

TEORIA JURÍDICA DA LIBERDADE SINDICAL

A PROTEÇÃO CONTRA OS ATOS
ANTI-SINDICAIS E ANTIRREPRESENTATIVOS

AUTORIA

PAULO ROBERTO LEMGRUBER EBERT



TEORIA JURÍDICA DA LIBERDADE SINDICAL

A PROTEÇÃO CONTRA OS ATOS
ANTI-SINDICAIS E ANTIRREPRESENTATIVOS

2023



LTr Editora Ltda.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP — Brasil
Fone: (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Junho, 2023

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica: Peter Fritz Strotbek – The Best Page
Projeto de Capa: Danilo Rebello
Impressão: Edições Loyola

Versão impressa: LTr 6409.6 — ISBN 978-65-5883-233-1
Versão digital: LTr 9886.7 — ISBN 978-65-5883-234-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Ebert, Paulo Roberto Lemgruber

Teoria jurídica da liberdade sindical [livro eletrônico] : a proteção
contra os atos antissindicais e antirrepresentativos / Paulo Roberto Lem-
gruber Ebert. — São Paulo : LTr, 2023.

eBook

Bibliografia.

ISBN 978-65-5883-234-8

1. Direito do trabalho — Brasil 2. Sindicalismo — Brasil 3. Trabalha-
dores — Direitos fundamentais I. Título.

23-150895

CDU-34:331(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito do trabalho 34:331(81)

Eliane de Freitas Leite – Bibliotecária – CRB 8/8415

*Dedico a presente tese à Marcela,
esposa e companheira de toda uma vida,
bem como aos pequenos Bernardo, Murilo e Silas,
que são as razões pelas quais trabalhamos
por um mundo melhor e mais justo.*

*Dedico-a, também, à minha mãe — Lucia Magalhães Lemgruber
e à memória de meu pai — Pedro Luiz Leão Velloso Ebert.*

Agradecimentos

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus por ter me permitido chegar até aqui e por me permitir vislumbrar novos horizontes.

Agradeço, igualmente, à Marcela, pela confiança, compreensão e carinho incondicionais em mim depositados ao longo da empreitada que ora se encerra.

Agradeço também aos colegas do Escritório Mauro Menezes & Advogados em São Paulo, Brasília e Salvador, que nos ladeiam na nobre luta diária pela concretização dos direitos dos trabalhadores.

Agradeço, ademais, aos colegas, professores e funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com quem tive o privilégio de conviver durante minha trajetória acadêmica.

E agradeço, em especial, ao Professor Guilherme Guimarães Feliciano, não apenas pela orientação da tese que deu origem ao presente trabalho, mas pelos valorosos ensinamentos a servirem de base para novas e desafiadoras empreitadas no universo acadêmico.

Sumário

Prefácio	13
Prólogo. Sindicatos: Para Que?	17
Introdução	25
Capítulo 1— A Força Normativa dos Princípios Consagradores de Direitos Fundamentais	33
1.1. A concepção positivista clássica dos princípios e dos direitos fundamentais.....	33
1.2. As concepções neoconstitucionalistas dos Direitos Fundamentais	40
1.2.1. A concepção axiológica dos Direitos Fundamentais	42
1.2.2. A concepção deontológica dos direitos fundamentais.....	48
1.3. Conclusão do capítulo	57
Capítulo 2 — A Liberdade Sindical como Direito Fundamental e como Princípio Institucional Dotado de Força Normativa	59
2.1. Antecedentes da liberdade sindical: o paradigma liberal e os dogmas da igualdade formal e da autonomia privada	65
2.2. O imbricamento entre o direito à liberdade sindical e a proteção dos trabalhadores. Dois conceitos e uma mesma origem: a Revolução Industrial	72
2.3. As organizações sindicais patronais e a liberdade sindical.....	95
2.4. A consolidação do direito à liberdade sindical no Direito Internacional.....	101
2.4.1. As vicissitudes que antecederam a criação da Organização Internacional dos Trabalhadores. século XIX e início do século XX.....	103
2.4.2. A Constituição da OIT e a Declaração de Filadélfia (1944)	106
2.4.3. A Convenção n. 87 da OIT (1947) e o artigo XXIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)	108
2.4.4. A Convenção n. 98 da OIT. Proteção contra os atos antissindicais e fomento da negociação coletiva (1949)	110
2.4.5. A criação do Comitê de Liberdade Sindical (1951)	112
2.4.6. O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (1966)	114
2.4.7. A Convenção n. 154 da OIT (1981) e a Convenção n. 158 (1982)	115
2.4.8. O Protocolo de San Salvador da OEA (1988) e a Opinião Consultiva OC-27/21 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	118

2.4.9. A Declaração de Princípios Fundamentais da OIT (1998), a Declaração da OIT sobre a Justiça social para uma Globalização Equitativa (2008) e o Pacto Mundial para o Emprego (2009)	120
2.5. O direito à liberdade sindical no Brasil e as peculiaridades do sindicalismo nacional .	124
2.5.1. Da abolição da escravatura à fase protoindustrial. As primeiras manifestações do sindicalismo no Brasil	125
2.5.2. O Estado Novo e o ideário corporativista. O sindicato de direito público.....	132
2.5.3. A redemocratização de 1946 e a manutenção das instituições corporativas	138
2.5.4. O Regime Militar e os intentos de domesticação dos sindicatos.....	140
2.5.5. O regime paradoxal da Constituição Federal de 1988. A liberdade sindical parcial.....	144
2.5.6. A Reforma Trabalhista de 2017 e a asfixia das entidades sindicais.....	150
2.6. O conteúdo histórico-institucional do princípio da liberdade sindical. Esboço parcial..	162
2.6.1. A liberdade sindical individual.....	162
2.6.2. A liberdade sindical coletiva. A autonomia sindical.....	163
Capítulo 3 — A Liberdade Sindical, a Atuação dos Sindicatos nas Empresas e a Representação Unitária dos Trabalhadores.....	164
3.1. A evolução histórica da <i>representação dos trabalhadores nas empresas</i> . Panorama geral	167
3.1.1. A <i>representação unitária</i> . Dos conselhos de fábrica às representações dos trabalhadores nas empresas.....	168
3.1.2. O advento da <i>representação dual</i> . Os sindicatos e o <i>intramuros</i>	173
3.1.3. A Convenção n. 98 da OIT	180
3.1.4. As Convenções ns. 135 e 154 da OIT e a Recomendação n. 143.....	181
3.1.5. As orientações do Comitê de Liberdade Sindical da OIT	184
3.1.6. A Diretiva n. 94/45 da União Europeia	187
3.2. Formas de atuação representativa dos trabalhadores no interior da empresa.....	191
3.2.1. Representação sindical.....	191
3.2.2. Os órgãos unitários de representação dos trabalhadores na empresa	206
3.2.3. Figuras afins. Cogestão, autogestão e participação dos trabalhadores no capital da empresa	214
3.3. A representação dos trabalhadores na empresa e o ordenamento jurídico brasileiro ..	217
3.3.1. A atuação sindical no interior da empresa. Experiências, limites e possibilidades	221
3.3.2. Os representantes dos empregados e o art. 11 da Constituição Federal.....	224
3.3.3. A <i>representação dos trabalhadores na empresa</i> introduzida pela <i>Reforma Trabalhista</i> de 2017	228
3.4. Conclusão do capítulo. A liberdade sindical e a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho	232

Capítulo 4 — Os Atos Antissindiciais. Dogmática, Figuras afins e Regulamentação no Brasil.....	234
4.1. Dogmática e tipologia dos atos antissindiciais.....	234
4.1.1. Conceito.....	234
4.1.2. Sujeitos titulares da proteção jurídica contra as práticas antissindiciais.....	238
4.1.3. Atos antissindiciais praticados pelas empresas e sindicatos patronais contra trabalhadores e entidades obreiras.....	247
4.1.4. Atos antissindiciais praticados pelos sindicatos obreiros contra os próprios trabalhadores.....	266
4.1.5. Atos antissindiciais praticados pelo Estado contra as entidades sindicais.....	273
4.2. A proteção contra os atos antissindiciais e outras figuras derivadas do princípio da liberdade sindical.....	287
4.2.1. A proteção das representações sindicais de trabalhadores nos locais de trabalho.....	288
4.2.2. Atos antirrepresentativos. A proteção das representações unitárias nos locais de trabalho.....	293
4.2.3. Atos praticados contra as associações e coletividades representativas destituídas de personalidade jurídica sindical.....	296
4.3. A proteção contra os atos antissindiciais no ordenamento jurídico brasileiro.....	304
4.3.1. A legislação vigente no fim do século XIX e nas primeiras décadas do século XX.....	304
4.3.2. A legislação trabalhista da década de 1930 e a penalidade pecuniária do art. 543, § 6º, da Consolidação das Leis do Trabalho.....	306
4.3.3. O art. 199 do Código Penal.....	311
4.3.4. A estabilidade no emprego restrita aos dirigentes sindicais a teor do art. 543, § 2º c/c o art. 522 da CLT. O <i>foro sindical à brasileira</i> e suas limitações estruturais...	312
4.3.4.1. A evolução da economia nacional, da sociedade brasileira e do perfil dos sindicatos pátrios.....	315
4.3.4.2. Alternativas à limitação constante do art. 543, § 3º c/c o art. 522 da CLT. Aplicação direta do princípio da liberdade sindical e coibição do abuso na formação das diretorias.....	318
4.3.5. A proteção jurídica contra os atos antirrepresentativos.....	321
4.3.6. A ratificação das Convenções ns. 98 e 135 da OIT e a interpretação de seu conteúdo pela jurisprudência.....	325
4.3.7. Os atos antissindiciais e antirrepresentativos sob a perspectiva da tutela jurídica dos direitos da personalidade e dos danos morais trabalhistas.....	332
4.3.8. Os atos antissindiciais e antirrepresentativos e os diplomas voltados para o combate ao abuso no exercício de direitos e à discriminação.....	339
4.4. Conclusão do capítulo.....	346
 Capítulo 5 — A Tutela dos Trabalhadores Contra os Atos Antissindiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Conteúdo Deontológico do Princípio da Liberdade Sindical....	 348

5.1. Análise crítica da interpretação conferida aos dispositivos do ordenamento jurídico pátrio voltados para a coibição e repressão aos atos antissindicais	349
5.1.1. O positivismo clássico e o dogma da soberania nacional como empecilhos à aplicação direta dos dispositivos que vedam a prática de atos antissindicais	350
5.1.2. A <i>metódica da ponderação</i> ou de como os princípios da <i>autonomia privada</i> , da <i>propriedade</i> e da <i>segurança jurídica</i> configuram pretensos óbices à aplicação direta dos dispositivos que vedam a prática de atos antissindicais	355
5.1.3. Por uma nova visão em torno da força normativa dos direitos fundamentais e, em especial, da liberdade sindical. A natureza deontológica dos dispositivos que consagram a proteção jurídica dos trabalhadores em face dos atos antissindicais .	359
5.2. Os agentes públicos concretizadores do direito à liberdade sindical	364
5.2.1. Poder Legislativo	364
5.2.2. Poder Judiciário	370
5.2.2.1. Controle concentrado (objetivo) de constitucionalidade e de convencionalidade dos dispositivos legais em face dos arts. 8º, 9º e 11 da Constituição Federal e dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos consagradores do direito à liberdade sindical	372
5.2.2.2. Controle difuso. O <i>discurso de aplicação</i>	379
5.2.3. Poder Executivo	388
5.3. Os elementos do direito fundamental à liberdade sindical. Âmbito subjetivo da proteção dos trabalhadores e de suas entidades contra as práticas antissindicais e antirrepresentativas	394
5.3.1. A proteção dos empregados clássicos contra as práticas antissindicais durante a relação de emprego	395
5.3.2. A proteção dos trabalhadores na pré-contratação e durante a contratação	397
5.3.3. A proteção dos trabalhadores durante o desempenho de mandato sindical	399
5.3.4. A proteção dos trabalhadores após o desempenho de mandato sindical	400
5.3.5. A proteção dos trabalhadores após a vigência do vínculo empregatício	401
5.3.6. A proteção dos trabalhadores durante as etapas preparatória e executória dos movimentos paretistas	403
5.3.7. A proteção dos trabalhadores enquadrados nas novas relações de trabalho	409
5.3.8. A proteção das entidades sindicais tradicionais	412
5.3.9. A proteção das representações unitárias nos locais de trabalho, de seus trabalhadores e de seus dirigentes. Sentido e alcance do art. 11 da Constituição Federal e dos arts. 1º e 3º da Convenção n. 135 da OIT	415
5.3.10. A proteção das entidades associativas destituídas de personalidade sindical ...	418
5.4. Conclusão do capítulo. O escopo tutelar emanado da liberdade sindical e a tutela contra as práticas antissindicais e antirrepresentativas	420
Conclusões	427
Referências	433

Prefácio

O advogado **PAULO ROBERTO LEMGRUBER EBERT** já é bem conhecido do mercado editorial brasileiro, em razão de variegadas obras e estudos publicados no curso dos últimos anos, sempre com expressiva qualidade e estilo único. Citem-se, entre tantos, os excelentes “**Sindicato mais representativo e mutação constitucional: uma proposta de releitura do art. 8º, II, da Constituição Federal**” (LTr, 2007) e “**Mora legislativa em matéria trabalhista: O caso paradigmático do aviso prévio proporcional**” (LTr, 2014). Paulo Lemgruber é doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob minha orientação; é especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília; é também especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário de Brasília; é pesquisador-líder do Grupo de Pesquisas e Extensão “Meio Ambiente do Trabalho” (GPMAT), da Faculdade de Direito da USP, que coordeno como docente, e para cuja formação/formalização Lemgruber foi essencial; e é também pesquisador associado do Grupo de Pesquisas “Constituição, Trabalho e Cidadania”, da Faculdade de Direito da UnB.

