constituição aos comandos da nova emenda. A Justiça Federal continuará competente para as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública figurem como autora, ré, assistente ou oponente, exceto as que derivem de relação de trabalho, como é o caso dos benefícios previdenciários. Aliás, o próprio art. 109, I, excepcionou as causas sujeitas à Justiça do Trabalho. Portanto admitiu que a própria União, entidade autárquica ou empresa pública possam envolver-se em controvérsias sujeitas à Justiça do Trabalho e a ela competirá julgá-las. A denominação destas causas não foi feita pelo art. 109, I, mas pelo art. 114 que, agora, lhe atribui competência para toda ação oriunda da relação de trabalho. Como a controvérsia previdenciária pressupõe esta relação, sujeita-se por isso à competência trabalhista²¹⁷.

É importante deixar expressamente consignada a posição indicada neste

²¹⁵ SILVA, Antônio Álvares da. **Pequeno tratado da nova competência trabalhista**. São Paulo: LTR, 2005, p. 102.

²¹⁶ SILVA, Antônio Álvares da. **Pequeno tratado da nova competência trabalhista**. São Paulo: LTR, 2005, p. 102.

²¹⁷ SILVA, Antônio Álvares da. **Pequeno tratado da nova competência trabalhista**. São Paulo: LTR, 2005, p. 102.

trabalho, a respeito do tema: não se pretende dizer que a Justiça Especializada possui competência ampla e irrestrita para apreciar todas e quaisquer questões referentes ao ramo previdenciário. Pelo contrário. Na verdade, as matérias relacionadas à revisão de benefícios, períodos de carência, concessão de prestações quando o contrato de trabalho não está mais em vigor ou, ainda, quaisquer outras demandas ajuizadas, apenas, contra o INSS, permanecem na órbita da competência da Justiça Comum, Estadual ou Federal.

O que se busca é, apenas, consagrar ao trabalhador um caminho *alternativo*, mais rápido, célere e eficaz, em atenção à duração razoável do processo e que respeite, ainda, os princípios da dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e a garantia do mínimo existencial.

A competência da Justiça do Trabalho, nos limites propostos neste estudo, estaria *restrita* à discussão envolvendo a eventual (in)capacidade laborativa do autor, em um contrato de trabalho vigente ou que foi rescindindo de maneira indevida (quando se postula, então, a declaração de nulidade da dispensa, por força da suspensão do contrato, com efeitos *ex tunc*), já que decorrentes da mera relação empregatícia e que, por força destes fatos jurídicos, envolvem obrigações devidas pelo empregador ou pelo INSS.

Trata-se de uma verdadeira *ação de consignação de pagamento às avessas*. Ora, neste tipo de demanda, o devedor, possuindo dúvidas sobre quem são os seus credores, consigna os valores que pretende ver quitados, elegendo para figurar no polo passivo exatamente todos aqueles que, em tese, são os possíveis detentores da importância depositada. O que ocorre na situação envolvendo o trabalhador, o empregador e o INSS é, exatamente, o *contrário*: é o credor (empregado) quem possui direito de receber uma parcela (salário ou benefício previdenciário), porém, diante das dúvidas envolvendo a sua capacidade laborativa, não sabe quem é o seu efetivo devedor (se é o INSS ou o empregador). Nada mais lógico, portanto, tal como ocorre com a consignação em pagamento convencional, que todos os devedores participem do mesmo processo, para que seja satisfeita, por quem de direito, a obrigação de natureza social.

Torna-se necessário aliar, ainda, o princípio da unidade de convicção,

reconhecido como existente na seara processual, pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso, quando do julgamento do famoso CC 7204. Assim, quando um mesmo fato tiver de ser analisado mais de uma vez, deve sê-lo pelo mesmo juízo. Em outras palavras: incumbe atribuir ao *mesmo* órgão do Poder Judiciário os fatos decorrentes da *mesma* relação jurídica base, neste caso, a eventual (in)capacidade laborativa do trabalhador, “por conta dos graves riscos de decisões contraditórias, sempre ininteligíveis para os jurisdicionados e depreciativas para a justiça”²¹⁸. O STF adota este princípio porque reconhece que a cisão de competência não favorece a aplicação da *justiça*, além do fato de que a divergência de decisões para ações decorrentes da mesma relação jurídica base, entre órgãos jurisdicionais distintos, causa incontestável impacto perverso para o jurisdicionado e para a credibilidade do próprio Poder Judiciário²¹⁹.

A possibilidade de pronunciamentos jurisdicionais conflitantes deixa o trabalhador, quando portador de doença incapacitante para o exercício de suas atividades profissionais, sem solução concreta e adequada para o *problema* apresentado, uma vez que, além de não poder receber o benefício previdenciário, também não lhe é dada a possibilidade de retornar ao trabalho, já que a empresa o considera inapto. A conclusão é única: o trabalhador não recebe benefício previdenciário nem salário, restando privado do seu único meio de subsistência.

A mencionada cisão de entendimentos, além de causar impacto deletério ao jurisdicionado, ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em razão da denegação de solução efetiva para o caso concreto por parte do Poder Judiciário, o trabalhador vê-se tolhido do *mínimo existencial* para a sobrevivência própria e/ou familiar.

Nestas situações, o trabalhador poderá ajuizar demanda única, que será processada e julgada pela Justiça do Trabalho, colocando no polo passivo, não só o

²¹⁸ Trecho extraído do voto de lavra do Ministro Cezar Peluso, no julgamento do CC 7204. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acessado em 13.06.2010.

²¹⁹ Convém ressaltar que a possibilidade de o INSS integrar o polo passivo de demandas que tramitam na Justiça do Trabalho, por força do princípio da unidade de convicção, começa a ser objeto de decisões e estudos em temas correlatos, que fogem dos limites deste trabalho. A título de exemplo, no processo TST-RR-66000-70.2008.5.10.0010, cuja decisão foi publicada em 20.05.2011, o relator Ministro Horácio Senna Pires entendeu que seria bastante razoável a inclusão do órgão previdenciário na lide, a partir da fase de conhecimento, nas ações em que se discute o reconhecimento da relação empregatícia, a competência da Justiça do Trabalho para a execução das contribuições previdenciárias sobre este período e a necessidade de averbação, junto ao INSS, para fins de reconhecimento do tempo de contribuição. Disponível em <www.tst.jus.br>. Acessado em 17.08.2011.

empregador, mas também a autarquia federal (INSS)²²⁰. A causa de pedir é a mesma: a existência, ou não, de incapacidade laborativa num contrato de emprego. O que existe são meros *desdobramentos* relacionados ao pedido²²¹.

