

DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E AUTONOMIA PRIVADA:

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil

Bernardo Olive

CONDUCCIÓN CONSTITUCIONAL E AUTONOMÍA PRIVADA:

Los valores sociales del trabajo de la libre empresa como los fundamentos de la República Federativa del Brasil

Resumo: Em nosso estudo buscaremos realizar uma análise crítica de importantes pontos do constitucionalismo brasileiro que, de alguma forma, têm sido resolvidos de modo automático e irrefletido no meio jurídico. O objeto fundamental de nosso estudo será uma colisão aparentemente existente entre dois valores fundamentais da República Federativa do Brasil, positivados logo ao art. 1º, inciso IV da Carta Magna, quais sejam: “os valores sociais do trabalho e o da livre iniciativa”. Por todo o trabalho teremos como objetivo analisar a possibilidade de realização de uma concordância prática entre estes dois valores tão divergentes. Para tanto, analisaremos a questão do dirigismo constitucional, que limita a autonomia da vontade e norteia as ações da autonomia privada. Ainda, analisaremos o Direito do Trabalho como forma manifesta de intervenção estatal na livre iniciativa, não apenas limitando a liberdade de contratar, mas também a utilizando como mecanismo poderoso de implementação de políticas públicas, através de uma via indireta e gratuita. **Palavras-chave:** intervencionismo Estatal; autonomia privada; valor social do trabalho; livre iniciativa.

Resumen: En nuestro estudio vamos a tratar de llevar a cabo una revisión de los puntos importantes del constitucionalismo brasileño que, de alguna manera, se han resuelto de forma automática en el marco jurídico e irreflexivo. El objeto fundamental de nuestro estudio es al

parecer una colisión entre dos valores fundamentales de la República Federativa del Brasil, positivizado en lo artículo 1, IV de la Constitución brasileña, a saber: “los valores sociales del trabajo y la libre empresa”. Por todo el trabajo que tenemos que analizar la posibilidad de realización práctica de una concordancia entre estos dos valores muy diferentes. Se analiza la cuestión de la constitución intervencionismo, lo que limita la autonomía y orienta las acciones de la autonomía privada. Sin embargo, se analiza la legislación laboral como forma manifiesta la intervención del Estado en la libre empresa, no sólo limita la libertad de contrato, sino también utilizando como un poderoso mecanismo para la implementación de políticas públicas, a través de una ruta indirecta y gratuita. **Palabras clave:** intervención del Estado; la autonomía privada; el valor social del trabajo; la libre empresa.

1. INTRODUÇÃO

A metodologia e a precisão semântica dos termos constituem requisitos de um discurso científico, não sendo diferente na alçada jurídica. Jean Bodin em sua obra *Lês Six Livres de la Republique, 1576* estabelece que “é necessário identificar o fim principal e depois os meios de alcançá-lo. Ora, a definição outra coisa não é senão o fim do assunto apresentado e se ela não tiver bons fundamentos, tudo o que sobre ela assentar em pouco tempo desabará”¹. Desta forma a definição há de se vincular à essência de seu objeto: “É de rigor não se ater aos elementos acidentais, que são em grande número, mas convém salientar as diferenças essenciais e formais”². Após fazê-lo cabe “especificar em pormenores as partes” da referida definição”³.

Para tanto não se pretende enveredar no uso desmesurado de categorias. Acredita-se que usando-se da melhor doutrina seja possível classificar de forma satisfatória os conceitos que adiante serão abordados para, à posteriori, focar-se com mais ênfase no âmago deste trabalho. Ademais, classificar de forma tão desmedida os mesmos objetos “compromete a clareza e a

¹ Jean Bodin. *Lês six livres de la Republique*. Paris: Librairie Générale Française, 1993, p. 57.

² Jean Bodin. *Lês six livres de la Republique*. Paris: Librairie Générale Française, 1993, p. 180.

³ Jean Bodin. *Lês six livres de la Republique*. Paris: Librairie Générale Française, 1993, p. 58.

previsibilidade do Direito, elementos indispensáveis ao princípio do Estado Democrático de Direito”⁴.

Em todo trabalho o método de pesquisa empregado será o técnico-jurídico, sem que, por vezes, use-se de métodos históricos, sociológicos, dogmáticos e comparativos, tão somente quando se faça necessário para melhor elucidar dado assunto. Há, ainda, preponderância para a bibliografia, envolvendo autores nacionais e estrangeiros, bem como a consulta direta a textos normativos.

Tendo em vista o tema e a sistematização do trabalho proposto, tornou-se necessária a pesquisa interdisciplinar e, tendo em vista o encadeamento da sistematização elaborada, adotou-se o método dedutivo, partindo-se do encaminhamento do universal para o particular, para serem alcançadas as conclusões que, por fim, compatibilizaram a formulação da problematização e a delimitação do tema, com as considerações finais do estudo levado a efeito.

Em nosso estudo buscaremos realizar uma análise crítica de importantes pontos do constitucionalismo brasileiro que, de alguma forma, têm sido resolvidos de modo automático e irrefletido no meio jurídico.

O objeto fundamental de nosso estudo será uma colisão aparentemente existente entre dois valores fundamentais da República Federativa do Brasil, positivados logo ao art. 1º, inciso IV da Carta Magna, quais sejam: “os valores sociais do trabalho e o da livre iniciativa”. Por todo o trabalho teremos como objetivo analisar a possibilidade de realização de uma concordância prática entre estes dois valores tão divergentes. Para tanto, analisaremos a questão do dirigismo constitucional, que limita a autonomia da vontade e norteia as ações da autonomia privada. Ainda, analisaremos a problemática do Direito do Trabalho ser, ou não, uma forma manifesta de intervenção estatal na livre iniciativa, não apenas limitando a liberdade de contratar, mas também a utilizando como mecanismo poderoso de implementação de políticas públicas, através de uma via indireta e gratuita.

1.1. Localização temática

⁴ Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2004. p.17.

Pode parecer óbvio que a ideologia social permeia todas as atividades organizadas, mas se faz necessário conhecer qual ideologia – motivação – constitui o nosso ordenamento jurídico, o direito posto, e que efetivamente toma forma em nosso cotidiano e norteia as relações entre indivíduos.

Olhemos, primeiramente, para importantes períodos da História, em particular na transição entre Idades Média e Moderna, onde o poder, alternado entre as mãos de monarcas, oligarcas e tiranos, considerava sua força produtiva – os seres humanos – como mercadoria. O capital e o trabalho tiveram, em suas especificidades regionais, diferentes tratamentos, porém quase nenhuma garantia, especialmente no que se refere aos trabalhadores.

Houve, desde então, um grande processo de transformação. Entretanto, as questões jurídicas levantadas ao debate não encontraram respaldo suficiente nos textos normativos existentes, acarretando, primeiramente, num exagerado Positivismo.