Esta obra, porém, ainda não é conhecida do grande público. E, como de hábito (considerando-se a boa cepa e a excelência de sempre), mas também com rara oportunidade (mercê dos novos horizontes políticos que se desenham na República Federativa do Brasil, quiçá mais gentis para com o Direito do Trabalho), *é bom que seja*.

Este “**Teoria jurídica da liberdade sindical: A proteção contra os atos antissindicais e antirrepresentativos**” é o produto final da tese apresentada por Lemgruber à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e que lhe valeu, em 2016, o já referido título de Doutor em Direito do Trabalho. À altura, foi examinado por rigorosa banca docente que, sob a minha presidência, soube honrar e valorizar a seriedade do estudo que tinha diante de si. Compuseram-na a Prof.^a Yone Frediani (FAAP), o Prof. Antonio Rodrigues de Freitas Júnior (USP), o Prof. Homero Batista Mateus da Silva (USP) e o Prof. Menelick de Carvalho Netto (UnB). Esse seletto grupo dedicou-se, ao longo de mais de quatro horas de arguição, à testagem sistemática das principais ideias ora vertidas, em todas as dimensões possíveis e úteis, do campo metodológico ao hermenêutico, passando pela necessária análise política e econômica de viabilidade das proposições mais ousadas. E a tese sobreviveu. Mais do que isso: *afirmou-se*. Será, a partir de agora, referência para inúmeros outros estudos de mesmo pendor.

Desdobrando os conteúdos de sua pesquisa, Lemgruber parte da força normativa dos princípios que estatuem direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito — em uma abordagem que, diga-se, fia-se nas mesmas raízes tão bem expostas por K. HESSE (“*Die Normative Kraft der Verfassung*”),⁽¹⁾ mas não se reduz a ele — para discutir as diversas concepções doutrinárias em torno dos princípios e dos direitos fundamentais (nomeadamente, a positivista clássica, as “neoconstitucionalistas”, a axiológica e a deontológica dos direitos fundamentais). A partir desse arcabouço compreensivo, passa a considerar a liberdade sindical como direito fundamental e como princípio dotado de força normativa, examinando-a desde os seus antecedentes histórico-conceituais até a sua consolidação no direito internacional, sem descurar das

(1) Sobre essas raízes, pode-se ver, por todos, WAHL, Rainer. Die normative Kraft der Verfassung: Die Antrittsvorlesung Konrad Hesses in ihrem historischen Kontext. *Der Staat*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019, vol. 58, Iss. 2, p. 195–222.

circunstâncias políticas que antecederam a criação da Organização Internacional do Trabalho; e, por fim, aporta na tessitura normativa que hodiernamente molda as discussões sobre a liberdade sindical, incluindo o art. XXIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), as Convenções ns. 87 (1947), 98 (1949), 154 (1981) e 158 (1982) da OIT, o Protocolo de San Salvador da OEA (1988) e, mais recentemente — já sob a inflexão que a OIT engendrou, no final do século XX, em direção à *soft law* —, a Declaração de Princípios Fundamentais da OIT (1998), a Declaração da OIT sobre a Justiça social para uma Globalização Equitativa (2008) e o Pacto Mundial para o Emprego (2009). A seguir, o debate é recomposto sob as balizas da realidade jurídica e socioeconômica nacional, desde a abolição da escravatura, a fase protoindustrial da economia brasileira e o subsequente advento do Estado Novo até a dita Reforma Trabalhista de 2017 (Lei n. 13.467/2017), que levou, nas palavras do autor, à “asfixia das entidades sindicais”. Na sequência, como contraponto axiológico e alternativa jurídico-argumentativa para esse estado de coisas, Paulo Lemgruber redescobre, a partir de explícitas e sólidas linhas dworkinianas, o conteúdo histórico-institucional do princípio da liberdade sindical, com suas repercussões de trato individual e coletivo. Em suas próprias palavras,

[...] o conteúdo do princípio da liberdade sindical consagrado na Constituição Federal de 1988 como uma instituição dotada de um conteúdo historicamente definido é formado em seu plano individual pelo direito conferido aos trabalhadores e aos empregadores à criação de entidades sindicais — dentro dos limites formulados pela regra da unicidade por categoria profissional na base territorial mínima de um município — bem assim pelas faculdades de livre filiação, participação e desfiliação titularizadas pelos obreiros e pela proteção de tais atores contra os atos antissindicais; [...] No plano coletivo, a garantia em referência tem por conteúdo histórico-institucional reconhecido pela Constituição Federal de 1988 os direitos à livre organização e administração, bem como as garantias de ação sindical — a incluir o direito à definição dos motivos pertinentes à deflagração da greve — e de filiação a outras organizações representativas nacionais e internacionais e, ainda, a tutela contra a interferência governamental em seus assuntos internos e contra a ingerência recíproca das entidades de trabalhadores e empregadores umas nas outras; [...]

E, ademais,

[...] à luz do conceito de *integridade* a caracterizar a concepção deontológica dos direitos fundamentais, pode-se dizer que o reconhecimento em torno da proteção das representações unitárias e sindicais dos trabalhadores nos locais de trabalho constitui um capítulo adicional à trama da liberdade sindical, cuja elaboração logrou a atualização da concepção ideológica originária do franco associativismo; [...]

Restaria discutir, talvez, sem excessos historicistas, os conteúdos juridicamente possíveis e razoáveis — ou, dir-se-ia no jargão alexyano, *proporcionais* — de cláusulas gerais como “livre organização e administração sindical”, “tutela contra a interferência governamental” ou “proteção das representações unitárias e sindicais”. Mas esse é outro debate.

Lemgruber também dedica todo um capítulo ao necessário estudo da dogmática dos atos antissindicais e antirrepresentativos — que, aliás, correta e precisamente distingue —, estabelecendo novos marcos para a retomada do debate em torno da regulamentação da matéria no Brasil (que, espera-se, virá brevemente, sob ventos designadamente “trabalhistas”, soprando

forte a partir das eleições presidenciais consumadas em 30 de outubro p.p., para o gáudio dos democratas). Em sua visão, à qual adiro,

[...] a proteção contra os chamados *atos antissindicais* e *atos antirrepresentativos* é componente inafastável do direito à liberdade sindical titularizado por trabalhadores e suas respectivas entidades, não havendo como concebê-lo sem reconhecer a incompatibilidade existente entre aquelas condutas discriminatórias e os aspectos individuais e coletivos que vêm configurando, historicamente, aquela garantia fundamental. [...] No entanto, em que pese a existência de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro a consagrarem aspectos individuais e coletivos cruciais do direito à liberdade sindical e a nulificarem as condutas lesivas a tais posições jurídicas, os titulares das referidas garantias — em especial os trabalhadores e seus sindicatos — não vêm conseguindo extrair das normas em apreço a devida proteção contra as práticas antissindicais e antirrepresentativas de que são vítimas. [...] A explicação para tal vicissitude reside no fato de que a interpretação usualmente conferida aos dispositivos principiológicos consagradores do direito à liberdade sindical insiste em enxergá-los como normas carentes de autoaplicabilidade — ou como normas programáticas —, destituídas de aptidão para regular, por si só, as situações concretas a envolverem atos antissindicais e antirrepresentativos. [...] Tal concepção restritiva e formalista a respeito da proteção jurídica contra os atos antissindicais e antirrepresentativos é um dos pontos de vista que o presente trabalho pretende superar ao longo de seus sete capítulos, por intermédio da demonstração de que os dispositivos principiológicos positivados no ordenamento jurídico pátrio a conformarem o direito à liberdade sindical possuem força normativa suficiente para prevenir e coibir aquelas condutas discriminatórias e que, por tal razão, é possível delimitar em que medida os trabalhadores, os servidores públicos e suas entidades representativas encontram-se protegidos contra tal sorte de práticas. [...]

Por outro lado, o Autor também sustenta, coerentemente com o conjunto de sua obra pregressa (e, nesse ponto, temos divergências, a tempo apontadas durante a banca), que

[...] a importação da metódica da *ponderação de bens* e de seus subprincípios da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*, a ter em Robert Alexy seu principal expoente [...], [e] a concepção axiológica e seu método característico não se mostram adequados para promover o desvelamento do conteúdo objetivo inerente aos direitos fundamentais — dentre eles a liberdade sindical — porquanto a fixação do significado em concreto destes últimos dependerá, ao fim e ao cabo, da discricionariedade do aplicador autorizado que acabará por definir o *peso* que cada princípio terá naquela operação pretensamente neutra a envolver a *ponderação de bens*. [...]

E, nessa mesma linha de raciocínio, propõe,

[...] [c]omo alternativa a tal visão acerca dos direitos fundamentais, [...] [a] concepção deontológica, que busca compreendê-los como efetivos *direitos institucionais* dotados de um conteúdo objetivo cujas características foram historicamente adquiridas e lhes conferem, por isso mesmo, notas distintivas em relação a outros institutos jurídicos [...].

É, sem dúvida, uma vereda desafiadora. E quiçá mais efetiva, mercê dos erráticos “juízos de proporcionalidade” praticados no Judiciário nacional, não raro desconcertantes e avessos à própria metodologia alexyana.⁽²⁾

Por esses caminhos, enfim, Paulo Lemgruber conclui, com todo acerto, que, no Brasil, a liberdade sindical segue a demandar dos juristas — e, diríamos nós, especialmente dos juízes, dos advogados e dos legisladores — a *“atualização de seu escopo tutelar com vistas à agregação daqueles novos supostos fáticos e a coerência de tal reação com o principal elemento institucional a caracterizar a garantia em tela, qual seja, o oferecimento de condições aos obreiros para que estes últimos possam exercer um efetivo contrapoder aos desígnios patronais”*, em condições de paridade de armas com os detentores dos meios de produção.

Seria isso historicamente possível?

Não pergunte, caro leitor. Outra vez ingressaríamos em um longo debate — senão interminável —, estranho à presente obra. Althusser talvez objetasse, com razão, que “[t]odos os *Aparelhos Ideológicos de Estado, sejam quais forem, contribuem para um mesmo resultado: a reprodução das relações de produção, isto é, das relações capitalistas de exploração. Cada qual contribui para esse resultado único da maneira que lhe é própria*”.⁽³⁾ Não seria diferente com o Direito.

O ideal filosófico, porém, não raro obnubila a visão. O jurista, por isso, deve ser pragmático, sem perder o idealismo. E, do ponto de vista pragmático — como, de resto, do ponto de vista ético, jurídico e até mesmo econômico (no sentido de que as crises cíclicas do capitalismo reduzam o seu passo acelerado ao longo do século XXI) —, não há outro norte a seguir.

Conheça-o, pois, a partir da próxima página.

São Paulo, verão de 2023.

Guilherme Guimarães Feliciano

Professor Associado I do Departamento de Direito do Trabalho e da
Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Titular da Cadeira n. 53 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

Doutor e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Pós-Doutor pelo *“Ius Gentium Conimbrigae”*/Centro de Direitos
Humanos (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

Docente coordenador dos Núcleos de Pesquisa e Extensão “O Trabalho além
do Direito do Trabalho” (FDUSP) e “Meio Ambiente do Trabalho” (FDUSP).

Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da
Justiça do Trabalho — Anamatra (2017/2019).

Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça
do Trabalho da 15ª Região — Amatra XV (2011/2013).

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP.

(2) Nesse sentido, pode-se ver, por todos, STRECK, Lênio L. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. Senso incomum (coluna). Revista Consultor Jurídico, 28 jun. de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em: 24 jan. 2023. Ao longo do texto, Streck identifica, no pendor decisionista de Alexy, o “mito Katchangal” que, no Brasil, desdobrou-se como uma “ponderação à brasileira.” Do mesmo autor, aliás, convergindo com as teses de Lemgruber, v. STRECK, Lênio L. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal (Coordenação de Edições Técnicas), abr./jun. 2015. n. 206.

(3) ALTHUSSER, Louis. Aparelhos ideológicos de Estado. In: ZIZEK, S. (Org.). *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2013. p. 121.

Prólogo. Sindicatos: Para Que?

O estudo ora publicado tem por base a tese de doutoramento defendida junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em abril de 2016 sob o título *O conteúdo deontológico da liberdade sindical e a proteção contra os atos antissindicais e antirrepresentativos*. Naquela quadra, o País vivenciava uma forte crise política e econômica que culminaria, alguns meses mais tarde, com o afastamento da então ocupante da Presidência da República e com a intensificação de uma agenda de reformas clamada, já há algum tempo, pelos agentes do mercado e por grande parte dos veículos de comunicação.