Assim, se o autor estiver apto para o trabalho, possui o direito incontestado de voltar a desempenhar as suas atividades laborativas, sendo a empregadora a responsável pelo pagamento dos salários, desde a alta médica previdenciária até o efetivo retorno ao labor.

²²⁰ Na seara exclusivamente processual, Antônio Álvares da Silva lembra que “embora cientificamente independentes, há notória ligação entre o Direito do Trabalho e a Previdência Social. Sob o aspecto processual, alguns países (Portugal, Espanha, Itália, Bélgica, Dinamarca, Inglaterra (parcialmente), Grécia) sujeitam as controvérsias previdenciárias e trabalhistas ao mesmo rito. Naturalmente têm em conta a proximidade material que os vincula. Portanto, ao submeter as questões previdenciárias à Justiça do Trabalho não estamos descobrindo a roda nem fazendo nada de novo. Apenas seguimos o exemplo de outros povos em que a experiência é exitosa e provém exatamente do fato de melhor servir ao trabalhador, cujas controvérsias, tanto na existência do emprego quanto em sua falta, devem ter uma solução rápida, barata, eficiente e segura”. SILVA, Antônio Álvares da. **Pequeno tratado da nova competência trabalhista**. São Paulo: LTR, 2005, p. 102.

²²¹ Em interessante sentença proferida no processo 0147900-48.2008.5.15.0071, em trâmite perante a Vara do Trabalho de Mogi-Guaçu, assinalou o Juiz do Trabalho Marcelo Bueno Pallone: “Depreende-se, sem resquício de dúvida, que a competência desta justiça especializada só fez aumentar, pois a limitação às pessoas do trabalhador e, mormente, do empregador, antes imposta pelas disposições da cabeça do art. 114, da Constituição Federal, deixou de existir com a EC nº 45/2004, que agora outorga à Justiça do Trabalho a competência para julgar *as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*, exceção feita, por ora, aos servidores públicos estatutários, cuja competência também outorgada a esta especializada se acha suspensa por força de decisão liminar do Excelso STF em ação direta de inconstitucionalidade. Logo, todas as ações, oriundas de todos os tipos de relação de trabalho, já que a EC 45/2004 não excepcionou nenhum, são agora apreciadas pela Justiça do Trabalho, independentemente das pessoas que figuram nos polos da relação jurídica. Dizem alguns, de maneira equivocada, peço vênias, que o inciso I, do art. 109, não foi modificado pela EC 45/2004 e, por conseguinte, tal dispositivo encerraria exceção à competência da Justiça do Trabalho, exatamente no que concerne às causas previdenciárias. Ora, o art. 109 regula a competência da Justiça Federal Comum, jamais da Justiça do Trabalho, o que é inegável, porquanto inserido, o mencionado dispositivo, na Seção IV, do Capítulo III, da *lex mater*, que trata “DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS E DOS JUÍZES FEDERAIS”. Entender que referida exceção imposta à Justiça Federal Comum estende-se à Justiça do Trabalho implica admitir, inexoravelmente, que todas as competências arroladas na Seção IV, do Capítulo III, da Constituição Federal são também atribuídas a esta justiça especializada, pois só pode haver exceção onde há regra. O que o inciso I, do art. 109, da lei máxima excetua, na verdade, é a competência da Justiça Federal Comum para apreciar as causas em que é parte autarquia federal, quando a competência material é da Justiça do Trabalho (vide a parte final do dispositivo). Como o benefício do salário-maternidade não pode ser concedido, de jeito algum, em uma relação de natureza civil, tributária, penal, comercial, de família ou qualquer outra, senão, de modo irrefragável, em direta decorrência de uma relação de trabalho, em sentido amplo, é simplesmente impossível admitir que outra esfera do poder Judiciário, distinta desta especializada, possa deliberar sobre o benefício em testilha. Bastaria, para se concluir pela impossibilidade de supressão de referida competência desta especializada, ponderar a hipótese de ser negada a relação de trabalho que dá origem à qualidade de segurado ao trabalhador. Certamente, em tal situação, rigoroso seria que o trabalhador viesse bater às portas da Justiça do Trabalho para ver declarada a relação jurídica empregatícia ou mesmo de trabalho autônomo, relações estas que dão origem ao direito de a União receber as contribuições previdenciárias daí decorrentes. Não se olvide que o INSS não abre mão, e nem poderia, de receber tais tributos nas ações trabalhistas. Ora, se a Justiça do Trabalho já detém a competência para executar as contribuições previdenciárias decorrentes da relação de emprego ou de trabalho em sentido amplo que declara em suas sentenças desde a EC nº 20/1998, que inseriu o parágrafo 3º no art. 114 da Constituição Federal, cuja redação foi reproduzida pela EC 45/2004, agora no inciso VIII, do art. 114, seria uma colossal iniquidade, para dizer o menos, exigir que um trabalhador percorresse primeiro o sempre demorado caminho de uma ação judicial para ver declarada relação de trabalho sonogada pelo empregador, a este

Neste caso, será aplicável a previsão contida no artigo 932, inciso III do Código Civil, devendo o empregador responder pelo ato praticado pelo médico da empresa que, atuando na condição de preposto, emitiu um parecer clínico contrário à realidade fática existente. No entanto, se estiver inapto, a responsabilidade recai, agora, sobre o INSS, que deverá restabelecer o benefício previdenciário, com o pagamento integral dos valores indevidamente suprimidos. Deve-se, na esteira do que propõe Maria Cecília Bodin de Moares²²², reconhecer que

Quando o objeto da tutela é a pessoa humana, a perspectiva deve necessariamente ser outra: torna-se imperativo lógico reconhecer, em razão da especial natureza do interesse protegido, que a pessoa constitui, ao mesmo tempo, o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação jurídica. A tutela da pessoa humana não pode ser fracionada em isoladas hipóteses, microssistemas, em autônomas *fattispecie* não-intercomunicáveis entre si, devendo, antes, ser apresentada como um problema unitário, dado o seu fundamento, representado pela unidade do valor da pessoa. (...) Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva, porque deixaria de fora, necessariamente, novas manifestações e exigências da pessoa, que, com o progredir da sociedade, passam a reclamar uma consideração positiva.