A ideologia que adveio destes períodos sem garantias ou proteções – de grande liberalismo – pode ser traduzida em valores de justiça social ou distributiva, e passou a dominar o cenário mundial no século XX. A sociedade passou a exigir o acesso aos bens e serviços produzidos, como também a valorização do esforço empregado na produção e enriquecimento das empresas e nações. Daí a necessidade de atuação do Estado – cuja intervenção anteriormente seria rechaçada pelos liberais – para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir a afirmação da dignidade humana.

No Estado Social de Direito todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados. Tida por muitos como uma das mais modernas, nossa Constituição passa por profundas reflexões a respeito de seu conteúdo lógico e axiológico, considerada a consagração de muitos direitos. Esses direitos criam obrigações. Resta compreender como executar o que está posto no texto constitucional de maneira eficiente. O Estado Pós-moderno exige entendermos atentamente como se deu o processo de positivação das regras e princípios, como também a judicialização das políticas públicas. Tal Estado defende que somente assim será possível uma melhor aplicação do texto constitucional. As normas positivadas não poderiam ser um limite expresso para adequação do Direito à realidade cotidiana da Nação.

Com a fundação do Estado Democrático de Direito – no Brasil, em especial, com a CR/88 – começa a se formar um novo norteamento político-social, sendo possível realizar uma reanálise crítica das normas vigentes, das acepções firmadas sobre dispositivos legais e, até mesmo, dos conceitos mais difundidos sobre o próprio ordenamento jurídico.

Nosso atual Estado Democrático de Direito reconheceu da impossibilidade de auto-regulação da circulação de bens e serviços unicamente pelas relações inter-partes constantes na livre iniciativa. Com este foco, nossa atual Constituição da República acolheu a livre iniciativa e o valor social do trabalho em seu bojo, ocupando ambos exatamente o mesmo inciso (art. 1º, inc. IV, CR88), lado a lado, como exemplo da harmonia que se busca. Complementando, ao art. 170 a Constituição trata dos princípios da ordem econômica, onde também aparecem a livre concorrência e a busca do pleno emprego. O Título VIII – dedicado à ordem social – tem por base o primado do trabalho. O Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – dedica, de igual maneira, artigos ao Direito do Trabalho, sendo um ao Direito Individual do Trabalho (artigo 7º) e, outro (artigo 8º) ao Direito Coletivo do Trabalho.

Por esta simples análise podemos perceber que a Constituição Federal deu grande destaque ao nosso sistema produtivo, tendo especial zelo em tratar de controvérsias de interesses que daí poderiam resultar. Todavia, mesmo buscando uma união estável entre trabalhador e empregador numa relação de emprego, os interesses de cada um ainda permanecem divergentes.

2. O MERCADO CAPITALISTA E A ORDEM CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal estabelece em seu preâmbulo ser o Brasil um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...]”. Ainda que o texto original de 1988 tenha sido objeto de várias Emendas Constitucionais, é possível afirmar a constância destes enunciados⁵.

⁵ A importância das normas tidas como centrais, como basilares da Constituição, são de tão ampla importância que diferentemente do preâmbulo constitucional encerram obrigatoriedade, como já definido na ADI 2076 / AC – Acre, Relator(a): CARLOS VELLOSO Julgamento: 14/08/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 08-08-2003 PP-00086 EMENT VOL-02118-01 PP-00218 Parte(s): PARTIDO SOCIAL LIBERAL – PSL WLADIMIR SÉRGIO REALE ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ACRE “Ementa:

O artigo primeiro da Constituição Federal reafirma de tais postulados, definindo ser a República Federativa do Brasil um Estado Democrático que possui por fundamentos, dentre outros, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Ainda que exista matéria específica quanto ao Direito do Trabalho – artigos 7º a 11º da CR/88 –, e quanto à ordem econômica – artigos 170º e seguintes da CR/88 –, há de se considerar a influência que estes dispositivos sofrem pelos princípios acima expressos. Assim sendo, uma vez que o Direito do Trabalho está incluído no ordenamento constitucional, este o define e norteia – vinculando este ramo do direito às diretrizes impostas pela Constituição. Mesmo fenômeno se observa no referente ao Direito Empresarial, vez que o atual entendimento jurídico permite que as diretrizes constitucionais afetem outros ramos do direito – inclusive os ramos tidos como Direito privado – através do movimento conhecido como Constitucionalização dos Direitos⁶.

Todavia, para buscar definir os fundamentos do Estado Democrático de Direito é necessária, primeiramente, a própria compreensão de Estado. Canotilho concebe Estado como um fenômeno que adveio da evolução política⁷. Para o autor, Estado não é um simples mecanismo finalístico, de fins autônomos, ou mesmo uma espécie de valor. Haveria um trilátero, que Canotilho denomina de poder-normas-domínio, onde “sistema social” seria gênero, tendo como espécies a política e o direito.

CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”. Por meio desta decisão definiu o STF que o preâmbulo não está no domínio do direito em si, mas da ideologia, sem relevância jurídica. Porém, proclama e exorta os princípios contidos na CRFB.

⁶ Sobre o tema, ver Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Luís Roberto Barroso. Acessível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Neste artigo está dito que “A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares”.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Estado adjetivado e a teoria da Constituição*, n. 3. Curitiba: ABDCons, 2003, p.45-50.

Para o professor Jorge Miranda a figura de Estado seria fruto de uma manifestação social, intimamente ligada à própria existência da política⁸. Falar em Estado corresponderia, assim, falar em comunidade e em poder organizado, ou em organização da comunidade e do poder. A constituição seria concebida como instrumento máximo para efetivar a atuação Estatal. Quanto ao Brasil, informa o autor que nossa Carta Magna se mostra moderadamente nacionalista, possuindo comprometimento em inclinações liberais e estatizantes, mas nem sempre em sintonia com os encargos assumidos por um Estado Social.

A idéia de um constitucionalismo social para Gilberto Bercovici foi inovadora, trazida no século XX, se ocupando da seguinte estrutura⁹:

[...] conjunto de prestação positivas do Estado em favor do cidadão, formatando, portanto, a idéia de Constituição dirigente. Principal braço normativo do Estado Providência, as Constituições de cunho social representaram a consolidação do ideário de busca da Justiça Social. [...] O modelo do constitucionalismo social, portanto, servindo como arcabouço lógico-formal da idéia de um Estado intervencionista e protecionista, representou uma contundente inovação no panorama constitucional, até então impregnado com preocupações essencialmente liberal-individualistas. O foco da normatização constitucional modificase, deixando de lado as questões estritamente políticas do Estado e volta-se para discussões acerca do bem comum da sociedade. O movimento de alteração das características básicas do texto constitucional coincide, obviamente, da transmutação da forma de o Estado atuar junto à sociedade. Surge, pois, a idéia da noção de dirigismo constitucional.

⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Tomo IV – Direitos Fundamentais*. Lisboa: Coimbra Editora, 2008, 168.

⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 321.

O dirigismo constitucional foi, então, consolidado durante o século XX, chegando a ser o modelo básico de regulação do ente estatal nos sistemas jurídicos de orientação romano-germânica. Sua característica mais marcante seria o estabelecimento de mecanismos postos à disposição dos cidadãos para efetivar suas pretensões junto ao Estado.