Dentre as reformas *encomendadas* ao novo governo pelos agentes econômicos que apoiaram sua emergência, ao cabo de um custoso processo de *impeachment*, aquela que encabeçava a lista de prioridades se fazia representada, justamente, pela *Reforma Trabalhista*, insuflada, à ocasião, pela crença amplamente propagada nos mais diversos meios de comunicação a respeito da obsolescência da Consolidação das Leis do Trabalho e, principalmente, do caráter inflexível de suas normas como as principais causas para os altíssimos índices de desocupação entre a população economicamente ativa.

Assim, logo no final daquele ano de 2016 o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional um projeto de lei (PL n. 6.787/2016) contendo as vigas mestras do que seria a *Reforma Trabalhista* pleiteada pelos agentes econômicos. Nessa versão inicial, as alterações legislativas limitar-se-iam (i) a questões afetas às multas e ao regime de trabalho a tempo parcial; (ii) à previsão acerca das *representações de trabalhadores nos locais de trabalho*; (iii) à instituição do regime do *negociado sobre o legislado*, com o elenco das matérias passíveis de enquadramento em tal sistemática e (iv) à ampliação do chamado *trabalho temporário (terceirização)*.

No entanto, tão logo chegou ao Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 6.787/2016 recebeu um texto substitutivo que ampliou significativamente o escopo da chamada *Reforma Trabalhista* e afetou fortemente a atuação das entidades sindicais, não apenas nos aspectos cotidianos concernentes ao desempenho de suas atividades regulares, como também nas questões pertinentes ao enfrentamento de suas contrapartes, especialmente na arena da negociação coletiva.

Sob o aspecto *operacional*, o texto do substitutivo que se tornou a Lei n. 13.647, de 13.7.2017, acabou por dificultar (e até mesmo por impossibilitar, em muitos casos), a ação sindical desenvolvida pelas entidades, na medida em que o desconto compulsório da contribuição sindical foi cessado de maneira abrupta, sem que houvesse o estabelecimento de quaisquer mecanismos de transição a fim de lhes possibilitar a adequação paulatina à nova sistemática e a fim de que pudessem se mobilizar, com mais tempo e tranquilidade, para buscar novas formas de custeio junto às respectivas categorias.

Já sob o aspecto *negocial*, o texto da *Reforma Trabalhista* acabou por ferir de morte o poder de barganha que os sindicatos obreiros titularizavam até então com a *ultratividade* dos instrumentos de autorregulação coletiva (acordos e convenções coletivas) para além do período de vigência destes últimos, conforme havia sido definido na Súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho.⁽¹⁾

(1) "Súmula n. 277. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho."

Com a eliminação de tal sistemática, a inércia tende a ser favorável às contrapartes patronais, de modo que as entidades representativas dos interesses obreiros se veem confrontadas com a contingência de anuir com as propostas das empresas, sob pena de perder as conquistas históricas das categorias consagradas em seus acordos e convenções coletivas, em notória afronta ao *equilíbrio de forças* que deve permear as negociações coletivas, a teor do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal e das Convenções ns. 98 e 154 da OIT.⁽²⁾

Nesse mesmo sentido, o substitutivo que veio a se tornar a *Reforma Trabalhista* eliminou expressamente a exigência de *contrapartidas recíprocas* quando da elaboração dos acordos e das convenções coletivas de trabalho, o que, na prática, favorece a transformação de tais instrumentos em verdadeiros *contratos de adesão* elaborados de modo unilateral pela contraparte patronal e acaba por rebaixar a negociação coletiva a um mero simulacro em que as entidades obreiras não têm qualquer peso ou voz.

Some-se a isso as demais diretrizes constantes da *Reforma Trabalhista* que estabelecem de maneira peremptória (i) a prevalência dos *acordos coletivos* sobre as *convenções coletivas*; (ii) a dispensa da participação do sindicato obreiro nas deliberações concernentes às demissões coletivas e (iii) que pretendem limitar o escopo analítico das respectivas cláusulas pela Justiça do Trabalho à “*conformidade dos elementos essenciais ao negócio jurídico*”.

É nesse ambiente amplamente desfavorável ao estabelecimento de um processo negocial em igualdade de condições informativas e em equilíbrio real de forças que o texto da *Reforma Trabalhista* consagrou a prevalência do *negociado sobre o legislado* em uma série de matérias extremamente sensíveis à integridade psicofísica dos trabalhadores, chegando ao extremo de preconizar em certo momento (art. 611-B, parágrafo único) que “*as regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho*”!⁽³⁾

A despeito das justificativas oficiais apresentadas desde o advento do substitutivo ao PL n. 6.787/2016, o fato é que o tratamento conferido aos sindicatos e ao instituto da negociação coletiva por seu texto tem por real intuito o enfraquecimento das entidades representativas dos trabalhadores (especialmente daquelas mais atuantes), sob a crença de que o poder de barganha exercido por estas últimas no lúdimo exercício de suas ações institucionais representariam um entrave à flexibilização de regras, à competitividade dos empresários e, finalmente, à geração de postos de trabalho.⁽⁴⁾

Sobre a eliminação da *ultratividade* por força da Lei n. 13.467/2017, vide: AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. A Reforma Trabalhista e a vedação da ultra-atividade das normas coletivas: retrocesso social? In: FELICIANO, Guilherme Guimarães et alii. *Reforma Trabalhista. Visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTr/ANAMATRA, 2017. p. 187-197.

(2) Afinal, conforme preceituam Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado: “Sendo o empregador, regra geral (...) ser coletivo típico — uma vez que sua forma de estruturação, via empresa e instituições, e o impacto de suas ações, todos ostentam dimensão coletiva relevante —, apenas por intermédio da estruturação coletiva também dos trabalhadores é que estes alcançarão a aptidão para se posicionarem diante do empregador em situação de alguma paridade e equilíbrio.” DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 44.

(3) Sobre o dispositivo em apreço, Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Delgado Neves asseveram que: “A Constituição Federal, relativamente à proteção do ser humano e de sua saúde, afirma inequivocamente o princípio da inviolabilidade do direito à vida (...), corolário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana (...) e do princípio da centralidade dessa pessoa na ordem jurídica e na vida socioeconômica.

(...)

Não há como, dessa maneira, a singela disposição jurídica ordinária (parágrafo único do art. 611-B da CLT) fazer *tabula rasa* de todo o estuário normativo constitucional arquitetado em respaldo à saúde da pessoa humana trabalhadora.” *Ibidem*, p. 270.

(4) Os ataques ao movimento sindical no Brasil também se explicam, em certa medida, pelo crescimento do que Antônio Rodrigues de Freitas Júnior classifica como “populismo liberal-conservador, a partir do governo de Michel Temer e da eleição de Jair Bolsonaro, em 2018. Tal tendência é caracterizada, segundo o autor e em apertada síntese, pela crença cega no ideário do livre-mercado, aliada à celebração do nacionalismo, de uma moral conservadora e da descrença nas orientações científicas e nos valores democráticos.

Trata-se, na essência, das mesmas ideias postuladas pelo economista alemão Friedrich Hayek em seus ensaios do início da década de 1980, nos quais responsabilizou os chamados *privilégios sindicais* assegurados em lei pela decadência econômica vivenciada no Reino Unido e pela perda de competitividade de suas empresas no comércio internacional diante do surgimento de novos polos industriais sediados em países com legislações mais flexíveis e com mão de obra mais barata. Sob tal lógica, a perda de poder de barganha por parte das entidades representativas dos trabalhadores seria compensada pela possibilidade de conquista de novos mercados em decorrência do barateamento dos custos de produção e pelos incrementos na geração de empregos.⁽⁵⁾

Ocorre, todavia, que a implementação prática de tal ideário, antes de acarretar ganhos de competitividade às economias que precarizam suas relações coletivas de trabalho, as conduz a uma verdadeira *corrida ao fundo do poço*, na expressão cunhada por Jürgen Habermas e empregada por Onofre Alves Batista Júnior, pois o enfraquecimento das entidades sindicais – especialmente naqueles países onde elas exerceram historicamente algum protagonismo – contribuirá substancialmente para a redução da massa salarial, bem como para a perda do poder de compra dos trabalhadores e, conseqüentemente, para a redução da atividade econômica e, no extremo, para a recessão.⁽⁶⁾

Especificamente sobre o tema em apreço, o autor observa que: “Entre as instituições de mediação e de representação política que o populismo liberal-conservador tem se empenhado em desqualificar, isolar e enfraquecer — quando não for possível aniquilar — notabilizam-se os sindicatos de trabalhadores. Os sindicatos, nesse cenário, são hostilizados sob o argumento de que representam apenas a ‘elite’ dos trabalhadores e, portanto, ‘inimigos’, de seus interesses. O ataque aos sindicatos coincide com um processo de persistente e crescente enfraquecimento de sua capacidade de arregimentação e de protagonismo conflitual, que remete, com breves intervalos, a meados dos anos 1980.

(...)

Esse quadro mostra-se, contudo, ainda mais agudizado com as evidentes dificuldades, exibidas pela maioria das organizações sindicais de trabalhadores, de lidar com a crescente precarização das relações de trabalho, bem assim como com a emergência de novos arranjos de relação laboral, que o trabalho sob demanda em plataforma parece caso exemplar.” FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. *Direito do Trabalho e populismo: de Vargas a Bolsonaro*. Campinas: Lacier Editora, 2022. p. 69.

(5) Em um de seus escritos mais icônicos, Hayek assim resume o *diagnóstico* da situação vivenciada pela Inglaterra e o *remédio* a ser ministrado:

“No hay esperanza de que Inglaterra mantenga su posición en el comercio internacional — lo cual significa para su pueblo que no hay esperanza de mantener su ya reducido nivel de vida —, a menos que se prive a los sindicatos de sus poderes coactivos. Mientras sigan teniéndolos, aun sus dirigentes más sensatos, según vemos todos los días, se verán obligados a ejercerlos por parte de grupos pequeños. Lo cual es matar empresa tras empresa y provocar un derroche continuo de capital, con consecuencias que todavía no hemos experimentado del todo. Por los errores legislativos del pasado, tienen agarrada a Inglaterra por el cuello y no pueden entender que están matando la gallina de los huevos de oro. (...) Todo lo que puedo decir con convicción es que, *mientras la opinión general haga políticamente imposible privar a los sindicatos de sus poderes coactivos, será también imposible la recuperación económica de Inglaterra.*

Ya alarma bastante mirar desde dentro la evolución inglesa. Pero nos lleva a una desesperación completa observar lo que está sucediendo en el resto del mundo mientras Inglaterra sigue paralizada por las consecuencias de los privilegios que irresponsablemente se otorgaron por la ley a los sindicatos. Al ver como incluso Japón está siendo derrotado ahora en cada vez más terrenos por Corea del Sur y por otros recién llegados que han descubierto los beneficios del mercado libre, no podemos menos de temblar al preguntarnos si dentro de unos cuantos años Inglaterra podrá alimentar a su pueblo.

(...)

No se trata sólo de si Inglaterra puede prescindir de coches u otros produtos japoneses o coreanos. Se trata de si podemos hacer que otros países compren barcos, o sapatos, o acero, o produtos textiles o químicos ingleses, cuando no sólo las fábricas y los astilleros japoneses y coreanos los producen mejores y más baratos, sino cada vez más pueblos superan a Inglaterra en competência en muchas cosas...y cuando no sólo los científicos y los ingenieros, sino también los obreros especializados ingleses encuentran que pueden vivir mejor en otros países cuya estrutura industrial no ha quedado anquilosada por las restricciones sindicales. Todavía puede ofrecernos salida un cambio drástico, pero será certamente demasiado tarde si dejamos passar outro decenio sin que nadie se atreva a tocar la vaca sagrada [sindical].” HAYEK, Friedrich. *Sindicatos, ¿para qué?* Madrid: Unión Editorial, 2009, p. 102-103.

(6) Segundo o autor: “Na modernidade líquida, o capital, sempre em busca de maiores lucros, rompeu o pacto que perdurou no *Welfare State* e se liquefez, fugindo para outras fronteiras, deixando o Estado sem condições de fazer frente às necessidades e anseios sociais da massa (servil) de trabalhadores. (...) Do lado dos empregadores, deseja-se ‘viajar

A realidade vivenciada pelos países que se valeram, em maior ou menor medida, da flexibilização do marco regulatório das relações coletivas de trabalho nas últimas décadas no ensejo de aumentar a competitividade de suas respectivas economias indica, justamente, a baixíssima efetividade — ou mesmo a inefetividade — de tais medidas para os fins pretendidos, particularmente no que concerne à geração de empregos e à reativação econômica. O máximo alcançado pelas *reformas trabalhistas* foi, justamente, a proliferação de ocupações precárias alternativas ao vínculo de emprego tradicional, cujas remunerações em patamares muito baixos não logram aumentar a massa salarial da população e, conseqüentemente, tendem a breçar a expansão do consumo e a ampliar a concentração de riqueza nos estratos sociais mais elevados.⁽⁷⁾

No Brasil é exatamente esse o cenário constatável quatro anos após a promulgação da *Reforma Trabalhista* plasmada na Lei n. 13.467/2017, incrementado, em grande medida, pela persistente pandemia de Covid-19 e pela desastrosa gestão da economia e da crise sanitária por parte do Governo Federal no período em referência. Dados recentes (de janeiro/2022) atestam que os parcos pontos percentuais acrescidos ao nível de emprego no País decorrem, exatamente, de ocupações precárias com remunerações próximas ao salário mínimo e até mesmo inferiores a tal patamar.⁽⁸⁾

De fato, as *reformas trabalhistas* consideradas de *per se* em nada (ou muito pouco) contribuem para o incremento da atividade econômica e para a mitigação dos efeitos advindos dos processos de deslocalização dos grandes empregadores (especialmente no setor industrial), da subcontratação de mão de obra, da horizontalização dos processos produtivos, da automação, da precarização das relações laborais, da extinção de profissões e dos demais impactos provenientes das mudanças tecnológicas. Tais efeitos, antes de se apresentarem como meros fenômenos conjunturais a afetarem as economias locais em momentos cíclicos, consistem, na realidade, em elementos configuradores das estruturas contemporâneas do capitalismo que transcendem as fronteiras e as jurisdições nacionais.⁽⁹⁾

com pouca bagagem', do lado dos trabalhadores, resta 'mais estresse, insegurança e distanciamento psicológico'. O capital escapou do poder estatal e, assim, a massa de cidadãos foi obrigada a se render impotente e desamparada ao grande capital fluido, reverenciando e servindo a riqueza." BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O outro leviatã e a corrida ao fundo do poço*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 135-136.