São esclarecedoras, neste contexto, as palavras de José Eduardo Resende Chaves Júnior²²³, para quem:

Parece interessante resgatar a conceituação de competência perpetrada por obrigando a recolher as contribuições previdenciárias do pacto, para somente então ajuizar outra ação judicial, não menos demorada, e, se sobrevivesse a tudo isso, alcançasse o tão almejado e justo direito ao benefício previdenciário. Iniquidade ainda maior seria admitir a cômoda situação do INSS, que sem nenhum esforço obtém o recolhimento das contribuições previdenciárias de um pacto de trabalho declarado nesta Justiça e, de outro vértice, quando demandado a pagar benefícios correspondentes ao mesmo tempo de contribuição, nega-se simplesmente a fazê-lo, sob o falacioso argumento de ausência da qualidade de segurado do empregado, que infelizmente, não raro, encontra guarida no Poder Judiciário, já que o processo que reconhece a relação de emprego ou de trabalho e determina o recolhimento das contribuições previdenciárias, segundo o entendimento majoritário ora confrontado por esta decisão, corre em juízo distinto daquele no qual se postula o benefício previdenciário. Bem se vê, destarte, estamos tratando de direitos indissociáveis, o trabalhista e o previdenciário, quando o benefício decorre ou tem origem numa relação de trabalho; o segundo não existe sem o primeiro, o que veda apreciação de cada um deles por Juízes distintos, por força de mezinho princípio do direito (unidade da convicção), uma vez evidente a possibilidade de um juiz declarar ou conceder o direito e outro declarar em sentido contrário e não concedê-lo”. Esta decisão, posteriormente, foi reformada pela 7ª Câmara (4ª Turma) do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, para declarar a incompetência da Justiça do Trabalho em relação à questão previdenciária. Disponível em <www.trt15.jus.br>. Acessado em 29.12.2011.

²²² MORAES, Maria Cecília Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. In: Estudos de Direito Civil-Constitucional, 1a. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 115.

²²³ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende. **A Justiça do Trabalho enquanto vis attractiva protectionis: o trabalho 'biopolítico' na perspectiva de uma especialização democrática dos ramos judiciais**. In: Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la jurisdicción social. Madrid: Foro de Estudios Europeos de Murcia. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, 2007, p. 931/944.

Celso Neves, que abandona a tradicional ‘medida da jurisdição’, concebendo-a como a relação de adequação legítima entre o processo e o órgão judiciário, ou seja, uma noção concreta, pragmática, porém, racional de competência. A ideia do processualista paulista é superar as conceituações quantitativas da competência – competência enquanto medida - para caminhar em direção a uma conceituação qualitativa. A conceituação qualitativa, segundo Celso Neves, tem um aspecto subjetivo e outro objetivo. Do ponto de vista subjetivo, a competência é definida como atributo para o exercício da jurisdição, decorrente da investidura legítima. Do ponto de vista objetivo, que aqui nos interessa mais especificamente, como a relação necessária, de adequação legítima, entre o processo e o órgão jurisdicional. Para isso, é necessário que a ampliação de competência, que deflui da locução relação de trabalho, não se limite à definição do número de categorias do labor humano subsumidas na respectiva locução conceitual, mas proceda, também, a uma intensificação qualitativa na tutela do trabalho humano. Em outras palavras, ampliar a competência da Justiça do Trabalho tem de significar também ampliar o grau de intensidade de proteção ao trabalho humano, mormente aquele prestado sob alheação.

Uma solução simples para uma problemática tão complexa, calcada, apenas, na reinterpretação das normas constitucionais. Afinal de contas, se o direito é indivisível, em si, também indivisível deve ser a sua tutela, notadamente quando *una* é a jurisdição. A *vis attractiva protectionis* da Justiça do Trabalho autoriza, sobremaneira, o entendimento ora proposto.

Parte-se da situação concretamente vivenciada pelos trabalhadores frontalmente contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana para a busca, na interpretação sistemática das normas constitucionais, sem qualquer proposta de alteração legislativa, da solução para o caso.

Como afirma Luiz Gustavo Bóiam Pancotti²²⁴, “o hermeneuta deverá dar à norma constitucional a interpretação adequada com a realidade social no momento histórico em que se encontra, de forma que promova uma constante atualização da regra com os anseios sociais, sem alterar o seu texto”. Com isso, torna-se possível reservar ao trabalhador uma “tutela qualitativamente diversa, funcionalizada à proteção, à conservação e ao livre desenvolvimento da pessoa”²²⁵. Afinal de contas, “no direito, hoje, tudo se tornou relativo, ou ponderável, sim, mas em relação ao único valor capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção

²²⁴ PANCOTTI, Luiz Gustavo Bóiam. **Conflitos de Princípios Constitucionais na tutela de benefícios previdenciários**. São Paulo: Editora LTR, 2009, p. 47.

²²⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 451.

ao ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana”²²⁶, ensina Maria Cecília Bondin de Moraes.

O papel do juiz (na qualidade de intérprete e aplicador do Direito) não se restringe a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete efetivamente atua na qualidade de coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, fazendo as valorações necessárias, escolhendo uma solução possível e, principalmente, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com a apresentação da proposta e procurando demonstrar os efeitos práticos desta linha de pensamento, passa-se, agora, a discorrer sobre as principais *vantagens* para o trabalhador, empregador e INSS ao se adotar tal posicionamento. Serão apresentadas, ainda, algumas considerações a respeito da *reserva do possível*, que geralmente é apontada como sendo o grande entrave para a concessão de direitos sociais de natureza prestacional. Também será analisada eventual violação a dois princípios específicos, atinentes ao campo processual: o juiz natural e a inafastabilidade da jurisdição.