Todavia, o dirigismo constitucional teria enfraquecido devido à atenuação do nível interventivo do poder estatal. Com isso, as estruturas sociais são contaminadas por um direito de índole reflexiva, ou seja, uma ordem jurídica não incidente diretamente sobre o meio social, mas, sim, construída para dar amparo às estruturas privadas de regulação. Assim evidencia: De fato, o grande embate que enfraqueceu, na segunda metade do século XX, a idéia de constitucionalismo social foi a perspectiva, um tanto pessimista, de que as garantias ali expostas eram inexequíveis do ponto de vista prático.

Retomando ao texto Constitucional, a função social da empresa na articulação participativa da mão-de-obra na gestão empresarial tornou-se princípio contido na Constituição Federal de 1988, inserta no art. 7º, XI e art. 11º. Estaria, portanto, na categoria de direito fundamental¹⁰, constituindo norma efetiva com efeito vinculante. Assim, defende uma nova dogmática jurídica de modo que os direitos fundamentais constitucionais tenham maior eficácia nas relações privadas. Isto significa dizer, sob o enfoque aqui estudado, possibilitar uma maior participação dos trabalhadores na gestão da empresa – aliados ao Código Civil vigente e adotando a Teoria da Empresa. Tal tratamento conduz que: a atividade econômica organizada da empresa deverá articular o fator da mão-de-obra de forma participativa na consecução dos objetivos de produção ou circulação de bens ou de serviços, para o consumo da sociedade.

Qualificar grandezas tão antagônicas como os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” como espécies de Direito Fundamental Constitucional, entretanto, não encerra nenhuma discussão. Ao contrário, traz outros tantos questionamentos. A complexidade do estudo dos direitos fundamentais é tamanha que, já ao tentar defini-los, encontramos dificuldades. Assim, buscaremos realizar uma análise do que nossa Constituição busca como fim ao inserir conceitos que podem ser considerados como princípios, direitos fundamentais ou mesmo diretrizes políticas que devem, obrigatoriamente, ser observadas em todas os atos daqueles que integram uma certa comunidade.

¹⁰ Esta não é uma posição pacífica, pois para alguns autores o fato de não estar a disciplina do Direito do Trabalho na Constituição inserido no art. 5º o afastaria da categoria de direito fundamental.

3. DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

Parece consenso na comunidade constitucional que a Constituição do Brasil é, efetivamente, uma Constituição dirigente e compromissória. Gilberto Bercovici aponta a fixação dos objetivos da República (art. 3º) como vetores desse dirigismo, que têm a função, entre outras, de identificação do regime constitucional vigente, ou seja, fazem parte da fórmula política do Estado, que o individualiza, pois esta diz respeito ao tipo de Estado, ao regime político, aos valores inspiradores do ordenamento, aos fins do Estado, etc. Também define e delimita a identidade da Constituição perante os seus cidadãos e a comunidade internacional. Em suma, a fórmula política é a síntese jurídico-política dos princípios ideológicos manifestados na Constituição. O que contraria essa fórmula afeta a razão de ser da própria Constituição¹¹.

Nesse contexto, parece acertado afirmar a impossibilidade de uma teoria geral da Constituição. Essa pretensão universalizante, que busca uma espécie de *fundamento de identidade* para as Constituições, apenas identifica nos seus defensores a forte influência kantiana, a partir de uma espécie de retomada de um *imperativo categórico*, privilegiando temas universais, e não individuais. Lênio Luiz Streck destaca que essa situação é bastante parecida com o exemplo da posição original de John Rawls: essa defesa da possibilidade de buscar um “fundamento de identidade para as Constituições segue o papel a ser exercido pela situação ideal de fala, entendido como um constructo contrafático – a exemplo da posição original de Rawls¹² – que, entretanto, não passa de um tipo de ideal”¹³.

Num outro viés, a teoria do constitucionalismo adequado busca observar as particularidades das Constituições e a sua aptidão dirigente, mantendo os compromissos nela propostos e, ainda assim, observando os anseios da modernidade. Em países como o Brasil – em que

¹¹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36.

¹² Veja-se sobre o consenso a obra de Rawls: RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*, trad. de Almiro Pisseta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2008, p. 168.

sequer a legalidade formal¹⁴ é cumprida e nos quais a esfera pública não tem condições de se desenvolver, pela deficiência no cumprimento dos direitos substantivos – essas características assumem papel fundamental.

A vinculabilidade da Constituição – dirigindo todo o ordenamento político – e o debate sobre os limites do direito são temas que continuam totalmente atuais. Deles podemos extrair questionamentos relevantes, afinal, poderia um texto constitucional “determinar” o agir político-estatal? Ainda é possível sustentar que a Constituição especifica “o que fazer” e o governo – *latu sensu* – estabelece o “como fazer”? A vontade geral popular, representada por maiorias eventuais, pode alterar substancialmente o conteúdo da Constituição, naquilo que é o seu núcleo político? São perguntas básicas – que advêm de uma simples análise dos moldes constitucionais que nos submetemos – e, mesmo assim, poucos são aqueles que as ousam levantar.

Eros Grau, então ministro do Supremo Tribunal Federal, já afirmou que nossa constituição nacional não é um mero “instrumento de governo”, enunciador de competências e regulador de processos. Muito além disso, define *diretrizes, fins e programas* a serem realizados pelo Estado e pela sociedade privada. Neste sentido, a constituição não seria apenas um “estatuto jurídico do político”, mas sim um “plano global normativo” de nossa sociedade, do próprio Estado brasileiro. Os fundamentos e os fins definidos nos artigos 1º e 3º da CR/88 são os fundamentos e os fins da própria sociedade brasileira. Por estes fundamentos, Canotilho levanta a questão sobre a eficácia jurídica e social das normas de direito, assim como sua aplicabilidade. Para o autor, inclusive a esfera legislativa estaria vinculada aos fundamentos e objetivos constitucionais, ainda que sob distintas intensidades vinculativas¹⁵.

A tese do dirigismo constitucional ou Constituição dirigente – elaborada inicialmente por Peter Lerche e devidamente adaptada à doutrina constitucional portuguesa por J. J. Canotilho – é, atualmente, alvo de várias críticas, decorrentes especialmente do fortalecimento da globalização e do neoliberalismo. O próprio Canotilho, principal articulador da tese do dirigismo constitucional em terras portuguesas e brasileiras, tem colocado sérias reservas à prevalência da tese. Com efeito, embora Canotilho admita que o texto constitucional

¹⁴ E nesse sentido ocorre um agravamento, em face do protagonismo judicial que domina as práticas jurídicas, respaldadas, paradoxalmente, pela própria doutrina (que já não doutrina, pois é escrava das decisões dos tribunais).