(7) De acordo com a crítica formulada por Mauricio Godinho Delgado:

"O argumento corrente sustentava (e ainda o faz) que a redução do custo trabalhista para as empresas teria o condão de elevar o número de contratações no sistema socioeconômico, mesmo que por pactos menos retributivos da força de trabalho.

De maneira geral, entretanto, o implemento desse tipo de reformulação trabalhista tende a agravar os efeitos sofridos pelos níveis de emprego e pelos trabalhadores nas respectivas economias e sociedades, em face da repercussão concentracionista de riqueza que enseja, além da diminuição da participação do valor-trabalho na renda nacional correspondente." DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 65-66.

(8) Cf., a propósito: <<https://www.terra.com.br/economia/entenda-por-que-a-reforma-trabalhista-nao-reduziu-o-desemprego,ff2cb08148d5d29c20dbc24fabe3c37drfxje8i7.html>>. Acesso em: 26-jan. 2022; <<https://www.oantagonista.com/economia/economista-diz-que-inflacao-e-informalidade-explicam-queda-da-renda>>. Acesso em: 28-jan. 2022.

(9) Ao elaborarem uma análise do mercado de trabalho após a recessão experimentada pelos principais países da União Europeia entre as décadas de 2000 e 2010 e após a implementação das sucessivas Reformas Trabalhistas, María Isabel Heredero de Pablos e Santos Miguel Ruesga Benito constataram que:

"Los sectores económicos de escasso valor añadido, cuyas exigencias de cualificación e intensidad tecnológica son bajas, y dominados por las pymes, son los que han facilitado la extensión de un trabajo más precario.

En los países donde la estructura productiva muestra este perfil, como en España y Italia, los resultados sobre la calidad del empleo han sido especialmente negativos. Pero también en otros países, como el Reino Unido y Francia, con diferentes rasgos respecto a la estructura productiva, se ha generado una dualidad en el mercado de trabajo cuyo efecto neto ha sido un avance del subempleo em forma de temporalidad y parcialidad involuntaria.

(...)

Con ello, el año de 2014 confirma que la recuperación del empleo viene acompañada de precariedad en una parte extensa del territorio europeo, bajo diferentes formas, y que en parte determinan la devaluación de las retribuciones

Se há intenção em enfrentar tais estruturas do capitalismo contemporâneo, qualquer estratégia que se pretenda engendrar nesse desiderato deve ser perpassada, necessariamente, pelo fortalecimento dos sindicatos nos cenários locais e, em paralelo, pela promoção do princípio da *liberdade sindical* no âmbito global, a fim de que os ordenamentos internos dos Estados possam encampá-lo em sua plenitude, de modo a fortalecer as entidades representativas e capacitá-las para o exercício efetivo da defesa dos interesses obreiros e do contrapoder aos desígnios empresariais nas negociações coletivas.

O acúmulo de experiências históricas vivenciadas especialmente nas últimas décadas do século XIX e no século XX demonstra que os sindicatos tiveram papel protagônico na obtenção de melhores condições de trabalho e de vida por intermédio da encampação de lutas voltadas para a redução das jornadas, para a majoração dos salários e, principalmente, para a implementação de melhores condições de labor. É possível afirmar, nesse sentido, que os sindicatos são os responsáveis por assegurar os patamares mínimos de *dignidade humana* nas relações trabalhistas, com visíveis e sensíveis reflexos nas sociedades, sendo essa exatamente a razão pela qual a *liberdade sindical* se faz presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 23) e nos principais tratados internacionais de Direitos Humanos.

Por mais eloquentes que tenham sido os apelos romantizados em torno do *empreendedorismo* individual e da pretensa necessidade de flexibilização das relações de trabalho, especialmente veiculados a partir das décadas de 1980 e 1990 e intensificados no transcurso do século XXI, a notória precarização dos postos de trabalho iniciada a partir das ocupações a tempo parcial e intensificadas com o fenômeno da *uberização*, aliadas à institucionalização do *dumping social* e do *law shopping*, vem fazendo com que os trabalhadores das gerações mais recentes “redescubram” os sindicatos a partir da percepção de que o enfrentamento dos tomadores de serviços por melhores condições de vida e de labor somente pode ocorrer, com alguma chance de êxito, no plano coletivo.⁽¹⁰⁾

E, efetivamente, não se pode negar que esses fenômenos são os principais responsáveis pela redução do nível de vida dos trabalhadores no mundo contemporâneo, seja nos países desenvolvidos, onde o emprego formal vem dando lugar às ocupações precárias, seja nos chamados *emergentes* “beneficiados” pelo *law shopping*, onde os postos de trabalho conjugam, em grande parte, extensas jornadas, baixos salários e péssimas condições labor-ambientais. O panorama global é, portanto, caracterizado por uma tendência clara de rebaixamento generalizado do nível de vida dos trabalhadores, bem como de concentração de renda nos estratos mais elevados da pirâmide social, propiciado pela mobilidade do capital produtivo, pela crescente financeirização e pela liberdade para transcender as fronteiras nacionais em busca da mão de obra mais barata, em uma verdadeira reedição ampliada (e agravada) dos flagelos sociais que antecederam (e inspiraram) o advento das primeiras leis trabalhistas em meados do século XIX.

Diante de tal cenário, pode-se afirmar que os sindicatos permanecem tendo um papel central na contemporaneidade, para além de uma importantíssima função sócio-econômica, pois serão eles — tanto no mundo desenvolvido, quanto nos países ditos *emergentes* — os únicos atores coletivos capazes de extrair dos empresários (e dos *tomadores de serviços*, em geral) avanços nas condições de trabalho e no nível de vida dos trabalhadores que, ao fim e ao cabo, pavimentarão o crescimento estável e duradouro dos indicadores econômicos (PIB, taxas de emprego, consumo, poupança etc.) e viabilizarão, por conseguinte, a própria subsistência equilibrada do sistema capitalista.⁽¹¹⁾

del mercado laboral.” PABLOS, María Isabel Heredero de; BENITO, Santos Miguel Ruesga. *Instituciones laborales en Europa. Cambios durante la Gran Recesión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 123.

(10) *Vide*, a propósito: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/por-que-a-geracao-z-esta-se-sindicalizando-nos-eua/>>. Acesso em: 26 jan. 2022.

(11) Conforme assevera António José Avelãs Nunes: “A verdade é que o salário pago aos trabalhadores não é apenas um elemento dos custos de produção, é também o rendimento que alimenta o poder de compra da grande maioria da

Para tanto, é preciso buscar, no plano internacional, o fortalecimento do direito fundamental à *liberdade sindical*, de modo a que este último se descole do universo abstrato das declarações de princípios e adquira vivência concreta nos instrumentos multilaterais de comércio exterior, por intermédio, a título exemplificativo, da inserção de dispositivos que permitam a adoção imediata de represálias aos países exportadores que se valerem do *law shopping*, do *dumping social* e, principalmente, do enfraquecimento deliberado da ação sindical, no ensejo de baratear o custo de produção e de exportação de seus produtos.

Nesse desiderato, poder-se-ia cogitar, igualmente a título exemplificativo, na legitimação do estabelecimento de tarifas e alíquotas tributárias majoradas, ou mesmo na proibição de importação de produtos oriundos dos países adeptos de tais práticas, bem como na imposição, a ser veiculada nos tratados de livre-comércio, de que os Estados signatários adotem em suas legislações internas mecanismos que determinem às suas empresas multinacionais a elaboração de *códigos de conduta*, a definirem os padrões mínimos de Direito do Trabalho que serão observados em seus negócios no exterior, tendo como piso, naturalmente, aquelas diretrizes previstas nos principais documentos da OIT sobre o tema, com destaque para a *Declaração de Princípios Fundamentais*, de 1998, na *Declaração sobre a Justiça social para uma Globalização Equitativa*, de 2008, e no *Pacto Mundial para o Emprego*, de 2009.⁽¹²⁾

Trata-se, em síntese, da elaboração não exaustiva de patamares mínimos civilizatórios a serem observados pelos países, no jogo do livre comércio, a fim de evitar os prejuízos recíprocos e os efeitos perversos decorrentes do *law shopping* e do *dumping social* e no ensejo de viabilizar a atuação sindical com vistas à obtenção de melhores condições de vida e trabalho tanto nos países desenvolvidos, quanto nos países ditos *emergentes*, em benefício último do fortalecimento de seus mercados de consumo e de seu próprio crescimento econômico em condições de equilíbrio.⁽¹³⁾

Paralelamente a isto, acreditamos que, no plano doméstico, as legislações devem trilhar o caminho oposto àquele vislumbrado por textos como a Lei n. 13.467/2017, que consagrou, entre nós, a *Reforma Trabalhista*, de modo a buscar o fortalecimento dos sindicatos por intermédio

população que há de comprar as mercadorias que foram produzidas com o único objetivo de serem vendidas no mercado e que têm de ser vendidas para que os empresários capitalistas possam recuperar o dinheiro investido e apoderar-se da *mais-valia* (em linguagem marxista), de onde sai o lucro que acrescenta ao capital adiantado. Por isso, ao reduzir os salários, o capital *aumenta a sua taxa de mais-valia* (em termos absolutos e relativos). Mas, ao fazê-lo, *reduz o poder de compra dos trabalhadores*, que constituem a grande massa dos consumidores, colocando em risco a *realização da mais-valia*. E as crises de sobreprodução, próprias do capitalismo são, precisamente, *crises de realização da mais-valia*. (...)

A história do capitalismo adulto mostra que o aumento do poder de compra dos trabalhadores (que constituem a grande maioria da população) acompanhou sempre os períodos de crescimento econômico e de progresso social. Isso quer dizer que a subida dos salários reais, em resultado da luta das organizações dos trabalhadores, tem constituído, historicamente, um fator de desenvolvimento pelo menos tão importante como o desenvolvimento científico e tecnológico (e o consequente aumento da produtividade), as exportações e o investimento direto estrangeiro." NUNES, António José Avelãs. *A crise atual do capitalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 67-68.

(12) Tais proposições foram por nós tratadas no seguinte artigo: EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O Direito do Trabalho no século XXI: em busca de uma nova estruturação. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 78, n. 2, abr./jun. 2012. p. 209-238.

(13) Busca-se, nas palavras de Miguel Ángel Purcalla Bonilla: "Diseñar e imponer un Derecho del Trabajo supranacional, una regulación común a todos los operadores jurídicos del mercado global, evitándose con ello el *dumping social* que rastrea y utilizan las empresas, y estableciéndose condiciones laborales justas en todos los países, siempre que los contenidos de esa regulación común resulten adecuados a tal fin."

Ainda segundo o autor: "Ante las dificultades para implantar a nivel mundial una normativa internacional única, la fijación de derechos laborales mínimos (a modo de orden público internacional) que deben observarse por todos los países (estándares OIT), permite que aunque no todos los países tengan las mismas condiciones de trabajo (cosa impensable por irreal a día de hoy), el respeto a los derechos laborales fundamentales impide que algunos las establezcan a unos niveles tan bajos que rompan el mercado, llegando a constituir competencia desleal. Junto a ello, la implementación de buenas prácticas y códigos de conducta, medidas peculiares de soft law, no debe tampoco desdeñarse." BONILLA, Miguel Ángel Purcalla. *El trabajo globalizado: realidades y propuestas*. Pamplona: Aranzadi, 2009. p. 224-225.

da adoção de estruturas consentâneas com o conteúdo institucional da *liberdade sindical*, tais como (i) a pluralidade sindical, com o escrutínio da maior representatividade; (ii) o fomento à negociação coletiva, orientada pela obtenção do equilíbrio de forças entre os atores sociais; (iii) a garantia de autonomia organizativa, financeira e administrativa às entidades; (iv) a coexistência harmoniosa e coordenada entre os sindicatos e as representações unitárias de trabalhadores e, finalmente, (v) a coibição efetiva às práticas antissindicais de qualquer natureza.

Acreditamos, além disso, que os ordenamentos jurídicos devem reconhecer de modo pleno as entidades e as coletividades de caráter reivindicatório formadas pelos trabalhadores que exercem suas atividades por intermédio de plataformas digitais ou através de sistemas situados no *ciberespaço* (p. ex.: trabalhadores plataformizados ou uberizados, teletrabalhadores, nômades digitais etc.) e que, por motivos diversos, não podem ser enquadrados no vínculo empregatício clássico ou nos conceitos utilizados pelas legislações no ensejo de delimitar a representação sindical tradicional (p. ex.: categorias profissionais e econômicas).