Assim, estar-se-á num campo sólido, concreto, seguro para a adoção do caminho ora proposto. Afinal de contas, como adverte Ricardo Luis Lorenzetti²²⁷, na análise das situações torna-se necessário conhecer os benefícios e prejuízos que sofre a sociedade, numa perspectiva sistemática, para a solução de casos considerados difíceis.

3.4.1. As vantagens para o trabalhador.

O manejo de uma única demanda pode trazer inúmeras vantagens para o trabalhador. Em primeiro lugar, segundo dados estatísticos apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, a Justiça do Trabalho é a mais célere do País, além de possuir a menor taxa de congestionamento²²⁸, razão pela qual detém todas as condições necessárias para a

²²⁶ MORAES, Maria Cecília Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. In: Estudos de Direito Civil-Constitucional, 1a. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 115.

²²⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 422.

²²⁸ Estes dados foram extraídos da comparação realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, através do portal Justiça em Números. Para análise específica da taxa de congestionamento e celeridade da Justiça do Trabalho,

análise deste tipo de demanda.

Além disso, o acesso do trabalhador à Justiça Especializada é muito mais simples, seja pelos princípios norteadores do sistema processual trabalhista, que visam à rápida satisfação de direitos estritamente alimentares, seja pelo regramento específico que facilita o ajuizamento de demandas, como, por exemplo, o pagamento de custas processuais ao final, a concessão de benefícios da justiça gratuita por simples declaração, além do sempre criticado *jus postulandi*.

A possibilidade de ajuizamento de única ação impede a possibilidade de prolação de decisões contraditórias. Afinal de contas, ou se reconhece que o trabalhador estará apto ao trabalho, fazendo jus aos salários, ou se declara a sua inaptidão, passando a ter o direito de receber o benefício previdenciário correspondente. O trabalhador poderá, assim, em curto espaço de tempo, recuperar a sua dignidade, seja voltando ao labor, seja recebendo o benefício previdenciário correspondente, não precisando recorrer aos caminhos da informalidade.

Além disso, por força da sua vinculação à previdência social, poderá o trabalhador, muito bem, no curso do processo, ser agraciado com a concessão da benesse previdenciária. O Juiz do Trabalho, de posse do laudo exarado pelo médico da empresa, poderá antecipar os efeitos da tutela, determinando o restabelecimento do benefício suprimido.

Mas, indaga-se: e se ao final do processo, for constatado que o autor realmente estava apto ao trabalho, ao contrário do que foi declarado pelo médico da empresa, recebendo, por força da antecipação de tutela concedida, benefício previdenciário de maneira *indevida*? Como ficaria o critério da irreversibilidade do provimento jurisdicional, previsto no artigo 273, parágrafo 2º, do CPC?

A solução jurídica é simples: (i) prolata-se a decisão de mérito, neste sentido, reconhecendo a aptidão do trabalhador; (ii) condena-se a empresa, então, a efetuar o

vide o relatório elaborado em 2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_trabalho_jn2010.pdf>. Acessado em 23.12.2011.

pagamento dos salários, desde a alta médica até o efetivo retorno ao trabalho; (iii) solicita-se que o INSS, na fase de liquidação de sentença, traga aos autos um simples extrato, demonstrando os valores pagos ao trabalhador a título de benefício previdenciário; (iv) determina-se, então, a dedução dos valores devidos pelo empregador ao trabalhador, evitando enriquecimento indevido; (v) com a condenação do empregador, efetua-se a devolução ao INSS dos valores percebidos pelo trabalhador; (vi) havendo valores remanescentes em favor do autor da demanda, passa-se à fase de execução em face da empregadora.

O laudo pericial exarado pelo médico do INSS poderá ser objeto, ainda, de questionamento judicial, trazendo para o *contraditório* as partes que serão atingidas pela decisão judicial: o empregador, o trabalhador e o INSS. Pacifica-se, desta forma, de maneira concreta, o conflito existente. Elimina-se o caminho *suicida* que era, até então, percorrido pelo trabalhador.

3.4.2. A segurança jurídica para o empregado e seu empregador.

A segurança jurídica é elemento encontrado em diversos dispositivos existentes na Constituição Federal de 1988. Na visão de Carlos Aurélio Mota de Souza²²⁹, é traduzida como valor, princípio e direito fundamental. Para o objetivo perseguido neste estudo, convém ressaltar que a segurança jurídica “estabelece uma relação de confiança entre o cidadão e a ordem jurídica, o acreditar no Direito, confiança fundada em pautas razoáveis de previsibilidade”²³⁰.

Na visão de Fernando Rodrigues Martins²³¹, a segurança jurídica pode ser entendida como a segurança do patrimônio (concedendo ao cidadão a possibilidade de gozar de seus bens), a segurança no respeito ao ordenamento jurídico (capacitando, desta forma, às partes a possibilidade de previsão de suas condutas de acordo com as normas existentes e com o posicionamento dos tribunais) e, ainda, como segurança à vida e à saúde (considerando os direitos de personalidade), além de estar relacionada com os valores da justiça e da confiança,

²²⁹ SOUZA, Carlos Aurélio da Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: Um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTR, 1996, p. 70.

²³⁰ SOUZA, Carlos Aurélio da Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: Um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTR, 1996, p. 67.

²³¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 391.

de forma a valorizá-los. Estas *facetas* da segurança jurídica devem, portanto, serem buscadas pelo intérprete e aplicador do Direito.

E, neste compasso, todas as vezes que o empregado é considerado, pelo INSS, apto ao trabalho e o médico da empresa apresenta um parecer em sentido diametralmente oposto, surge uma dúvida para o empregador: O que fazer? Qual é a postura a ser adotada? Como já visto, existem decisões que, simplesmente, determinam a responsabilidade do empregador pelo pagamento dos salários durante o período em que se discute a situação clínica daquele trabalhador.