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 168.

permanece a estabelecer uma dimensão básica da legitimidade moral e material e, por isso, possa continuar sendo um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico por meio de desregulamentações, por outro lado considera que esse texto básico (a Constituição) não mais pode servir de fonte jurídica única, tampouco pode ser o alfa e o ómega da constituição de um Estado.

Para abordar o tema sobre dirigismo constitucional é necessário que se entenda a teoria da Constituição enquanto uma teoria que resguarde as especificidades históricas e fáticas de cada Estado nacional.

A teoria da Constituição deve ter um núcleo (básico) que conserve as conquistas da comunidade, inerentes de um Estado Democrático (e Social) de Direito, estabelecidas entre o respeito da democracia e dos direitos fundamentais sociais. Poderíamos dizer que, no atual mundo ocidental de economia globalizada, esse núcleo proveniente do Estado Democrático de Direito faz parte de um núcleo básico geral, universal aos países do ocidente, que comporta elementos que poderiam acomodar uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo nesta região. Os demais substratos constitucionais provêm das especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado.

O núcleo básico da Constituição pode ser denominado como o núcleo de direitos fundamentais sociais constantes em cada Carta Magna. Dado o constante descumprimento das propostas da modernidade, no plano de uma teoria da Constituição adequada¹⁶ a países periféricos ou, mais especificamente, de uma *Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia*¹⁷, este conteúdo nuclear pode ser encarado como um conteúdo compromissório mínimo a constar no texto constitucional, bem como os respectivos mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática.

Daí que, examinando a problemática a partir da falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil, norteando ao conteúdo dirigente e compromissório da Constituição de 1988, vinte anos depois de sua promulgação, nos filiamos, do mesmo modo que Canotilho, defensores das teorias acionalistas da política e da possibilidade de direção do Estado em países com baixo grau de instrução e com problemas sociais, até mesmo porque, como ele

¹⁶ Neste sentido: Gilberto Bercovici. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 287.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2008, p. 231.

mesmo reconhece, no caso concreto do Brasil “a dimensão política da ‘Constituição dirigente’ tem uma força sugestiva relevante quando associada à idéia de estabilidade que, em princípio, se supõe lhe estar imanente”. Esta estabilidade, acrescenta, está “articulada com o projeto da modernidade política, que, sucessivamente implementado, respondeu a três violências (“triângulo dialéctico”), por meio da categoria político-estatal”¹⁸:

- a) respondeu à falta de segurança e de liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de direito contra a violência física e o arbítrio);
- b) apresentou resposta à desigualdade política, alicerçando liberdade e democracia (Estado democrático);
- c) combateu a terceira violência – a pobreza – mediante esquemas de socialidade. Temos presente, assim, que a “Constituição dirigente” continua a ser o suporte normativo do desenvolvimento deste projeto de modernidade.

Assim, o que se aspira é que os mecanismos constitucionais que estão à disposição do cidadão e das instituições sejam empregados – de forma eficaz – como instrumentos capazes de defender que os poderes públicos disponham da Constituição a seu bel prazer. Segundo esclarece STRECK¹⁹:

A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se interpõe entre o Estado e a Sociedade. A Constituição dirige; constitui; traça diretrizes; mostra referências. A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 40.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2008, p. 114-115.

sistemático daquilo que é mais importante – ou seja, o seu núcleo essencial-fundamental. *É o mínimo a se exigir, pois!*

4. OS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA

A Constituição da República Federativa do Brasil petreamente nos informa, em seu artigo primeiro, que a República brasileira será formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se, assim, em Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos, entre outros, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Num primeiro contato o leitor poderia pensar se tratar de uma antinomia colocada entre estes dois fundamentos. O aparente conflito auxilia como ponto de partida para uma ponderação sobre como pôde o Estado harmonizar princípios tão antagônicos – inseridos numa mesma disposição legal – e como buscou solucionar esses conflitos dentro de uma mesma sociedade. Isso ocorreu por meio da garantia estatal de direitos especiais, tanto para os trabalhadores como para os empregadores, salvaguardando para estes últimos a herança do Liberalismo – a livre iniciativa – pretendendo representar igualdade jurídica, ainda que somente formal.

É, todavia, temerária a importação de conceitos e categorias gerais de maneira não histórica. A ciência do direito – ramo das ciências sociais – impõe a realização de um exame sobre a sociedade na qual se insere. Conceitos como liberdade, dignidade, igualdade jurídica e, ainda, valores sociais são influenciados por uma ideologia majoritária – no caso brasileiro pelo Estado Social de Direito, que regula a ordem econômica e social, limitando o poder e projetando a tutela dos direitos sociais (que incluem o trabalho) – para além dos interesses individuais.

Nossa Constituição dispõe, em seu art. 170, os fundamentos da ordem econômica, valorizando o trabalho e a iniciativa privada e, logo, optando por um mercado de natureza capitalista. O princípio da livre iniciativa representa o conceito de liberdade econômica, que teria como limites tão somente o capital e a competência de quem o controla. Caracteriza a liberdade em sua essência, dando ao cidadão o direito de iniciativa inteiramente livre.

Os valores sociais do trabalho, por sua vez, constantes no artigo primeiro de nossa Constituição, tratam de um valor propriamente dito. Numa análise filosófica, valor seria tudo aquilo que é bom, belo, justo. Enquanto os princípios correspondem àquilo que deve ser, ou seja, a busca por um estado ideal de coisas – um objetivo –, um valor seria o próprio fim²⁰. Noutras palavras, se o princípio é o percurso, o valor é a chegada.

A Constituição de 1988 – pautada em seus fins sociais – destina capítulo específico para informar um rol de garantias ao trabalhador urbano e rural, buscando a realizar um equilíbrio do trabalho frente ao princípio da livre iniciativa (vez que este último é tido como detentor *mor* da liberdade).

Frente seu vasto volume, exemplificar aqui todo o rol de direitos protetivos aos trabalhadores constantes na CR/88 seria redundante e até mesmo maçante ao leitor. É possível afirmar que vários destes direitos contemplados no texto constitucional são resultado de uma excessiva constitucionalização de direitos sociais, decorrentes de uma vontade revolucionária do constituinte em afirmá-los e, assim, os transformando em diretrizes vinculativas das políticas públicas e atuações privadas²¹.

Apesar de aparentar se tratar de um par dialético²² – valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – estão tais princípios/valores/diretrizes juntamente fixados na Constituição justamente para realizar a busca de efetivar e atingir os fundamentos e os objetivos da própria República. Tais fins foram expressos pelo próprio constituinte (art. 3º, CR/88), como o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e redução das desigualdades regionais.

Apesar da livre iniciativa não possuir limites expressos, sua harmonização com os valores sociais do trabalho não é impraticável. Para conseguir realizar essa difícil conciliação o atual Estado Democrático de Direito fez uso dos chamados direitos fundamentais – princípios de direito constantes nos textos constitucionais – pelos quais se lançou uma ética geral vinculante, segundo a qual toda as atividades – públicas, privadas, sociais e econômicas – deveriam acatar tais princípios constitucionais impostos na Constituição Federal.

²⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 70.