Trata-se, nesse sentido, de qualificar tais entidades como verdadeiros sujeitos coletivos dedicados à defesa dos interesses comuns dos integrantes dessas novas relações de trabalho, possibilitando-lhes a plena defesa administrativa e judicial dos interesses de seus representados e, conseqüentemente, o exercício dos direitos à negociação coletiva e à greve, na medida exigida e adequada às peculiaridades de tais organizações e de suas contrapartes econômicas, em uma reedição, com as devidas proporções, do processo de reconhecimento dos sindicatos pelos ordenamentos jurídicos nos séculos XIX e XX.⁽¹⁴⁾

Partilhamos a crença de que os desafios socioeconômicos apresentados pelo processo de globalização não são enfrentados de modo adequado por intermédio do simples rebaixamento dos parâmetros heterônomos e autônomos estabelecidos para a compra e venda da força de trabalho, pela universalização de modalidades precárias de contratação e, em especial, pela criação de óbices à atuação sindical, tal como têm feito as sucessivas *reformas trabalhistas* implementadas mundo afora. Conforme a realidade já demonstrou, tais medidas, para além de não impactarem minimamente na redução dos índices de desocupação e no crescimento do PIB nacional, acabam por reduzir substancialmente a renda e o consumo da população, em prejuízo último às próprias condições macroeconômicas dos países.

De fato, a competição pela redução do *custo* do trabalho, mesmo sendo decisiva para as decisões empresariais concernentes à mobilidade de suas estruturas produtivas, conduzirá as sociedades que nela se embrenharem, fatalmente, à precarização das ocupações, à estagnação do consumo e à impossibilidade de se obter um crescimento econômico estável. Ou seja, a *corrida ao fundo do poço* empreendida pelos artífices das *reformas trabalhistas* levará todos os seus participantes ao mesmo destino: o *fundo do poço*.⁽¹⁵⁾

(14) Pois, afinal, conforme assinala Renata Queiroz Dutra: “Ao assegurar a existência, a voz e o reconhecimento dos sujeitos coletivos, conforma-se a própria experiência da regulação do trabalho, eis que ela passa a ser uma construção solidária entre sujeitos que vivenciam uma determinada experiência laboral e de vida e que, ao invés de concorrerem entre si, num leilão às avessas de sua força de trabalho, solidarizam-se e aliam-se para a defesa de patamares de proteção social que sejam comuns e não excepcionáveis. Essa dimensão cristaliza o caráter político da regulação do trabalho e das lutas dos sujeitos coletivos.” DUTRA, Renata Queiroz. *Direito do Trabalho: uma introdução político-jurídica*. Belo Horizonte: RTM, 2021. p. 58.

(15) Nesse sentido, Arturo Bronstein, ao comentar o consenso firmado a partir da década de 1980 em torno da desregulamentação do trabalho, observa que: “O aumento da concorrência internacional juntou-se à forte defesa internacional, especialmente por parte das instituições de Bretton Woods, com vistas ao ajuste estrutural e à desregulamentação geral do mercado, incluindo a do mercado de trabalho. Sugeriu-se que padrões de trabalho rígidos, abrangentes e consolidados afetariam negativamente a competitividade internacional e desencorajaram os investidores a entrar em um país para investir capital e criar empregos. Isso implicaria em um clamor pela desregulamentação, que aparentemente não levou em conta o fato de que nenhum país se tornaria mais competitivo se todos os demais países passassem a adotar as mesmas medidas de desregulamentação (algo que é comumente referido como ‘corrida até o fundo’.”

E para que tal tendência seja revertida, os sindicatos têm papel central, como visto, pois é justamente através de sua atuação — principalmente na arena da *negociação coletiva* — que se obtêm as melhorias nas condições de trabalho e de remuneração a beneficiarem os trabalhadores, sendo justamente tais incrementos os motores que tendem a conduzir os indicadores socioeconômico para uma trajetória ascendente e sustentável.

Assim, ao contrário do que preconizou Hayek no início da década de 1980, as posições titularizadas pelos sindicatos em vistas à representação dos interesses de suas categorias profissionais, antes de serem meros *privilégios* passíveis de serem descartados pelas legislações domésticas em nome de uma maior *competitividade* com os demais *mercados*, configuram — especialmente nos dias de hoje — verdadeiros e efetivos direitos assegurados às entidades e aos próprios trabalhadores, destinados a resguardar a observância a patamares civilizatórios mínimos nas relações laborais, cuja veiculação nos tratados internacionais (especialmente nos de comércio exterior) e nas legislações domésticas afigura-se, a nosso ver, imperativa, por força do próprio conteúdo institucional que subjaz ao princípio da *liberdade sindical* e por força das contingências impostas, no presente, pelo atual estágio do processo de globalização econômica.

São estas, no nosso sentir, as ideias que justificaram a elaboração da tese de doutoramento apresentada em 2016 e que justificam, com ainda maior pertinência, sua atualização sob a vigência da *Reforma Trabalhista* consolidada na Lei n. 13.467/2017 e à luz das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a temática sindical.

Campinas – SP, outubro de 2022.

No original: “Increasing international competition came together with Strong international advocacy, especially from the Bretton Woods institutions, for structural adjustment and overall market deregulation, including that of the labour market. It was suggested that strong, comprehensive and well-implemented labour standards negatively affected international competitiveness, and discouraged investors from coming into a country to invest capital and create jobs. This implied a call for deregulation, which apparently did not take into account the fact that no country would become more competitive if all countries came to adopt the same or comparable deregulation measures (something which is commonly referred to as ‘race to the bottom’” BRONSTEIN, Arturo. *International and comparative labour law*. Current challenges. New York: Palgrave Macmillan, 2009. p. 89-90.

Introdução

A liberdade sindical, a compreender uma garantia reconhecida pelos mais expressivos pactos e declarações de direitos humanos, tem seu conteúdo institucional resultante de vicissitudes históricas decorrentes de “*lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes*”, na dicção de Bobbio, cuja conformação foi — e ainda é — pautada por eventos que se sucederam — e se sucedem — gradualmente no plano das relações sociais.⁽¹⁶⁾

Nesse diapasão, o direito humano-fundamental à liberdade sindical tem sua origem mais remota na luta dos trabalhadores contra as mazelas sociais verificadas nos países protagonistas da *Primeira Revolução Industrial* e contra as limitações impostas pelos ordenamentos jurídicos liberais do século XIX à coalizão e ao agrupamento permanente de indivíduos em torno de organizações voltadas para a defesa de melhores condições laborais.⁽¹⁷⁾

Como resultado de tais conflagrações, os trabalhadores lograram extrair de seus respectivos Estados o reconhecimento dos direitos à livre constituição de sindicatos e à livre filiação e desfiliação de tais entidades, bem como o direito à livre organização e atuação dos entes por eles criados. Com a propagação das condições sociais advindas da Revolução Industrial para além dos países que a protagonizaram e com os movimentos em torno da internacionalização do direito do trabalho, o conceito de *liberdade sindical*, definido por tais garantias individuais e coletivas, foi consagrado não só em grande parcela das legislações nacionais, como também em relevantes documentos internacionais.

No entanto, a experiência demonstrou que a singela positivação das garantias individuais e coletivas inerentes à liberdade sindical não bastava para assegurar, por si só, o efetivo gozo de

(16) BOBBIO, Norberto. Trad.: COUTINHO, Carlos Nelson. *A Era dos Direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

(17) Ao comentar o período em referência, Manuel Carlos Palomeque Lopez assinala que:

“O processo de substituição do trabalho humano pela máquina e suas sequelas anexas (...) originaria um verdadeiro excedente de mão de obra propício à exploração” e que “as terríveis consequências do maquinismo e da exaltação capitalista dos princípios liberais, haveriam de conduzir a resultados negros: jornadas de trabalho esgotantes («de sol a sol»), salários de fome (no limite da subsistência física do trabalhador, que permitisse a reprodução da força de trabalho), condições laborais precárias e ambientes nocivos e insalubres)”

[Assim], neste deplorável estado e condição das classes trabalhadores resultante da industrialização capitalista, o que eufemisticamente chegou a denominar-se, na época, a questão social, encontra-se, precisamente, o gérmen da sua própria superação”, gerando, segundo o autor, “a formação da classe operária a partir das relações trabalhistas, cujo ponto de partida é a separação entre o trabalho e os instrumentos e os meios de produção [e] a emergência, no seio deste grupo social, de uma tomada de consciência da condição operária, de uma autêntica consciência de classe, como núcleo solidário de interesses próprios e contraditórios ao da burguesia.

[No entanto] “a burguesia triunfante da sua revolução histórica, que se alicerçou na consagração das relações capitalistas de produção e na afirmação do liberalismo como produto ideológico dominante, apressava-se a eliminar os vestígios das corporações do Antigo Regime, sob o princípio de «nada entre o indivíduo e o Estado» [e assim] os sindicatos e demais organizações operárias entraram integralmente no âmbito proibitivo de leis como a francesa *Le Chapelier* de 1791.

Ainda segundo Palomeque López, com a intensificação da questão social “o desenvolvimento do movimento operário conduz paulatinamente, nos diversos ordenamentos jurídicos, a um levantamento da proibição penal sobre a constituição de sindicatos.”

Todavia, ainda de acordo com o referido doutrinador espanhol, “a plenitude do reconhecimento do sindicato pelo Estado alcança-se, [somente], com a constitucionalização dos direitos sociais, dentro do modelo de Estado Social de Direito”, quando a liberdade sindical deixou de ser “apenas um instrumento básico de auto-tutela para a classe trabalhadora”, passando a configurar “um dos pilares da estrutura institucional dos Estados democráticos de capitalismo avançado.” LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. Trad.: António Moreira. *Direito do Trabalho e Ideologia*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 23-27.

tais direitos por parte dos trabalhadores e das suas entidades, pois as empresas, na condição de detentoras dos meios de produção, ainda se mantinham com a preponderância de forças nas relações entabuladas com os obreiros e, nessa posição, permaneciam atuando de modo a limitar ou mesmo impedir-lhes a fundação de entidades representativas, bem como a filiação a estas últimas e a ação coletiva das organizações por eles criadas.

Percebeu-se, desse modo, que a liberdade sindical somente encontraria condições de ser efetivamente fruída por seus destinatários se a prática de tal sorte de expedientes por parte dos empresários fosse coibida. Da experimentação empírica de tais condutas e do reconhecimento de sua incompatibilidade com as garantias individuais e coletivas inerentes àquela garantia, nasceu o conceito de *ato antissindical*, definido por Oscar Ermida Uriarte como “*toda atitude (...) que prejudica indevidamente um titular de direitos sindicais (...) ou aquela mediante a qual lhe são negados injustificadamente as facilidades ou prerrogativas necessárias para o normal desempenho da ação coletiva*”.⁽¹⁸⁾

Com o passar do tempo e, principalmente, com o incremento dos conflitos sociais e com a diversificação de seus atores, o conceito de liberdade sindical foi estendido para englobar em seu âmbito de proteção não só os trabalhadores e os sindicatos representativos dos seus interesses, como também os núcleos sindicais e extrassindicais de representação dos trabalhadores nos locais de trabalho.

Nesse sentido, a Organização Internacional do Trabalho procedeu, no plano extranacional, à aprovação sucessiva das Convenções ns. 98 e 135 em 1949 e 1971 voltadas, respectivamente, para a proteção dos trabalhadores e organizações de empregadores contra atos atentatórios à liberdade sindical, oriundos tanto dos empregadores, quanto das autoridades governamentais.

Diante dessa breve narrativa, observa-se que a proteção contra os chamados *atos antissindicais* e *atos antirrepresentativos* é componente inafastável do direito à liberdade sindical titularizado por trabalhadores e suas respectivas entidades, não havendo como concebê-lo sem reconhecer a incompatibilidade existente entre aquelas condutas discriminatórias e os aspectos individuais e coletivos que vêm configurando, historicamente, aquela garantia fundamental.⁽¹⁹⁾

Com tal constatação em mente, e passando-se à análise do direito à liberdade sindical delineado no art. 8º da Constituição Federal, observa-se que seu conteúdo engloba, em grande medida, as mesmas posições jurídicas consagradas na evolução do franco associativismo no plano internacional, a compreenderem, como visto, o direito à autonomia coletiva das entidades representativas (inciso I) e o direito à livre filiação e desfiliação por parte dos integrantes das categorias profissionais e econômicas (inciso V).⁽²⁰⁾

Ou seja, afora o direito à livre criação de entidades sindicais — limitado, de fato, mas não completamente impedido pela regra da unicidade por base territorial mínima, a teor do inciso II — os sujeitos titulares da liberdade sindical titularizam, nos termos dos incisos I e V, do art. 8º, da

(18) URIARTE, Oscar Ermida. Trad.: FERRARI, Irany. *A Proteção contra os Atos Anti-Sindicais*. São Paulo: LTr, 1989. p. 35.