A contradição entre pareceres médicos poderá prejudicar, sensivelmente, não só a capacidade laborativa do trabalhador, atentando, mais uma vez, contra a sua dignidade, como também trazer sérias responsabilidades e consequências jurídicas à empregadora. Adotar, por exemplo, a solução apresentada em acórdão transcrito no sentido de simplesmente *dispensar o trabalhador* é não resolver o problema; na realidade, apenas o agrava; a discussão encerra-se, não por força da solução a respeito da (in)capacidade laborativa daquela pessoa, mas pela simples extinção do contrato de emprego. Esta não parece ser a posição mais adequada aos princípios de proteção ao hipossuficiente.

A empregadora também será beneficiada, acaso se adote o caminho proposto neste estudo. Será possível estabelecer uma certeza a respeito da situação clínica do trabalhador, diante da prolação de uma decisão judicial reconhecendo a capacidade ou incapacidade para o labor. Haverá profunda discussão sobre a saúde do trabalhador, com a análise dos desdobramentos que surgirem deste fato. Sendo possível, adota-se o caminho da reabilitação profissional. Caso tal conduta não se mostre razoável, por exemplo, pelo *tamanho* da empresa ou pela qualidade do empregador, mantém-se a benesse previdenciária, até o restabelecimento completo da capacidade laborativa.

O trabalhador não ficará à margem da proteção social; poderá, com isso, angariar os bens necessários para viver com dignidade, uma vez que não restará suprimida a sua fonte de renda. As partes envolvidas no litígio poderão confiar no Poder Judiciário, uma vez que previsíveis serão as condutas, de acordo com as normas jurídicas existentes (ou seja,

o limite da responsabilidade de cada um, a partir do direito posto, de acordo com o estado clínico daquela pessoa).

Terá o trabalhador, ainda, respeitada a saúde e a segurança de sua vida, uma vez que não ficará exposto a qualquer situação que apenas poderia prejudicar estes direitos fundamentais. Haverá, ao final, a efetiva possibilidade de justiça do caso concreto, já que será possível conceder, ao trabalhador, o direito subjetivo vindicado, bem como determinar, aos demais envolvidos, o cumprimento de suas respectivas obrigações, dentro dos limites previamente definidos pelo legislador infraconstitucional.

Os elementos que integram, portanto, a segurança jurídica serão, ao final, integralmente respeitados.

3.4.3. Os efeitos da participação do INSS.

As perícias médicas realizadas pela autarquia passarão a sofrer controle jurisdicional perante o órgão do Poder Judiciário mais *apto* na análise destas questões. Os médicos que prestam serviços para o INSS poderão, ainda, atuar no feito na qualidade de assistentes técnicos, trazendo elementos necessários para o julgamento *justo*.

Além disso, em casos de acidente do trabalho ou doença ocupacional, a empresa poderá ser condenada a arcar com despesas médicas e cirúrgicas, para o restabelecimento completo da saúde do trabalhador, que, assim que alcançada, autorizará o INSS a cancelar o benefício, contribuindo para se evitar a *indústria* do pagamento indevido de prestações previdenciárias. Soma-se, ainda, o fato de que a empresa poderá, neste último caso, ser condenada a promover a efetiva reabilitação profissional do trabalhador, em atenção ao que prevê o artigo 62 da Lei 8.213/91.

Ademais, em casos típicos de acidente do trabalho, a instrução processual contribuirá para que o INSS, posteriormente, tenha os elementos jurídicos necessários para o ajuizamento da demanda regressiva em face do empregador, postulando o ressarcimento dos valores pagos a título de benefício previdenciário ao erário público, na esteira do que dispõe o

artigo 120 da Lei 8.213/91.

E, nesta demanda de caráter regressiva, movida pelo INSS, dificilmente haverá a possibilidade de novos questionamentos sobre os fatos discutidos na ação principal, uma vez que todos os envolvidos (o empregado, o empregador e INSS) produziram as provas necessárias para o julgamento da lide movida pelo trabalhador, sempre em atenção aos princípios, também fundamentais, da ampla defesa e do contraditório²³².

3.4.4. O desafogamento do Poder Judiciário.

O verdadeiro escopo da jurisdição é pacificar um conflito subjetivo de interesses. A possibilidade de prolação de decisões contraditórias, sobre o mesmo *tema base* (incapacidade laborativa do autor), não existirá, o que apenas contribui para o crédito que a sociedade deve conferir a esta importante tarefa estatal. O processo será resolvido de maneira mais rápida e ágil, já que elevado é o número de ações que tramitam na Justiça Federal, contribuindo para desafogar este órgão. O número de ações, ao final, diminuirá, uma vez que não haverá necessidade de se provocar a jurisdição, em órgãos distintos, sobre o mesmo *pano de fundo* jurídico.

Com efeito, com a promulgação da EC 45/04, foi reconhecido um importante papel à Justiça do Trabalho, aumentando-se o leque de demandas atribuídas à apreciação deste órgão do Poder Judiciário. A Justiça do Trabalho é aquela que detém as melhores condições para solucionar, de forma definitiva, o conflito estabelecido entre todas as partes envolvidas (empregado, empregador e INSS). A celeridade, marca indelegável da Justiça do Trabalho, contribuirá para a concretização do princípio da duração razoável do

²³² Importante deixar registrado que vários são os estudos publicados recentemente defendendo a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações regressivas propostas pelo INSS contra empregadores, nos casos de acidente do trabalho. A título de exemplo, vide: MELO, Geraldo Magela. **Os benefícios previdenciários e a competência da Justiça do Trabalho**. Belo Horizonte: Editora RTM, 2011. Este entendimento já encontra vozes dentro da própria Procuradoria Federal (MACIEL, Fernando. **Competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações regressivas acidentárias do INSS**. Porto Alegre: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), número 112, 2011. Disponível em <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/revistaeletronica>>. Acessado em 28.12.2011). Recentemente, inclusive, foi editada a Recomendação Conjunta 02, em 28.10.2011, solicitando a todos os Juizes e Desembargadores dos Tribunais Regionais do Trabalho o envio à respectiva unidade da Procuradoria Geral Federal cópia de sentenças e/ou acórdãos que reconheçam a existência de conduta culposa do empregador em acidente do trabalho, para subsidiar o manejo da referida ação regressiva. O texto da recomendação encontra-se disponível em <www.tst.jus.br>. Acessado em 23.12.2011.

processo, à luz do princípio máximo de todo o sistema jurídico constitucional brasileiro, qual seja, a dignidade da pessoa humana. O papel conferido à Justiça do Trabalho, pelo legislador constitucional, ampliando o leque de atribuições e responsabilidades, serão sedimentados, com a solução de um conflito que trazia martírio na vida do trabalhador.