²¹ Sobre isso, ver capítulo sobre Dirigismo Constitucional.

²² Quanto ao conceito de par dialético, ver MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*, vol. 1. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

A efetivação desses princípios depende da realização de políticas públicas habilitadas para incluir planejamentos na atividade econômica – e assim a nortear aos interesses sociais – como o exemplo do valor social do trabalho e da própria justiça social. Submetidos por este dirigismo constitucional, os governos se vêem obrigados a estabelecer seus programas sempre focados nos princípios norteadores da República Federativa do Brasil – em nosso caso de estudo sempre visando uma finalidade social. Neste sentido bem explica a jurisprudência (*grifamos*):

“Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que ‘O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’, tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico’ (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o

princípio jurídico da solidariedade.” (ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.)

Parece antagônico utilizar a expressão *justiça social* – que sugere uma distribuição de riqueza – num Estado que adota uma política capitalista de mercado. Óbvio que ambos os conceitos não podem coexistir de maneira absoluta. Mecanismos que permitam realizar efetividade à justiça social automaticamente irão limitar a noção de capitalismo e, ainda, mitigar a própria noção de justiça social – que não necessitaria de tais instrumentos ponderadores. Para coexistir, o direito da liberdade na iniciativa privada se depara com os limites impostos nos direitos sociais.

A garantia aos fundamentos e objetivos de nossa república, observando o dirigismo constitucional presente em nosso Estado, deverá ser dada não só pelo Poder Executivo no estabelecimento de políticas públicas de incentivo à economia, como também pelo Poder Judiciário, não se limitando apenas pela letra fria da lei – permitindo o uso de princípios no ordenamento jurídico –, e pelo Poder Legislativo, que ao enxergar lacunas deve debater propostas que busquem atender aos princípios sociais que nortearam nossa Carta Magna e, ainda, se limitando a criar leis que estejam de acordo com os valores constitucionais. Noutras palavras, neste Estado de dirigismo constitucional sequer é permitida a discussão sobre seus fundamentos e objetivos, que obrigatoriamente devem ser observados e vinculam todas as esferas de poderes.

5. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO COMUM E O DIREITO ESPECIAL

O curso de Direito possui cadeiras que integram e que seguem uma continuidade do ensino que vai do geral para o particular. Nesse sentido o Direito do Trabalho encontra-se no fim de uma sequência que inicia-se na Introdução ao Estudo do Direito, seguida pela Teoria Geral do Direito Civil e pelo Direito das Obrigações²³.

²³ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*, 2ª Edição. Almedina, 2005, p. 65.

Dessa forma o Direito das Obrigações é o denominador comum no qual outras disciplinas podem se enquadrar para serem designadas um Direito Especial. É o exemplo que possuímos com o Direito Comercial e o Direito do Trabalho. Ambos eram parte do Direito Civil Comum e, hoje, são Direito Privado Especial²⁴.

Apesar de, em seus primórdios, haver doutrina minoritária afirmando ser o Direito do Trabalho um ramo do Direito Público²⁵ e outras, ainda, afirmando ser um ramo do Direito Social²⁶, o Direito do Trabalho sempre se consagrou como ramo do Direito Privado, sendo hoje a posição preponderante entre os modernos autores justrabalistas.

Dessa forma, a maior particularidade do Direito do Trabalho frente o Direito Obrigacional Civil – a relevância da noção do ser coletivo em seu interior, em contraposição ao individualismo prevalecente no Direito Civil – não é exclusividade deste ramo, como bem podemos observar em outros ramos do Direito Privado, como o Direito do Consumidor. O caráter social está presente em qualquer ramo do Direito, mesmo naqueles mais individualistas, o que não justificaria um enquadramento na teoria do Direito Social.

Sendo, pois, um ramo do Direito Privado a aplicação do Direito Civil em suas regras e princípios ocorrerá sempre que haja presença de lacunas dos regimes com especificidades. Desse modo o estudo do Direito do Trabalho deve ser acompanhado do Direito das Obrigações, até porque o Direito do Trabalho – apesar de existir para equilibrar a relação de hipossuficiência do empregado frente ao poder econômico do empregador – deve existir num pressuposto de neutralidade, não tomando partido em conflitos sociais pontuais²⁷.

5.1. O direito empresarial e o direito do trabalho sob a perspectiva do direito público

²⁴ Em igual posição Oliveira Ascensão, *O Direito*, p. 341 e Menezes Cordeiro, *Manual*, p. 66. Em sentido contrário, o qual não concordamos, Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, p. 43 ao afirmar que a distinção entre o Direito Comum e Direito Especial tem apenas um interesse histórico, possuindo pressupostos técnicos e instituições próprias distintas do Direito Civil.

²⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol I, 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 8-9 e MAYNES, Eduardo Garcia. *Introducción al Estudio del Derecho*, 7ª Edição. México: Porrúa, 1956, p. 152.

²⁶ GURVITH, Georges. *L'Idée du Droit Social*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 15-16.

²⁷ Gautier afirma que os grandes justrabalistas são também grandes juscivilistas. GAUTIER, *Les Interactions du Droit Civil et du Droit du Travail: Les Sources du Droit du Travail*, Paris, 1998, pp. 129 e ss.

É importante salientar, logo em primeiro plano, que nossa pretensão não é, em absoluto, defender serem o Direito Empresarial e o Direito do Trabalho ramos do Direito Público²⁸. Tal discussão há muito já se mostra pacificada pela doutrina, entendendo se tratarem de ramos do Direito Privado. O que buscamos é apenas uma análise um pouco mais crítica. Como vimos, os princípios que norteiam a ordem econômica nacional (art. 170 e seguintes da CR/88) albergam uma principiologia valorativa que, além de paradoxal quando analisada em seu conjunto, visa vincular a autonomia privada – numa relação horizontal cidadão-cidadão – aos valores que norteiam o nosso sistema econômico, fundado na livre iniciativa. Quanto ao Direito do Trabalho, trata de uma forma direta e articulada de intervenção do Estado na esfera privada – visando efetivar suas políticas públicas, vinculadas às diretrizes constitucionais – e, por seqüência, numa relação vertical Estado-cidadão.

Quanto ao Direito Empresarial, sua vertente de Direito Público se manifesta de uma maneira mais reflexa. É o dirigismo constitucional, abarcado de valores e fins sociais, que limita e condiciona a atuação empresarial à sempre buscar conciliar o seu fim primário – o lucro – aos fundamentos da ordem econômica nacional e, ainda, aos próprios fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil. Dizemos haver um Direito Empresarial Público visto que nosso grau de intervenção estatal é tão forte que, por fim, coube à livre iniciativa arcar com a maioria das políticas públicas do Estado Nacional, se responsabilizando diretamente pela efetivação de um ônus que, até então, não lhe cabia.