(19) Nesse sentido, a passagem de Alejandro Gallart Folch, transcrita por Nestor de Buen Lozano em seu *Derecho del Trabajo*, bem indica o imbricamento inafastável existente entre o direito à liberdade sindical e a coibição aos atos antissindicais:

“Basta subrayar estas dos facetas de la libertad sindical [individual y colectiva], para darse cuenta de los espinosos problemas prácticos que plantea, de su índole delicadísima y, sobre todo, de su gran vulnerabilidad, pues los ataques que la harían ilusoria, pueden afectar: a su aspecto de autonomía del ente social o a su aspecto de derecho personal humano; y puede venir no sólo del Estado, por sus organismos políticos y administrativos, sino, a cada clase social, de los organismos representativos de la otra, o lo que es peor aún, pero es lo más frecuente, de los organismos sindicales de la misma clase pero de distinta parcialidad societaria.” FOLCH, Alejandro Gallart. *Apud*: LOZANO, Néstor de Buen. *Derecho del Trabajo*. Tomo segundo. 21. ed. México: Porrúa, 2008. p. 613-614.

(20) No presente estudo, a expressão *franco-associativismo* será utilizada como sinônimo de *liberdade sindical*.

Carta Magna, posições jurídicas que os protegem das condutas perpetradas por suas contrapartes nas relações laborais e pelo Estado no sentido de obstar, interferir e intervir na livre filiação individual e na livre atuação das entidades.⁽²¹⁾

Paralelamente à descrição genérica da liberdade sindical constante do art. 8º e incisos da Constituição Federal, a Carta Magna assegurou em seu art. 11 a eleição de representantes dos trabalhadores nos locais de trabalho em empresas com mais de duzentos empregados, ampliando, dessa forma, o âmbito subjetivo do direito ao franco associativismo.

E não obstante a previsão constante dos sobreditos dispositivos constitucionais, há de se ressaltar que o Brasil não só ratificou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos da Organização das Nações Unidas (ONU), como também assim o fez em relação ao Protocolo de San Salvador da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁽²²⁾, cujos dispositivos reiteram os aspectos individuais e coletivos do direito à liberdade sindical.

(21) Ressalte-se, por oportuno, que a regra da unicidade sindical insculpida no art. 8º, II, da Constituição Federal não impede a criação de entidades voltadas para a representação de categorias profissionais e econômicas mais específicas (dissociação), ou para a defesa dos interesses de uma mesma categoria obreira ou patronal em uma base territorial menor (desmembramento). Tal faculdade encontra pleno respaldo no art. 571 da CLT, não sendo mais limitada pelo vetusto quadro das atividades e profissões outrora editado pelo Ministério do Trabalho, haja vista sua incompatibilidade com o postulado da autonomia sindical, consagrada no art. 8º, I, da Carta Magna.

(22) O Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991 e ratificado pelo Decreto Presidencial n. 592, de 6.7.1992.

O direito à liberdade sindical consta de seu art. 22, nos seguintes termos:

“Art. 22

1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de construir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses.

2. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desse direito por membros das forças armadas e da polícia.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que Estados Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam ou aplicar a lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção.”

De seu turno, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU foi aprovado pelo mesmo Decreto Legislativo n. 226, de 12.12.1991 e ratificado pelo Decreto Presidencial n. 591, de 6.7.1992.

O direito à liberdade sindical encontra previsão no art. 8º do Pacto em referência, lavrado nos seguintes termos:

“Art. 8º – 1. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir:

a) o direito de toda pessoa de fundar com outras sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;

b) o direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas.

c) o direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas.

d) o direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país.”

O Protocolo de San Salvador, por sua vez, foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 56 de 19.4.1995 e ratificado pelo Decreto Presidencial n. 3.321, de 30.12.1999. Seu art. 8º assegura o direito à liberdade sindical nos seguintes termos:

“Art. 8º. Direitos Sindicais – 1. Os Estados Partes garantirão:

a. O direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses. Como projeção desse direito, os Estados Partes permitirão aos sindicatos formar federações e confederações nacionais e associar-se às já existentes, bem como formar organizações sindicais internacionais e associar-se à de sua escolha. Os Estados Partes também permitirão que os sindicatos, federações e confederações funcionem livremente;

b. O direito de greve.

Nesse mesmo sentido, é o Brasil signatário das Convenções ns. 98, 135 e 154 da OIT, tendo integrado os referidos diplomas ao ordenamento jurídico interno.⁽²³⁾

No entanto, em que pese a existência de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro a consagrarem aspectos individuais e coletivos cruciais do direito à liberdade sindical e a nulificarem as condutas lesivas a tais posições jurídicas, os titulares das referidas garantias — em especial os trabalhadores e seus sindicatos — não vêm conseguindo extrair das normas em apreço a devida proteção contra as práticas antissindicais e antirrepresentativas de que são vítimas.

A explicação para tal vicissitude reside no fato de que a interpretação usualmente conferida aos dispositivos principiológicos consagradores do direito à liberdade sindical insiste em enxergá-los como normas carentes de autoaplicabilidade — ou como normas programáticas —, destituídas de aptidão para regular, por si só, as situações concretas a envolverem atos antissindicais e antirrepresentativos.

Segundo tal entendimento, a partilhar de uma visão positivista a respeito dos princípios jurídicos definidores de direitos fundamentais, a efetiva tutela contra as práticas antissindicais e antirrepresentativas estaria a depender da edição de diplomas complementares que trariam de forma mais precisa a definição do âmbito de proteção jurídica e das condutas vedadas. Dito em outros termos, a proteção contra as referidas formas de discriminação sindical somente teria lugar no momento em que fosse possível promover a subsunção precisa dos casos concretos (premissas menores) na legislação específica (premissa maior).

Tal concepção restritiva e formalista a respeito da proteção jurídica contra os atos antissindicais e antirrepresentativos é um dos pontos de vista que o presente trabalho pretende superar ao longo de seus sete capítulos, por intermédio da demonstração de que os dispositivos principiológicos positivados no ordenamento jurídico pátrio a confirmarem que o direito à liberdade sindical possuem força normativa suficiente para prevenir e coibir aquelas condutas discriminatórias e que, por tal razão, é possível delimitar em que medida os trabalhadores, os servidores públicos e suas entidades representativas encontram-se protegidos contra tal sorte de práticas.

No entanto, não basta apenas reconhecer na liberdade sindical uma garantia jurídica dotada de aptidão para vincular seus destinatários nos supostos conceitos de aplicação, nos moldes já amplamente aceitos pelas teorias acerca dos direitos fundamentais amplamente difundidas nas searas da Filosofia do Direito e do Direito Constitucional. É preciso, para além disso, definir de que maneira a força normativa da garantia em apreço opera, o que especificamente ela impõe aos seus destinatários deste último e como estes últimos deverão proceder para desvelar seu sentido e alcance.

Nesse sentido, o presente trabalho buscará se afastar dos lugares-comuns que têm pautado, em grande medida, os estudiosos da Filosofia do Direito e do Direito Constitucional no tocante à compreensão dos direitos fundamentais, cujo estabelecimento nos meios jurídicos brasileiros se deve à ampla difusão que a concepção axiológica acerca daquelas garantias logrou a partir da

2. O exercício dos direitos enunciados acima só pode estar sujeito às limitações e restrições previstas pela lei que sejam próprias a uma sociedade democrática e necessárias para salvaguardar a ordem pública e proteger a saúde ou a moral pública, e os direitos ou liberdades dos demais. Os membros das forças armadas e da polícia, bem como de outros serviços públicos essenciais, estarão sujeitos às limitações e restrições impostas pela lei.

3. Ninguém poderá ser obrigado a pertencer a um sindicato."

(23) A Convenção n. 98 da OIT foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 49, de 27.8.1952 e ratificada pelo Decreto Presidencial n. 33.196, de 29.6.1953.

A Convenção n. 135 da OIT, por sua vez, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 86, de 14.12.1989 e ratificada pelo Decreto Presidencial n. 131, de 22.5.1991.

década de 1990, com a importação da metódica da *ponderação de bens* e de seus subprincípios da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*, a ter em Robert Alexy seu principal expoente.⁽²⁴⁾

Demonstrar-se-á, a propósito, que a concepção axiológica e seu método característico não se mostram adequados para promover o desvelamento do conteúdo objetivo inerente aos direitos fundamentais — dentre eles a liberdade sindical — porquanto a fixação do significado em concreto destes últimos dependerá, ao fim e ao cabo, da discricionariedade do aplicador autorizado que acabará por definir o *peso* que cada princípio terá naquela operação pretensamente neutra a envolver a *ponderação de bens*.

Como alternativa a tal visão acerca dos direitos fundamentais, o presente trabalho se valerá da concepção deontológica, que busca compreendê-los como efetivos *direitos institucionais* dotados de um conteúdo objetivo cujas características foram historicamente adquiridas e lhes conferem, por isso mesmo, notas distintivas em relação a outros institutos jurídicos, segundo a compreensão definida por Ronald Dworkin em *Taking Rights Seriously* e *Law's Empire*.⁽²⁵⁾

Ao cabo da análise da liberdade sindical à luz da concepção deontológica e do desvelamento do conteúdo histórico-institucional a caracterizá-lo, será possível definir de maneira objetiva não apenas as posições jurídicas titularizadas pelos destinatários individuais e coletivos da garantia em apreço em face dos atos antissindicais e antirrepresentativos, como também os mecanismos de proteção de tais sujeitos contra aquelas práticas e as pautas a serem necessariamente observadas (i) pelo Poder Legislativo na tarefa de concretização do princípio em referência através de normas gerais e abstratas; (ii) pelo Poder Judiciário no tocante à realização do controle concentrado de constitucionalidade e de convencionalidade de tais diplomas e no que tange à resolução dos casos concretos em sede de controle difuso de constitucionalidade e de convencionalidade e, finalmente, (iii) pelo Poder Executivo no exercício das funções de regulamentação e fiscalização.

Assim, o Capítulo 1 será dedicado à descrição do percurso trilhado pela Filosofia do Direito e pelo próprio Direito Constitucional nos séculos XIX e XX para a definição do conteúdo das normas a consagrarem as linhas mestras dos ordenamentos jurídicos hodiernos, a ter por ponto de partida o positivismo clássico e por destino as duas grandes vertentes do chamado *neoconstitucionalismo*, quais sejam, as concepções *axiológica* e *deontológica* acerca dos direitos fundamentais.

Ao término de tal jornada, o capítulo inaugural fixará a premissa de que a liberdade sindical, na forma de uma instituição jurídica dotada de um conteúdo histórico-institucional próprio e de força normativa, encontra na concepção deontológica desenvolvida principalmente por Ronald Dworkin um marco teórico adequado para a regência dos casos concretos a envolverem sua incidência.

Tal marco teórico será retomado no Capítulo 2, que se ocupará, justamente, da formulação de um esboço preliminar do conteúdo histórico do direito à liberdade sindical, por intermédio da análise descritiva das vicissitudes mais importantes que plasmaram a referida garantia ao longo do tempo no direito comparado, nos pactos e declarações internacionais e no âmbito doméstico, e que a conferiram seu atual desenho institucional.

Na sequência, o Capítulo 2 analisará os conflitos sociais protagonizados por trabalhadores e por empregadores durante os séculos XIX e XX nos países protagonistas da Revolução Industrial

(24) ALEXY, Robert. Trad.: VALDÉS. Ernesto Garzón. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

(25) DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978; DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Bellknap Harvard, 1986.

e de sua importância para o advento das legislações de proteção dos operários, ressaltando, nesse contexto, a particular relevância de tais lutas para o próprio surgimento do direito fundamental à liberdade sindical como mecanismo imprescindível para o alcance da almejada equalização de forças entre os interesses obreiros e patronais.

Em seguida, serão abordados os eventos decisivos ocorridos no âmbito internacional que culminaram com a estruturação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e com a edição de sucessivos documentos internacionais voltados para a garantia dos aspectos individuais e coletivos do direito à liberdade sindical e para o fomento à negociação coletiva.

Após isto, a abordagem se voltará para o âmbito doméstico e passará a analisar as vicissitudes históricas que plasmaram o tardio delineamento da liberdade sindical no ordenamento jurídico pátrio e que culminaram com o paradoxal regime jurídico insculpido no art. 8º da Constituição Federal, no qual estruturas corporativistas e restritivas convivem com traços democráticos elementares dos aspectos individuais e coletivos do franco associativismo.

Por derradeiro, o segundo capítulo procurará consolidar, com respaldo na narrativa dos sobreditos eventos, um esboço histórico dos aspectos individuais e coletivos a integrarem, atualmente, o direito fundamental à liberdade sindical, sem olvidar, todavia, que tal definição não deve ser vista como um dado certo e acabado, haja vista a própria dinâmica da história, que impõe, naturalmente, a superveniência de novos eventos no plano fático aptos a lhe alterar o sentido e a lhe impor a redefinição de seus contornos.

Uma vez delineados em termos gerais os aspectos individuais e coletivos do direito fundamental à liberdade sindical, o Capítulo 3 avançará na análise em torno do conteúdo histórico-institucional da referida garantia, para demonstrar, particularmente, que a evolução do franco-associativismo agregou ao seu escopo tutelar os representantes dos trabalhadores nos locais de trabalho e suas respectivas estruturas organizativas, sejam de origem sindical ou extrassindical.