3.4.5. A reserva do possível.

Um dos grandes entraves para a efetividade e concretização dos direitos sociais, notadamente aqueles considerados de caráter prestacional, está relacionado à chamada *reserva do possível*. Discorrendo sobre este assunto, ensina Sarlet²³³ que a:

Reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guardam íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto de nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à exigibilidade e, nesta quadra, também a razoabilidade.

E, prossegue Sarlet²³⁴ dizendo que os aspectos acima referidos guardam vínculo estreito entre si e com os outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, em respeito ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, sirvam não como uma barreira intransponível, mas, na realidade, como ferramenta para a garantia da concretização dos direitos sociais de cunho prestacional.

Na adoção do caminho proposto neste trabalho nenhum dos empecilhos apontados estará presente. Isso porque o sistema previdenciário brasileiro é de caráter meramente contributivo e retributivo (ou seja, inicialmente, toda a sociedade faz a sua contribuição pecuniária para a previdência social, para, num segundo momento, os segurados

²³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 287.

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 287/288.

serem beneficiados com o pagamento das prestações), de tal sorte que, ao se constatar a existência de efetiva incapacidade laborativa, o INSS já possui as reservas necessárias para promover o pagamento do benefício previdenciário adequado.

Neste compasso, existe reserva financeira para contemplar o trabalhador com uma parcela que, diga-se, teria sido indevidamente suprimida. Além disso, a matéria relacionada à concessão destas prestações encontra-se minuciosamente prevista em lei. O titular deste benefício é certo e determinado, sendo não apenas proporcional e razoável, mas absolutamente devida a quitação da prestação beneficiária, no caso de incapacidade laborativa e, quando respeitados os períodos de carência, se necessários. Nasce, aqui, um verdadeiro direito material subjetivo colocado à disposição do trabalhador, cujas bases principais para a sua usufruição encontram-se disciplinadas no ordenamento jurídico nacional. O que se deve buscar, como se vê, é apenas uma nova interpretação das normas constitucionais, utilizando-se de todo o arcabouço jurídico já existente, num pensamento de natureza sistemática, calcado nos valores máximos previstos em nossa Constituição Federal.

3.4.6. Os princípios do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição.

Os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do juiz natural estão vinculados, um ao outro. O primeiro, em síntese, corresponde ao direito dos indivíduos e das coletividades invocarem a atuação jurisdicional do Estado, a que corresponde o dever estatal de prestar essa tutela²³⁵. O outro, por sua vez, representa a garantia de que alguém somente poderá ser condenado por órgão jurisdicional preexistente ao ato praticado por essa pessoa, vale dizer, por órgão judicante preconstituído²³⁶; veda-se, portanto, a criação dos *tribunais de exceção*, ou seja, aqueles que são constituídos para o julgamento específico de determinados fatos que ocorreram no passado, ou melhor, a Constituição de órgão destinado ao julgamento de questões *ex post facto*²³⁷.

Estes princípios são guiados, ainda, por um valor jurídico superior: o acesso

²³⁵ TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio. **Curso de Direito Processual do Trabalho: Processo de Conhecimento**. São Paulo: LTR, 2009, p. 41.

²³⁶ TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio. **Curso de Direito Processual do Trabalho: Processo de Conhecimento**. São Paulo: LTR, 2009, p. 43.

²³⁷ TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio. **Curso de Direito Processual do Trabalho: Processo de Conhecimento**. São Paulo: LTR, 2009, p. 43.

à ordem jurídica justa, ou seja, “o direito a um juízo imparcial por meio de um processo no qual se respeitem os direitos dos litigantes e que leve a uma sentença em que atue o direito na sua expressão de justiça pronta e oportuna”²³⁸. E, esta ordem jurídica justa é alcançada através de uma tutela jurisdicional efetiva, assim considerada aquela que dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção do direito material²³⁹.

Não é possível deixar de lado o fato de que o papel conferido ao Poder Judiciário é buscar a solução jurídica que seja mais adequada para o direito material perseguido. O processo é encarado como o instrumento destinado à consecução de determinada pretensão. A demanda deve ser processada perante um juízo já existente, definido pelo legislador constitucional. Porém, a análise do caso concreto pode comportar a possibilidade de eleição de um órgão do Poder Judiciário, sem que haja afronta à Constituição Federal, exatamente porque as normas processuais que versam sobre competência também devem se amoldar à realidade fática, acompanhando a evolução da sociedade.

O objetivo de investigação, no curso deste trabalho, foi verificar qual é o órgão do Poder Judiciário mais apto a solucionar, de forma efetiva e adequada, a discussão que cerca toda a problemática. Não se viola o princípio do juiz natural ou a inafastabilidade da jurisdição. São eles, na realidade, respeitados, porque a solução apresentada apenas beneficiará todas as partes envolvidas na relação (trabalhador, empregador e INSS), bem como a própria sociedade, que terá a certeza de que o Poder Judiciário cumpriu o seu papel de pacificador dos conflitos existentes. Inexistem entraves para este pensamento, salvo a interpretação absolutamente gramatical e literal da regra constante no artigo 109 da CF que não se justifica, porque não atende aos postulados da dignidade da pessoa humana, da unidade (inclusive do Poder Judiciário) e da justiça social, dentro da visão pós-positivista do sistema jurídico.

A tutela jurisdicional dará efetividade e concretude aos direitos fundamentais do trabalhador, restabelecendo a sua dignidade, com a certeza e garantia de que

²³⁸ CARVALHO, Milton Pinto. **Os princípios e um novo Código de Processo Civil**. In CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org.). **Bases Científicas para um Renovado Direito Processual**. Salvador: Editora Podivm, 2009, p. 200.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª Ed, 2011, p. 120.

perceberá os proventos necessários para a aquisição dos bens materiais e imateriais necessários para a subsistência própria e familiar, seja através do pagamento de salários, seja por meio do benefício previdenciário adequado ao caso. E, com a facilidade de se postular o *restabelecimento* de sua dignidade, através do órgão que mais se aproxima do cidadão e da promoção dos direitos sociais fundamentais: a Justiça do Trabalho.