No que tange ao Direito do Trabalho a questão pode ocorrer de forma mais complexa. Sendo um ramo “novo” do direito, já nasceu com mecanismos e princípios peculiaridades que permitiam corrigir a crise social que instigou a resposta energética do Direito. Em seus primórdios, as decisões de lides que envolvessem relações de trabalho ocorriam em esfera administrativa, em época ainda prévia à Consolidação das Leis do Trabalho de 1943²⁹, sem a noção de ser o Direito do Trabalho um ramo autônomo do direito³⁰.

²⁸ A escolha do título deste capítulo busca, justamente, chamar a atenção do leitor para conceitos pré-determinados há muito não discutidos pela doutrina e, por isso mesmo, passíveis de conterem aspectos que na atualidade possuiriam interpretação distinta.

²⁹ Através da Constituição de 1934 foi criada a Justiça do Trabalho, disciplinada pelo Decreto-lei 1.237 de 2 de Maio de 1939 e com implantação em 1º de Maio de 1941.

³⁰ Lembra Arnaldo Sussekind (2000, p. 114-121) as várias tentativas de classificar o Direito do Trabalho como ramo do direito público e/ou privado, concluído tratar-se de uma unidade. Esta situação já adiantava ao enunciar o sentido do que seja Direito do Trabalho: “[...] um ramo da ciência jurídica, constituído em unidade orgânica e doutrinária, que visa a regular e proteger o trabalho, como atividade profissional (prestado com subordinação jurídica a empregador, ou, de forma autônoma, por trabalhadores de determinadas categorias sujeitas a regulamentações especiais), bem como as relações coletivas e os conflitos que dele resultam – afigura-se-nos óbvio que ele deve ser denominado Direito do Trabalho”.

As discussões acerca do caráter público ou privado do Direito do Trabalho pressupõem ou a redução da contradição a um dos seus termos ou sua negação mediante a afirmação do Direito do Trabalho como um terceiro gênero, se distinguindo dessa forma a concepção da relação de emprego como privada, pública, ou social.

A teoria do direito privado se centraliza, evidentemente, na forma da relação. O contrato de trabalho individual ou coletivo, em detrimento de sua parte mais significativa, a relação como uso da força-de-trabalho, atos de produção e do caráter social do trabalho, enfatizando-lhe os atos de circulação. Um exemplo que sintetiza bem essa concepção, em que os autores citam Russomano, que entendia o Direito do Trabalho como pertencente ao Direito Privado, porque neste se insere sua parte mais significativa, qual seja, a atinente ao contrato individual do trabalho; assim, “torna-se despiciendo que ela englobe segmentos onde aparece a figura do Estado dotado de *jus imperii*, em posição de superioridade quanto aos particulares (previdência social, fiscalização do trabalho, por exemplo)”³¹.

A teoria do Direito Público é a concepção reinante, que se firma, desde a falência do liberalismo no mercado de trabalho, quando se tornou evidente a situação de miséria a que a classe operária fora levada. Declara pública a norma de trabalho (quando os conflitos operários tornavam instáveis as relações sociais de produção), assegurando aos trabalhadores as condições necessárias de vida relativas a uma nova etapa da acumulação do capital. Como Direito Público declara, portanto, incidir sobre o conteúdo econômico e social da relação de emprego, embora sob o pressuposto de que atinja tal objetivo com a publicização do direito. É, pois, no Direito do Trabalho como ordem pública que se configura o contraste entre esse objetivo e os limites que lhe são naturalmente impostos pela sua estrutura, cujo núcleo é o contrato de trabalho. Reivindica autonomia científica com fundamentos paralelos aos da autonomia do Estado, sob o pressuposto clássico da coexistência da vontade pública e privada. O Direito Público e privado “[...] são encarados como dois campos independentes, com seu movimento histórico próprio, campos que permitem e exigem, por si mesmos, uma construção sistemática, mediante a extirpação consequente de todas as contradições internas”³².

³¹ SANTOS, João B. dos. *Cláusulas Restritivas à Liberdade de Trabalho*. São Paulo: Revista Legislação do Trabalho, n. 41/593, maio/1993, p. 593.

³² STUCHKA, P. *Direito e Luta de Classes*. Coimbra: Centelha, 1982, p. 113.

O Direito do Trabalho como Direito Público se centraliza no caráter *social-assintencional* do trabalho, erigindo como *conteúdo* da relação de emprego os efeitos econômicos que derrocaram o liberalismo. Foi na sua constituição, quando as implicações sociais do exército industrial de reserva arrebentaram o invólucro da sociedade civil, que a teoria dualista começou a se defrontar com o conteúdo classista do direito, desenvolvendo então os primeiros fundamentos jurídicos da intervenção estatal na relação de emprego. A relação entre o interesse público e o privado tomou a forma de ambiguidade entre o liberalismo e a privacidade da relação de emprego como atos de circulação e a desigualdade gerada nas relações exclusivas da produção, exigindo do Estado a intervenção crescente em nome do interesse público, como direito do Estado Social; que, desde Weimar (1919) passando pela crise de 29 e pelo *New Deal*, consegue, após a II guerra mundial, vigorar em inúmeros países ocidentais. O Estado Social aparece como forma intermediária do Estado Liberal e do fascista-corporativo, se propondo a corrigir o individualismo e privacidade clássica pela afirmação dos objetivos da justiça social e realização do *Welfare State*; incorporando, pela primeira vez, os direitos sociais nas constituições políticas, reivindicando, por exemplo, “[...] um Estado que seja decididamente intervencionista, um Estado ativo, um Estado, insiste-se, dotado de um executivo forte [...] perfeitamente diferenciado, digamos, do Executivo absolutamente incontrolado dos Estados totalitários”³³.

Um clássico da teoria do Direito Social, como terceiro gênero, é Cesarino Júnior. Embora não supere a dualidade entre privado e público (ao contrário, seu meio-termo a supõe e mantém), o professor chegou a se defrontar com a divisão, de um lado pela tese do empregado como hipossuficiente, exigindo proteção pública das relações laborais e, de outro, pela crítica ao corporativismo. Conclui, porém, ao negar a dualidade histórica, pela tese do *tertium gens*, Direito Social, Público e Privado, simultaneamente, em sua ambiguidade, conciliando a tese de Radbruch (o direito público penetrou no direito privado ao instituir o direito social) e de Gurvith (o direito privado se vincula ao direito público, como se comprova na formação das autarquias e com o pluralismo jurídico). Em fins de 1977, expressando as modernas necessidades do direito (que, de nossa parte, são as da acumulação no capitalismo monopólico) dizia: “[...] a forma mais perfeita desse Direito Moderno é indubitavelmente o

³³ DIAZ, Elias. *Estado de Direito e Sociedade Democrática*, Lisboa: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1988, p. 103-104.

Direito Social, o *'tertium gens'*, que visa contrabalançar os excessos do individualismo com os possíveis exageros do socialismo, procurando tornar realidade o *'in medio virtus'*³⁴.