Verificar-se-á, mais precisamente, que a criação dos núcleos sindicais nas empresas e das representações dos trabalhadores nos locais de trabalho veio suprir uma deficiência histórica inerente à atuação dos sindicatos obreiros, na medida em que estes últimos limitavam-se, tradicionalmente, a defender as reivindicações mais genéricas de suas categorias profissionais, tais como jornada máxima, piso salarial, descanso semanal remunerado, entre outras, sem atentar para as peculiaridades das condições de labor presentes em cada um dos estabelecimentos empresariais.

Nesse sentido, será constatado ao longo do capítulo que a criação das sobreditas estruturas em paralelo aos sindicatos demandou a extensão do âmbito de proteção do princípio da liberdade sindical em direção aos órgãos sindicais constituídos no interior dos estabelecimentos patronais (vg: delegacias e seções sindicais) e às representações extrassindicais dos trabalhadores nas empresas (vg: comitês de empresa e comissões de fábrica).

Serão abordados, portanto, os aspectos históricos inerentes a tal ampliação do direito à liberdade sindical, destacando as vicissitudes que plasmaram a criação das estruturas sindicais intraempresariais e das representações dos trabalhadores e os mecanismos que surgiram no direito comparado e internacional para garantir-lhes a livre atuação e para assegurar a seus integrantes o direito à filiação e à desfiliação.

Em complemento a tal abordagem, o capítulo procurará delinear os limites e possibilidades inerentes à representação sindical e extrassindical dos trabalhadores na empresa no ordenamento jurídico pátrio, com especial destaque para a vinculação indissociável e histórica existente entre o referido instituto e a liberdade sindical.

E assim, após a formulação dos três primeiros capítulos, será possível constatar que o conteúdo histórico-institucional da liberdade sindical consagrado no direito comparado, nos

mais diversos tratados internacionais e no ordenamento jurídico pátrio, por mais complexa que tenha sido sua evolução, aponta inequivocamente para o resguardo das faculdades de criação, filiação, desfiliação e atuação sindical, que terão por titulares não só os trabalhadores e os representantes obreiros nos locais de trabalho, como também as respectivas entidades e núcleos por eles constituídos.

Formuladas tais premissas, o trabalho avançará, no Capítulo 4, para a análise dos atos antissindicais e antirrepresentativos propriamente ditos e de sua dogmática. Para tanto, será compreendida uma narrativa histórica da coibição às referidas práticas nos países mais relevantes para o tema e no ordenamento emanado da Organização Internacional do Trabalho. Paralelamente a isto, proceder-se-á à descrição dos principais aspectos inerentes àquelas condutas contrárias ao franco associativismo, tais como o âmbito subjetivo de proteção, o rol exemplificativo de modalidades, os mecanismos de tutela consagrados no direito comparado e as figuras análogas.

Procurar-se-á reforçar, ao longo de todo o Capítulo 4 e, em especial, quando de seu fecho, a constatação de que a coibição à prática dos atos antissindicais e dos atos antirrepresentativos constitui um consectário natural do direito à liberdade sindical e que, por tal razão, não se pode falar no reconhecimento jurídico deste último e de seus aspectos individuais e coletivos por um dado sistema jurídico sem que se promova a prevenção e a reversão daquelas medidas discriminatórias.

Com tal noção em mente, o Capítulo 4 prosseguirá no sentido de descrever o tratamento conferido pelo ordenamento jurídico pátrio à temática dos atos antissindicais e antirrepresentativos, destacando, nesse particular, o anacronismo e as deficiências presentes nas normas domésticas editadas sobre a matéria, bem como a postura restritiva adotada pela jurisprudência quando da aplicação em concreto de tais dispositivos.

Demonstrar-se-á, mais precisamente, que a repressão e a reversão dos atos antissindicais praticados em território nacional, apesar de ter logrado alguns avanços ainda tímidos, vêm encontrando obstáculo não só nos dispositivos domésticos restritivos e ultrapassados a respeito da matéria, representados pelo art. 543, §§ 3º e 6º da CLT e pelo art. 199 do Código Penal, como também na concepção positivista a propalar a carência de autoaplicabilidade do princípio da liberdade sindical e de seus aspectos individuais e coletivos delineados no art. 8º da Carta Magna.

Dando sequência a tal análise crítica, o Capítulo 4 procurará demonstrar que a despeito das limitações imputadas à legislação nacional pertinente ao tema, o ordenamento jurídico brasileiro possui mecanismos aptos a coibir e a reprimir a prática de atos antissindicais, representados não só pelas Convenções ns. 98 e 135 da OIT, ratificadas em 1952 e 1991, respectivamente, como também pela Lei n. 9.029, de 13.4.1995, pelos arts. 187 e 422 do Código Civil e, afinal, pela própria Constituição Federal, na parte em que estabelece as diretrizes sociais voltadas para a conformação da ordem econômica.

Uma vez esboçado o conteúdo histórico-institucional do direito à liberdade sindical e constatada a existência, no ordenamento jurídico pátrio, de mecanismos aptos a promover a repressão e a reversão dos atos antissindicais e antirrepresentativos, o Capítulo 5 retomará as premissas fixadas no capítulo inaugural para averiguar em que medida a liberdade sindical e os dispositivos que a consagram vinculam os intérpretes na resolução dos casos concretos a envolverem condutas discriminatórias praticadas contra os titulares da referida garantia.

Nesse sentido, o Capítulo 5 buscará delimitar o conteúdo histórico-institucional do direito à liberdade sindical, de modo a estabelecer, objetivamente, em que medida os agentes públicos a encamparem os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo se encontram vinculados àquelas pautas e qual é o escopo tutelar que emana delas (ou seja, *do que* a garantia em referência protege seus titulares e *em que situações* podem estes últimos invocá-la).

Ao cabo dos cinco capítulos, espera-se que o estudo a ser empreendido possa bem exprimir a convicção de que o direito fundamental à liberdade sindical, a integrar o ordenamento jurídico pátrio, não é uma mera recomendação programática ao legislador para a edição de diplomas complementares e tampouco um *mandato de otimização* — ou uma *norma de peso variável* — passível de sofrer a influência de concepções subjetivas do intérprete/aplicador, mas sim um princípio dotado de rico conteúdo histórico-institucional a lhe conferir força normativa.

1. A Força Normativa dos Princípios Consagradores de Direitos Fundamentais

A ideia a fundamentar as teses a serem formuladas nos capítulos subsequentes pode ser sintetizada da seguinte forma: o direito à liberdade sindical consagra uma instituição jurídica dotada de um conteúdo histórico-institucional, resultante de uma evolução que lhe é peculiar e que servirá, nos casos concretos, como medida de coerência e como prumo para sua aplicação, nisso residindo, exatamente, a sua força normativa.

A fim de justificar a opção por tal entendimento acerca da força normativa dos princípios consagradores de direitos fundamentais e, mais especificamente, da liberdade sindical, em detrimento das outras concepções em voga, faz-se necessário percorrer, ainda que em largas passadas, a trilha conceitual que a Filosofia do Direito e o próprio Direito Constitucional desbravaram nos séculos XIX e XX para a definição do conteúdo das normas a consagrarem as linhas mestras dos ordenamentos jurídicos hodiernos.

O caminho a ser percorrido compreende, em apertada síntese, a análise do ideário positivista que tem por pretensão distinguir o direito das formulações morais de modo a conferir cientificidade àquele primeiro, seguido pela descrição das duas grandes vertentes do chamado *neoconstitucionalismo*, quais sejam, as concepções *axiológica* e *deontológica* a permearem a definição dos direitos fundamentais, de seu conteúdo e dos limites e possibilidades da atividade interpretativa a ser exercida em relação a eles.

Tal análise tem por escopo aferir os motivos pelos quais se optou pela escolha do marco teórico acima delimitado em detrimento das concepções concorrentes que, apesar de descartadas ao longo dos capítulos subsequentes, encontram ampla repercussão nos meios acadêmicos e forenses.

1.1. A concepção positivista clássica dos princípios e dos direitos fundamentais

O positivismo jurídico, aqui compreendido como uma concepção descritiva do Direito, surgiu no contexto do iluminismo e do ideário racionalista a caracterizar a passagem do século XVIII para o século XIX. Seu advento teve por base a noção de que o labor científico destinado a desvelar a *natureza do homem* seria capaz de produzir um Direito simples, universal e imutável que, por isso mesmo, poderia ser codificado e aplicado mecanicamente às situações fáticas.⁽²⁶⁾

(26) Nas palavras de Norberto Bobbio: “A ideia de codificação é fruto da cultura racionalista, e se aí pode se tornar realidade, é precisamente porque as ideias iluministas se encarnaram em forças histórico-políticas, dando lugar à Revolução Francesa. E, de fato, propriamente durante o desenrolar da Revolução Francesa (entre 1790 e 1800) que a ideia de codificar o direito adquire consistência política.

Este projeto nasce da convicção de que possa existir um *legislador universal* (isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares) e da exigência de realizar um *direito simples e unitário*. A *simplicidade* e a *unidade* do direito é o *Leitmotiv*, a ideia de fundo, que guia os juristas que nesse período se batem pela codificação.

(...)

Uma vez desvelado e codificado, o Direito Positivo adquiriria a pretensão de neutralidade axiológica, de modo a não se confundir com as concepções valorativas configuradoras das ideias morais ou o *Direito Natural* de cariz kantiano. Por isso mesmo, todos os casos concretos a serem solucionados pelo Direito Positivo deveriam encontrar nele próprio suas respostas nisso consistindo, exatamente, o dogma da *completude*.⁽²⁷⁾

Paralelamente a isto, o positivismo jurídico confere grande importância à origem formal do Direito Positivo, de modo a erigi-la como fundamento próprio para sua legitimidade sistêmica. Nesse sentido, se o legislador é a fonte criadora do Direito, ao juiz não caberia outra função senão aplicar mecanicamente a norma ao caso concreto, sem recorrer a concepções valorativas respaldadas na moral, sob pena de vulneração à própria segurança jurídica.⁽²⁸⁾

Ora, a concepção racionalista considerava a multiplicidade e a complicação do direito um fruto do arbítrio da história. As velhas leis deviam, portanto, ser substituídas por um direito simples e unitário, que seria ditado pela ciência da legislação, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem. Os iluministas estavam, de fato, convencidos de que o direito histórico, constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrarias, era apenas uma espécie de direito ‘fenomênico’ e que além dele, fundado na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana, existia o verdadeiro direito. Pois bem, a natureza profunda, a essência verdadeira da realidade, é simples e suas leis são harmônica e unitariamente coligadas; por isto, também o direito, verdadeiro direito fundado na natureza, podia e devia ser simples e unitário.” BOBBIO, Norberto. Trad.: PUGLIESI, Márcio. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 64-65.

(27) Segundo pontua Hans Kelsen, o Direito Positivo, na condição de objeto da ciência do Direito, distinguir-se-ia da Justiça, na medida em que esta última seria um conceito estritamente moral e, portanto, indiferente para a ciência jurídica: “Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe *uma única* Moral válida — que é, portanto, *absoluta* — da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de *a* Moral.

(...)

É de per si evidente que uma Moral simplesmente relativa não pode desempenhar a função, que consciente ou inconscientemente lhe é exigida, de fornecer uma medida ou um padrão absoluto para a valoração de uma ordem jurídica positiva. Uma tal medida também não pode ser encontrada pela via do conhecimento científico.

(...)

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação — menos evidente — de que são as normas jurídicas o objecto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou — por outras palavras — na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objecto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objecto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. A ciência jurídica procura apreender o seu objecto «juridicamente», isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.” KELSEN, Hans. Trad.: MACHADO, João Baptista. *Teoria pura do direito*. Volume I. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962. p. 127-136.

(28) Segundo Norberto Bobbio:

“[A] doutrina da separação dos poderes (...) constitui o fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno (fundada na distribuição das competências, portanto na atribuição das três funções fundamentais do Estado — a legislativa, a executiva e a judiciária — a três órgãos constitucionais distintos). Com base nesta teoria, o juiz não podia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera de competência do poder legislativo, mas devia, de acordo com a imagem de Montesquieu, ser somente a boca através da qual fala a lei.

(...)

Um outro fator de natureza também ideológica é representado pelo princípio da certeza do direito segundo o qual os associados podem ter do direito um critério seguro de conduta somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as consequências de seu comportamento. Ora, a certeza só é garantida quando existe um corpo estável de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nele contidas e não em outros critérios. Caso contrário, a decisão se torna arbitrária e o cidadão não pode mais prever com segurança as consequências das próprias ações. (...) A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei.” BOBBIO, Norberto. Trad.: PUGLIESI, Márcio. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 79-81.

A propósito, tamanha é a importância da origem formal das normas para o positivismo jurídico que seus principais teóricos a erigiram com o principal fundamento científico de todo o sistema sendo ela, ao fim e ao cabo, o fundamento próprio dos preceitos vigentes em um determinado Estado. Assim, a legitimidade de tais preceitos decorre de uma cadeia sucessiva de fontes que culmina com a chamada *norma fundamental* que não é simplesmente posta por uma dada autoridade, mas sim *pressuposta* em relação a esta última, de onde todo o ordenamento retira sua validade.⁽²⁹⁾

Toda essa estrutura complexa engendrada pelos teóricos do positivismo teve por único e deliberado intento o de conferir ao Direito um caráter de ciência, a ter um objeto e uma metodologia próprios — quais sejam, o Direito e a interpretação jurídica —, evitando-se, desse modo, o recurso a concepções valorativas e a elementos próprios da ética, da filosofia e da sociologia. Nesse diapasão, as normas positivas seriam, por excelência, o objeto de estudo da ciência do Direito.