É por isso que este trabalho é finalizado para dizer que a reinterpretação das normas constitucionais, resgatando os ideais de valores, justiça social e dignidade da pessoa humana, concedendo à Justiça do Trabalho a competência para apreciar e julgar, de maneira concreta, o conflito apresentado, sem que haja ofensa à previsão contida no artigo 109, parágrafo 3º da CF, é uma maneira de se garantir a efetividade do direito fundamental ao recebimento de valores necessários para a aquisição dos bens necessários para uma vida digna, garantindo-se, assim, o respeito incontestável ao direito fundamental ao *mínimo existencial*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Ao longo deste trabalho, foi apresentada, inicialmente, a situação que tanto aflige a vida de vários trabalhadores: certo empregado, com regular contrato, encontra-se afastado de suas atividades, porque está recebendo benefício previdenciário (auxílio-doença de origem comum ou de natureza profissional) até o momento em que é submetido a uma perícia médica junto ao INSS que o considera apto ao labor, procedendo, assim, ao imediato cancelamento do respectivo benefício; esta pessoa, então, dirige-se à sede da empregadora para retomar as suas funções, quando é comunicado pelo médico da empresa que, na verdade, encontra-se inapto para o trabalho, razão pela qual não será possível desenvolver as atividades profissionais para as quais foi contratado.

A possibilidade de decisões contraditórias, no caminho normalmente percorrido, que consiste no ajuizamento de uma demanda perante a Justiça Comum Federal ou Estadual, buscando o restabelecimento do benefício previdenciário e, concomitantemente ou não, o manejo de outra ação, na Justiça do Trabalho, contra o empregador, postulando o pagamento de salários, é latente, o que contribui para o descrédito e a insatisfação geral da sociedade para com o Poder Judiciário Brasileiro.

Este problema deve ser analisado sob outro *viés*. Reconhecer a existência de um caminho *alternativo*, concedendo ao trabalhador a possibilidade de ajuizamento de única demanda contra o empregador e o INSS perante a Justiça do Trabalho, nestes casos, é a maneira mais prática, efetiva e célere de equacionar esta questão.

As vantagens para todos os envolvidos (empregado e empregador, INSS e Judiciário) são várias. Algumas foram apontadas, o que não impede o reconhecimento de outras. A única desvantagem está calcada na interpretação literal da disposição contida no artigo 109 da CF que, como procurou-se demonstrar, não deverá mais subsistir.

A Justiça do Trabalho estará preparada para enfrentar essa situação. É a única que possui como mandamento constitucional o escopo de trazer a efetiva proteção angariada em lei ao trabalhador. Os Juízes do Trabalho já estão plenamente acostumados e

adaptados com a participação do INSS nas demandas que são processadas e julgadas por este ramo do Poder Judiciário. Não haverá novidades.

Por isso a convicção de que o trabalhador, o empregador, o INSS e a sociedade serão os grandes beneficiários desta tutela, por força da simples reinterpretação das normas constitucionais, sem necessidade de qualquer alteração legislativa. No mínimo, que se deixe registrada a provocação destinada aos juristas (juízes, advogados, estudantes e demais operadores do Direito) para que abracem esta causa social, buscando soluções que não deixem os trabalhadores à margem da proteção social e da concreta possibilidade de adquirirem os meios necessários para viverem com dignidade.

BIBLIOGRAFIA.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. **Fundamentos Constitucionais da Previdência Social**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

ALVES, Ricardo Luiz. **A concepção de Estado de Tomas Hobbes e de John Locke**. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6181/a-concepcao-de-estado-de-thomas-hobbes-e-de-john-locke/2>>.

ANTUNES, Davi José Nardy. **Gasto social e Desigualdade social**. In: FAGNANI, Eduardo e POCHMANN, Márcio (org.) Mercado de Trabalho, Relações Sindicais, Pobreza e Ajuste Fiscal. São Paulo: LTR, 2007.

ANTUNES, Ricardo. **O neoliberalismo e a precarização estrutural do trabalho na fase da mundialização do capital**. In: DA SILVA, Alessandro, MAIOR, Jorge Luiz Souto, FELIPPE, Kenarik Boujikian, SEMMER, Marcelo. Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2007.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: Editora LTR, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo**. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BEVILAQUA, Clóvis. **A Constituição e o Código Civil**. In: Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002..

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Studi Hegeliani**. Torino: Giulio Einaudi, 1981.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Generale del Diritto**. Torino: Giappichelli, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Rio de Janeiro; Elsevier, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 21.

CAMPOS, Cristiane Soares; DUTRA, Flávia Cristina Rossi. **Globalização e dignidade da pessoa humana**. Belo Horizonte: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, volume 73, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CAPLAN, Luciana. **Direitos Sociais da Constituição Cidadã e as Armadilhas Ideológicas que levam à sua Inefetividade: uma leitura a partir da Teoria Crítica**. In: Direitos Sociais na Constituição de 1988: Uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTR, 2008.

CAPLAN, Luciana. **O Direito do Trabalho e a Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. In: DA SILVA, Alessandro, MAIOR, Jorge Luiz Souto, FELIPPE, Kenarik Boujikian, SEMMER, Marcelo. Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2007.

CARVALHO, Milton Pinto. **Os princípios e um novo Código de Processo Civil**. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org.). **Bases Científicas para um Renovado Direito Processual**. Salvador: Editora Podivm, 2009.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende. **A Justiça do Trabalho enquanto vis atractiva protectionis: o trabalho 'biopolítico' na perspectiva de uma especialização democrática dos ramos judiciários**. In: Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la jurisdicción social. Madri: Foro de Estudios Europeos de Murcia. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, 2007.

CARDOSO, Juciano Aparecido de Freitas. **A prudência como fundamento ético do**

Leviatã em Thomas Hobbes. Disponível em < <http://www.gamaon.com.br/pdf/vol9/juciano-artigo.pdf>>.