Tal como na relação entre direito subjetivo e objetivo, a dualidade do Direito Público e Privado expressa, em sua ambiguidade, a relação dos sujeitos do contrato em reciprocidade e equivalência jurídica com os da relação concreta de emprego em sua desigualdade econômica. Esta relação é una e indissolúvel, como as faces da moeda do salário, que de um lado expressa o valor da produção e, do outro, o símbolo da subjetividade; o trabalho como valor e como pessoa: não há Direito Privado que se torne Público (sem o que não será direito) e não há Direito Público que não se defronte com elaborações forçadas, artificiais e unilaterais, quando pretende transformar a forma privada em seu mero reflexo.

Esta divisão é hoje oficialmente questionada, especialmente com o desenvolvimento do Direito Internacional Privado. Haroldo Valadão, por exemplo:

“[...] estas divisões e subdivisões clássicas, numa dicotomia do concreto, de um Direito Público, do Estado, de subordinação, e de um Direito Privado, do indivíduo, de coordenação, iriam entretanto, a partir do último quartel do séc. XIX e sobretudo no século atual sofrer um grande impacto; duma parte com a especulação jurídica em torno do Estado de Direito, dos problemas de sua submissão à norma jurídica, constitucional ou internacional, e doutra parte com o largo intervencionismo do mesmo Estado nas atividades e relações individuais, com a intensificação destas dentro e além fronteiras, com a multiplicação crescente do intercâmbio dos povos e Estados, dados os contínuos e revolucionários progressos da ciência e da técnica”. Segundo o autor, Durkheim, aliás, já criticava essa dualidade, mas pelo motivo oposto, subestimando o papel do Estado na constituição da ordem legal, embora lhe atribuísse valor prático, aliás erigido a dogma com o desenvolvimento da hermenêutica jurídica como técnica formal³⁵.

³⁴ CESARINO, Antonio Ferreira. *Direito social brasileiro*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 67.

³⁵ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 52.

Na prática jurídica do capital essa distinção, efetivamente, parece permanecer, vinculando-se à linguagem da sociedade civil, nos limites traçados por Pachukanis: “O conceito de Direito Público, ele próprio, não pode ser desenvolvido senão no seu movimento: aquele através do qual é continuamente repellido do Direito Privado, à medida que tende a determinar-se como o seu oposto e através do qual regressa a ele como o seu centro de gravidade”³⁶. Segundo Stuchka, de acordo com a determinação das formas jurídicas concretas, as formas legais e ideológicas (públicas) seguiram a matriz do Direito Privado. Para o autor, a prioridade do Direito Civil tem sido, além disso, reconhecida já desde Gumpłowicz, onde o “Direito Privado (como ordenamento de relações sociais) existe antes da lei”. Tal visão de primazia do Direito Privado permite conceber que “todas as demais instituições jurídicas foram criadas com o fim exclusivo de garantirem este direito fundamental e – apesar de parecerem dominantes – têm unicamente um caráter auxiliar”. Depois de observar que a ciência burguesa ou transfere a liberdade para uma vontade supra-individual, um vontade absoluta (Deus) ou para a vontade do povo (vontade popular imanente) ou para a vontade da comunidade (democracia), Stuchka conceitua e finalmente incorpora, na teoria do direito como interesse de classes, a teoria da vontade como “liberdade da vontade associada ou da vontade de uma associação no seu conjunto”³⁷. Cada classe arrega-se, no seu conjunto, um direito próprio considerado inato e natural, de acordo com as relações que lhe são próprias. Assim, a burguesia considera o Direito Civil (e suas ramificações) e, os senhores feudais o direito de estamento ou de grupo, contra o qual os camponeses contrapunham direitos próprios: “Existem pois três classes e três tipos de direito natural santificado”³⁸.

A distinção entre Direito Privado e Direito Público seria, assim, a expressão jurídica da sociedade civil por meio do Estado, sob determinação de suas formas concretas. Como Direito Público, o Direito do Trabalho exerce uma ação de retorno sobre sua base, momento em que reaparece na forma contrária. Esse movimento, de Privado a Público – do direito-contrato ao direito-norma –, expressa o desenvolvimento contraditório do Estado, especialmente evidente no monopólio. Sob estes questionamentos é que levantamos, portanto, a necessidade de uma análise crítica quanto a natureza deste ramo especializado do direito. Apesar de ser considerado como ramo do Direito Privado ele possui claramente características vindas dos

³⁶ PACHUKANIS, E. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Coimbra: Centelha, 1997, p. 103.

³⁷ STUCHKA, P. *Direito e Luta de Classes*. Coimbra: Centelha, 1982, p. 139.

³⁸ STUCHKA, P. *Direito e Luta de Classes*. Coimbra: Centelha, 1982, p. 31.

ramos de Direito Público, em especial a relação Estado-cidadão – apesar de ser um contrato entre particulares – que acaba por permear a esfera privada quando limita a autonomia da vontade das partes envolvidas em contratar, aplicando uma direta intervenção do Estado quando da aplicação da justiça laboral, tendo como justificativa a teoria da “horizontalidade dos direitos fundamentais”.

6. O DIREITO DO TRABALHO COMO LIMITAÇÃO À AUTONOMIA PRIVADA

Pelo estudo que almejamos ousaremos afirmar algo que beira a trivialidade mas, por motivos ideológicos ou de estagnação de idéias, tem sido negligenciado pela doutrina juslaboral dominante³⁹. O que entendemos é que a legislação trabalhista – considerada em seu todo – consiste, na realidade, num conjunto interligado de limitações à livre iniciativa e à autonomia da vontade, principalmente à contratual. Nessa ótica, convém mais realizarmos a constatação desta circunstância do que listar suas razões – e são várias – que fundamentam ou justificam tais restrições.

O conjunto das normas de Direito do Trabalho, numa perspectiva transcendente, compõe-se num aglutinado de condições mínimas taxadas pela lei aos contratos que têm como objeto o trabalho. É nesse contexto – obrigatoriamente vinculado pelas diretrizes/princípios sociais da Constituição – que podemos considerar o Direito do Trabalho como um conjunto articulado de normas que impõem limitações à liberdade⁴⁰ – autonomia da vontade – contratual dos sujeitos de direito. Assim, quando analisamos o Direito do Trabalho pela ótica do dirigismo constitucional o avistamos no centro de um duelo. Num lado os valores, os direitos fundamentais, os fundamentos e objetivos da própria Constituição Brasileira que, por suas diretrizes, busca através do Direito Laboral efetivar suas políticas pela busca do estado ideal

³⁹ Neste sentido Alf Ross: “Puede suceder lo siguiente: así como en el mundo de la naturaleza un organismo viviente puede morir, pero retener su forma, que en el curso del tiempo es llenada con nuevo contenido absolutamente inadecuado de acuerdo con su verdadera naturaleza para la forma encontrada, y cuyo resultado es una imitación extraña en piedra o en cristal de seres alguna vez vivos, así también en mi opinión, sucede en la historia del intelecto humano. Un concepto que há perdido su original contenido viviente puede sobrevivir con la estructura prístinamente dada, que es inadecuada para el modo de pensar de posteriores épocas, y por conseqüente aparece a la mente moderna como una reliquia fosilizada de una mentalidad oscura de tiempos primitivos.” (ROSS, Alf. *Hacia Una Ciencia Realista del Derecho – Critica del Dualismo en el Derecho*. Trad. Julio Barboza. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1961, p. 19).