COLUSSI, Luiz Antonio. **Direito, Estado e Regulação Social: o papel do contrato de trabalho na sociedade em transformação.** São Paulo: LTR, 2009.

COSTA, Flávio Divino de Castro e. **A Função realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas do Brasil in Direitos Sociais na Constituição de 1988: Uma análise crítica vinte anos depois.** São Paulo: LTR, 2008.

DANTAS, Aldemiro. **A plenitude do ordenamento jurídico: o problema da lacuna e os princípios gerais do Direito.** In: Lacunas no ordenamento jurídico. Barueri: Manole, 2005.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do Direito.** Coimbra: Armênio Amado, 2006.

DELGADO. Mauricio Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução.** São Paulo: LTR, 2006.

DELGADO. Mauricio Godinho. **O Estado do Bem Estar Social no Capitalismo Contemporâneo.** São Paulo, Revista LTR 71-10, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia, a regulação estatal e a globalização dos mercados.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FLORES. Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito.** São Paulo: Malheiros, 1995.

GALLO, Sílvio. **A filosofia política moderna e o conceito de Estado.** Disponível em <<http://www.cedap.assis.unesp.br/cantolibertario/textos/0109.html>>.

GARCIA, João Carlos. **Direito e Ciência Jurídica. Considerações sobre a pertinência de sua correlação.** In: Cadernos de Teoria Geral do Direito. Curitiba: Juruá, 2000.

GAREA, Rafael Colina. **La función social de la propiedad en la Constitución Española de 1978.** Barcelona: José Maria Bosch, 1997.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou**

discricionariez judicial? Ênfase os princípios jurídicos. In: Sistema e tópicz interpretação do ordenamento. Renan Lotufo (org.). Barueri: Manoel, 2006.

GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas.** Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>. Acessado em 21 de Janeiro de 2009.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do Trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra.** São Paulo: LTR, 2008.

HABERMANS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional.** Granada: Comares. 2003.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Os grandes filósofos do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado.** México: FCE, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado.** Porto Alegre: Fabri, 2009.

LARENZ, Karl. **Derecho justo: Fundamentos da etica jurídica.** Madri: Civitas, 1991.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”.** Fortaleza: ABC Editora, 2001.

LOCKE, John. **Carta de Tolerância. Segundo Tratado sobre o Governo. Ensaio acerca do entendimento humano.** São Paulo: Abril Cultural, 1973

LOPES, Othon de Azevedo. **A dignidade da pessoa humana como princípio jurídico fundamental.** In: Estudos de Direito Público: Direitos Fundamentais e Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Síntese, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos do Direito.** São Paulo: RT, 2009.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Direito ao sossego.** In: LOTUFO, Renan. (Coord.). Cadernos de Direito Civil Constitucional. Curitiba: Ed. Juruá, 2001.

MACIEL, Fernando. **Competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações regressivas acidentárias do INSS**. Porto Alegre: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), número 112, 2011. Disponível em <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/revistaeletronica>>.

MAIOR, Jorge Luis Souto. **Direito Social, Direito do Trabalho e Direitos Humanos**. In DA SILVA, Alessandro, MAIOR, Jorge Luiz Souto, FELIPPE, Kenarik Boujikian, SEMMER, Marcelo. **Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2007.

MALFATTI, Alexandre David. **A força normativa dos princípios gerais de direito e dos princípios jurídicos**. In: Lacunas do Ordenamento Jurídico. Barueri: Manole, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª Ed, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o CDC e o CCB/02**. Revista de Direito do Consumidor, volume 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2009.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

MAYNES, Eduardo Garcia. **Introducción al estudio del Derecho**. México: Editorial Porrúa, 1974.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELO, Geraldo Magela. **Os benefícios previdenciários e a competência da Justiça do Trabalho**. Belo Horizonte: Editora RTM, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Atlas, 15ª Edição, 2004.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. In: Estudos de Direito Civil-Constitucional, 1ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORCHON, Gregorio Robles. **Teoria del Derecho**. Madri: Civitas, 1998.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, Fábio de. **Política e Estado no pensamento marxista.** Disponível em <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15363/13945>>.

PANCOTTI, Luiz Gustavo Bóiam. **Conflitos de Princípios Constitucionais na tutela de benefícios previdenciários.** São Paulo: LTR, 2009.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade.** São Paulo: LTR, 2009.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1999.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROBLES, Gregorio. **Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual.** Barueri: Manole, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988.** Revista Diálogo Jurídico, ano I, Vol. 1, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCMHITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** Madri: Alianza Editorial, 2001.

SICHES, Luís Recasens. **Filosofia del derecho.** México: Editorial Porrúa. 2008.

SICHES. Luis Recasens. **Tratado General de Filosofía del Derecho.** México: Editorial Porrúa. 2008.

SILVA, Antônio Alvares da. **Pequeno tratado da nova competência trabalhista.** São Paulo: LTR, 2005.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A saúde do trabalhador como um Direito Humano: conteúdo essencial da dignidade humana.** São Paulo: LTR, 2008.

SOUZA, Carlos Aurelio da Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: Um**

enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTR, 1996.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; LIMA TEIXEIRA, João de. **Instituições de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTR, 2000.

TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio. **Curso de Direito Processual do Trabalho: Processo de Conhecimento.** São Paulo: LTR, 2009.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Execução no Processo do Trabalho.** São Paulo: Editora LTR, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas.** In: Temas de Direito Civil, Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia. **Estado e Direitos Fundamentais.** Buenos Aires: Revista Equipo Federal del Trabajo, Ano VI, n. 71, 2011. Disponível em <[http://www.eft.org.ar/pdf/eft 2011](http://www.eft.org.ar/pdf/eft%202011)>.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **A relação de emprego e os impactos decorrentes dos benefícios previdenciários.** São Paulo: LTR, 2ª Ed., 2010

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Madri: Trotta, 2009.

ZANITELLI, Leandro Martins. **Tópica e pensamento sistemático: convergência ou ruptura?** In: A reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<www.cnj.jus.br>

<www.stf.jus.br>

<www.tst.jus.br>

<www.trt3.jus.br>

<www.trt15.jus.br>