⁴⁰ Relembrando ser a livre iniciativa a detentora *mor* do conceito de liberdade.

de coisas utopizado pelo princípio do valor social do trabalho e, ao mesmo tempo, não permitir que a livre iniciativa e a autonomia da vontade – em especial a contratual – sejam extintas⁴¹.

Os motivos históricos que levaram às limitações da autonomia da vontade – contratual – e da livre iniciativa – impostas pelo Estado através do Direito do Trabalho – são amplamente conhecidos. O entendimento prévio que toda legislação trabalhista possui – ainda que podendo ser por vezes equivocado – é a presunção que, pela condição de hipossuficiência preexistente à todo trabalhador, este não goza de plena liberdade para exercer sua própria autonomia da vontade – considerada como manifestação direta da dignidade da pessoa humana e, portanto, valor fundamental do Estado Democrático de Direito.

Assim, a hipossuficiência econômica do trabalhador, assinalada por sua necessidade em receber remuneração pelo seu trabalho – vez não possuir riqueza bastante para sobreviver sem trabalhar – o conduziria a admitir condições contratuais indignas com o fim único de subsistir. Desta situação, na qual o tomador de trabalho não necessita do trabalho alheio no mesmo grau em que o dador necessita, a capacidade de barganha do patrão sobre seu empregado fica muito desmedida. Ademais, qualquer relação de trabalho exige que uma das partes seja subordinada (empregado) às ordens de outra (chefe)⁴². São justamente estas afirmações as usadas para justificar a intervenção estatal na autonomia contratual dos privados, impondo condições mínimas para se realizar uma contratação de mão de obra – condições estas que compõem, no seu conjunto, o Direito do Trabalho⁴³. Neste sentido já possuímos jurisprudência (*grifamos*):

"É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do

⁴¹ O que geraria, por lógico, num regime ditatorial.

⁴² É possível reconhecer que esta justificação histórica do direito do trabalho está plasmada – agora mais no nível do imaginário, mas ainda ali presente, mesmo que “invisível” – no conceito que predominantemente se atribui à expressão “sob a dependência do empregador”. Ou seja, no conceito de *subordinação*, enquanto elemento constitutivo da relação de emprego, que prevalece no pensamento juslaboral predominante.

⁴³ Apesar deste estudo questionar as tidas “verdades absolutas”, esta justificação histórica do Direito do Trabalho é reconhecida de modo absolutamente pacífico.

que simples instrumento de governo, a *nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade*. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. *A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho*. Por isso a Constituição, *ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa*. Se de um lado a Constituição assegura a *livre iniciativa*, de outro *determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto* (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). *Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário*. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes." (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006). No mesmo sentido: ADI 3.512, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 23-6-2006.

Ora, há uma verdade simples que permeia o Direito sob nosso enfoque: o regime de intervenção é contraditório com o da livre iniciativa. Diante desta última exclamação, concluímos.

7. CONCLUSÃO

A ordem econômica e social foi alterada diversas vezes, saindo de um dirigismo estatal exacerbado para um liberalismo de fachada, que não consegue se livrar do Estado e de todas as benesses que ele proporciona.

Em nossa atual Constituição Republicana de 1988, os compromissos e contradições que existiam entre os diversos grupos que compuseram a Assembléia Nacional Constituinte geraram uma estrutura de princípios que é, simplesmente, paradoxal. Apesar do regime econômico pelo qual nos gerimos ter-se mantido como o da livre iniciativa, a inclusão – lado à lado – do valor social do trabalho como princípio vinculou a livre iniciativa de maneira à somente pode ser praticada quando observados determinados parâmetros constitucionais que tutelam o valor social do trabalho, vinculando e limitando a autonomia da vontade dos particulares em contratar.

O Direito Econômico é, fundamentalmente, um instrumento de intervenção estatal na ordem econômica e financeira. O Direito do Trabalho, em seu aspecto de ramo do Direito Público como bem vimos, é também Direito Econômico e, como tal, um instrumento de intervenção econômica.

Noberto Bobbio afirma que vivemos uma “era dos direitos”, na qual as reivindicações sociais se ampliam e buscam referenciais estáveis em uma nova positivação de aspirações formuladas por movimentos de massa⁴⁴. O Direito, portanto, esvazia-se, em grande parte, de seu conteúdo de instrumento de dominação para se constituir em um instrumento cristalizador de reivindicações das mais diversas.

Um dos mais sérios e insolúveis problemas do Direito do Trabalho é o da valoração econômica dos bens submetidos à sua tutela. É preciso que se perceba que, embora dotado de forte conteúdo econômico, não se pode entender a natureza econômica do Direito do Trabalho como um tipo de relação jurídica que privilegia a atividade produtiva em detrimento de um padrão de vida mínimo que deve ser assegurado aos seres humanos.

Todavia, há de sempre ter em foco que nosso sistema de economia é baseado em princípios da livre iniciativa. Nunca há que se buscar uma máxima efetivação de direitos trabalhistas em detrimentos dos direitos empresariais. Não sem motivos tal par dialético foi colocado não apenas no mesmo artigo constitucional, mas lado-a-lado no mesmo inciso, lembrando sempre os operadores do direito que qualquer ponderação para sanar conflitos entre tais princípios nunca deve admitir o afastamento total de um deles, quando da aplicação no caso concreto. Aplica-se mais ou menos, mas nunca tudo ou nada.

⁴⁴ BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. Maria Celeste C. J. Santos, 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 37.

Por tudo, concluímos que o Direito do Trabalho pode ser visto como uma intervenção articulada do Estado na autonomia privada, ditando condições mínimas para admitir a realização de contratos que possuam como objeto o labor e, por consequência, limitando a livre iniciativa e a autonomia da vontades dos particulares que buscam realizar tal negócio jurídico sem que, contudo, tal intervenção torne impossível a manutenção de nossa ordem econômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. Maria Celeste C. J. Santos, 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Estado adjectivado e a teoria da Constituição*, n. 3. Curitiba: ABDCons, 2003.

CESARINO, Antonio Ferreira. *Direito social brasileiro*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

DIAZ, Elias. *Estado de Direito e Sociedade Democrática*, Lisboa: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1988.

ENGELS, Friedrich. *A Situação da Classe Operária na Inglaterra*. São Paulo: Edições Sociais, 1975.

GRAU, Eros Roberto. in: COUTILHO, Jacinto M. (org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PACHUKANIS, E. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Coimbra: Centelha, 1997.

SANTOS, João B. dos. *Cláusulas Restritivas à Liberdade de Trabalho*. São Paulo: Revista Legislação do Trabalho, n. 41/593, maio/1993.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2008.

STUCHKA, P. *Direito e Luta de Classes*. Coimbra: Centelha, 1982.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.