Em que pese, todavia, o intento histórico do positivismo no sentido de expurgar as concepções valorativas do Direito, nunca foi possível para seus teóricos concretizar tal pretensão por completo. O máximo que as teorias positivistas lograram conceber em contrapartida a tal constatação fez-se representado pelo intento de harmonizar as normas axiológicas emanadas da moral com o caráter pretensamente científico do sistema jurídico, de modo que este último pudesse legitimamente recorrer àquelas primeiras sem comprometer sua pretensa racionalidade.⁽³⁰⁾

(29) Nas palavras do próprio Kelsen: “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, norma inferior.

(...)

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas, a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de sua validade já não pode mais ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).

(...)

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma orde, normativa. A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum.” KELSEN, Hans. Trad.: MACHADO, João Baptista. *Teoria pura do direito*. Volume II. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962. p. 1-4.

(30) As conclusões empreendidas por Francesco Ferrara já na década de 1930 a respeito do trabalho analítico do intérprete quando da aplicação das normas é bem ilustrativa de tal formulação:

“O direito é também uma ciência, e, como toda a ciência, pressupõe que a sua matéria seja transformada em conceitos e que estes conceitos sejam compostos em unidade sistemática. O direito deve ser organizado para se simplificar o seu conteúdo, dando-lhe expressão mais adequada e precisa. Assim se torna mais fácil compreender e senhorear o material e se chega a entender o pensamento jurídico.

Ora, o conjunto dos meios e processos que servem para tal objectivo constituem o *método jurídico*.

(...)

A actividade do intérprete tendente a apurar o conteúdo da lei e a desenvolvê-lo e completa-lo, bem como a elaboração científica, têm por último fim a *aplicação*. Porque o direito vive para se realizar, e a sua realização consiste nem mais nem menos que na aplicação aos casos concretos. O conhecimento do direito visa este objectivo prático — a decisão dos casos jurídicos.

Mas aqui se nos depara outro aspecto da actividade do jurista — a *arte da decisão*. O juiz terá de adaptar a norma abstracta à situação de facto, terá de sotopor o caso controverso aos princípios exactos que o governam, de escolher, isto é, que princípios são de aplicar na hipótese (*atividade de subsunção*).

(...)

A actividade judiciária, porém, não se reduz ao trabalho de subsunção dos factos à norma de direito. Apertar nestes limites a função do juiz, é concepção falsa e estreita. Pois o juiz não é um autómato de decisões; é um homem pensante, inteligente, e partícipe de todas as ideias e conhecimentos que formam o património intelectual e a experiência do seu tempo.

Para tanto, os teóricos positivistas elaboraram um complexo estratagema que concebia a generalidade das diretrizes axiológicas como *princípios gerais do direito*. Tal conjunto, amplo e heterogêneo por sua própria natureza, abrangia, segundo tal concepção, todos os vetores valorativos de origem externa ao direito objetivo que eventualmente poderiam vir a ser invocados nas atividades de interpretação e de aplicação deste último, bem como na resolução de casos concretos hipoteticamente não abrangidos pelo arcabouço normativo.⁽³¹⁾

Ainda segundo a concepção em apreço, a aplicabilidade dos chamados *princípios gerais de direito* aos casos concretos estaria condicionada (i) à inexistência de regras legais especificamente voltadas para a resolução da hipótese, (ii) à inexistência de normas a serem aplicadas à espécie por intermédio do recurso à analogia e, principalmente, (iii) à existência em abstrato, no ordenamento, de uma norma a permitir o recurso a tais *princípios* valorativos por parte do Juiz. Com isto, o positivismo legitimava a atividade criadora do intérprete sem comprometer a validade científica do sistema.⁽³²⁾

Na prática, tal solução encontrada pelo positivismo jurídico acabou por viabilizar e por legitimar a discricionariedade judicial na resolução dos casos concretos, especialmente quando as normas positivadas não conferiam aos aplicadores a única solução possível a ser obtida por intermédio da singela subsunção. Não por outra razão, Kelsen, ao discorrer sobre o tema na segunda edição de sua Teoria Pura do Direito, salienta que o Direito, ante tais situações, admite uma pluralidade de respostas a serem conferidas em concreto pelos distintos juízes que, em tais casos, são legitimados pelo próprio Direito Positivo a recorrer àqueles *princípios gerais do direito*, à *equidade* e às orientações emanadas dos costumes de modo a produzir verdadeiras normas jurídicas inovadoras fundadas em uma *interpretação autêntica*.⁽³³⁾

Ao julgar, portanto, o juiz utiliza, e deve utilizar, conhecimentos extra-jurídicos que constituem elementos ou pressupostos do raciocínio. Verdades naturais ou matemáticas, princípios psicológicos, regras do comércio ou da vida social, compõem um acervo inesgotável de noções do saber humano, de que o juiz todos os dias se serve no desenvolvimento da sua actividade. Tais são os *princípios de experiência*, definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, ganhos por observação de casos particulares, mas elevados a princípios autônomos com validade para o futuro. Estes princípios pode o indivíduo obtê-los directamente por indução dos factos; muitas vezes, porém, constituem um material adquirido de ideias, património comum da generalidade ou pelo menos de certos círculos de pessoas.

Algumas vezes é a lei mesma que apela para os conhecimentos do juiz, quando nas suas disposições não determina com precisão o estado de facto, mas remete para factores sociais, v.g, para os bons costumes, para os usos locais, para a boa-fé do comércio: aqui deve valer como direito o que o juiz, pelo seu conhecimento das relações da vida, considerar normal e típico naquela série de fenómenos." FERRARA, Francesco. Trad.: ANDRADE, Manuel A. D. *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Arménio Amado, 1933. p. 80-97.

(31) A propósito, Josef Esser advertiu em sua clássica obra sobre o tema que: "Basta una observación superficial para percatarse de que es muy heterogéneo el conjunto de cuestiones que incluimos entre los principios generales del derecho: 'consideraciones' de la jurisprudencia y axiomas y máximas propuestos por la doctrina. Se encontrarán, en efecto, principios didáticos y constructivos, ideas dominantes en un sistema jurídico nacional y principios abstractos en que se inspira una institución universal, principios que se derivan como *ratio* de los fundamentos vigentes del derecho, y otros que han sido introducidos por la tradición, unos que han sido propuestos por la practica jurisprudencial y otros que la estructura política ha proclamado obligatorios, principios materiales y principios heurísticos o técnicos de la aplicación del derecho, y finalmente principios generales superiores que por definición informan 'todo derecho'. De todo ello se deduce una idea muy clara: no es posible dar una contestación unitaria a la pregunta acerca de la naturaleza de estos principios." ESSER, Josef. Trad.: FIOL, Eduardo Valentí. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch, 1961. p. 4-5.

(32) A concepção de Rubens Limongi França acerca da matéria bem ilustra tal visão acerca dos chamados princípios gerais de Direito: "Os Princípios Gerais do Direito só podem ser invocados como regra normativa, à falta de Lei, quer específica, quer reguladora de matéria análoga; bem assim quando a questão não se possa resolver de acordo com os Usos e Costumes." FRANÇA, Rubens Limongi. *Princípios gerais de Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 185.

(33) Nas palavras de Kelsen: "Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o acto a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.

Em sentido bastante próximo, H.L.A Hart — outro grande expoente do positivismo jurídico do século XX —, ao analisar os chamados *casos difíceis* — assim compreendidos aqueles que não podem ser resolvidos através da mera subsunção da hipótese fática a uma norma escrita — preconiza que o ordenamento jurídico admite a formulação de uma variedade de soluções corretas a serem engendradas pelos aplicadores em tais situações com fundamento, justamente, na discricionariedade a eles facultada pelo ordenamento jurídico quando da resolução de tais controvérsias.⁽³⁴⁾

Da síntese ora formulada a respeito dos principais cânones do positivismo jurídico, já é possível aferir que sob tal concepção os princípios a consagrarem, na atualidade, os direitos fundamentais que veiculam as diretrizes nucleares das modernas constituições democráticas, seriam meras orientações valorativas sem caráter vinculante, cuja aplicação aos casos concretos dependeria de autorização legislativa a ser suprida pela discricionariedade do intérprete/aplicador.⁽³⁵⁾

Para o positivismo jurídico em sua versão clássica, aliás, a própria constituição não detinha o protagonismo que possui nos dias de hoje, de modo que sua principal função era a de

Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do acto jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o acto. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito Positivo.

Se queremos caracterizar, não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um acto de vontade em que o órgão aplicador do Direito efectua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este acto, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um acto de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.

Através deste acto de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica.

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito.” KELSEN, Hans. Trad.: MACHADO, João Baptista. Teoria pura do direito. Volume II. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962. p. 293-294.

(34) Segundo Hart: “As leis devem ser interpretadas para que possam ser aplicadas a casos concretos, e, uma vez que um estudo realista tenha dissipado os mitos que obscurecem a natureza dos processos judiciais, torna-se claro que (...) a textura aberta do direito oferece um vasto campo para a atividade criadora que, no entender de alguns, é uma atividade ‘legislativa’. Ao interpretar as leis ou os precedentes, os juízes não têm à sua disposição somente as alternativas da escolha cega e arbitrária ou da dedução ‘mecânica’ a partir de normas de significado predeterminado. (...) A decisão judicial, especialmente em assuntos de grande importância constitucional, muitas vezes envolve uma escolha entre valores morais e não a simples aplicação de um único princípio moral importante, pois é loucura acreditar que, onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma resposta clara a oferecer. Mesmo nesse caso, os juízes podem, mais uma vez, fazer uma escolha que não é nem arbitrária nem mecânica; e nisto frequentemente exibem certas virtudes judiciais características, cujo caráter especialmente apropriado à decisão judicial explica por que alguns relutam em chamar essa atividade judicial de ‘legislativa’. Essas virtudes são: a imparcialidade e a neutralidade ao analisar alternativas; a consideração pelos interesses de todos os afetados; e a preocupação de oferecer algum princípio geral aceitável como base racionalmente ponderada para a decisão. Não há dúvida de que, devido a que sempre pode haver um grande número desses princípios, não é possível demonstrar que uma decisão é a única correta; mas esta se torna aceitável como o produto ponderado da decisão imparcial informada pelos fatos. Em tudo isso encontramos a ‘ponderação’ e o ‘equilíbrio’ que caracterizam o esforço de fazer justiça entre interesses concorrentes.” HART, H.L.A. Trad.: SETTE-CÂMARA, Antônio de Oliveira. O conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 264-265.

(35) Sobre a conceituação positivista dos princípios, Daniel Sarmiento assevera que: “O positivismo não renegava completamente os princípios. No entanto, atribuía a eles uma função meramente subsidiária e supletiva da ordem jurídica. O tema dos princípios era discutido sobretudo no âmbito do Direito Privado, onde eles surgiam como princípios gerais de Direito. Neste contexto, não se lhes reconhecia o caráter de norma jurídica, mas de meio de integração do Direito, cuja utilização caberia apenas nas hipóteses de lacuna.

(...)

No campo do Direito Constitucional, a doutrina positivista inseria os princípios no universo das normas constitucionais não auto-aplicáveis, desvestidas de valor jurídico.” SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 81.

servir de repositório para as regras organizadoras das estruturas do Estado e das competências das autoridades. Nesse último aspecto, as constituições acabavam por conferir à lei (essa sim, a figura central para o positivismo jurídico) a legitimidade formal para a regulação dos principais aspectos da vida social e por atribuir às autoridades, em última instância, a prerrogativa de decidir discricionariamente um *caso difícil*.⁽³⁶⁾

Sob tal concepção, o máximo que se poderia conferir de força normativa às normas constitucionais definidoras de direitos era, no caso das liberdades individuais clássicas, a potestade de obstar a ação do legislador quando esta última tolhia de maneira incisiva garantias como a propriedade, a intimidade, a iniciativa privada etc. e, no caso das normas ditas *programáticas*, a de condicionar a futura atuação legislativa à observância de suas diretrizes gerais, vedando-se sua aplicação direta haja vista, justamente, sua pretensa carência de densidade normativa.⁽³⁷⁾

O papel supletivo, ou secundário, conferido aos princípios consagradores de direitos fundamentais e, principalmente, a legitimidade atribuída à atuação discricionária do intérprete diante do *silêncio da norma* e dos *casos difíceis* sempre constituíram um dos principais pontos fracos a comprometer a estrutura pretensamente científica atribuída ao Direito pelo positivismo.

De fato, ao se atribuir ao intérprete/aplicador a legitimidade para conferir aos *casos difíceis* uma solução discricionária, ainda que pretensamente fundada em juízos de *equidade*, abre-se a porta do Direito para o arbítrio pessoal da autoridade de ocasião. Subverte-se, assim, a própria racionalidade sistêmica arquitetada pelo positivismo jurídico, na medida em que as almejadas *segurança jurídica e certeza do direito* pretensamente asseguradas pela lógica da subsunção

(36) A propósito, Giorgio Bongiovanni destaca que: “A teoria positivista sempre conferiu pouca atenção à constituição. Ela construiu, de fato, uma concepção do Direito baseada primordialmente no papel central desempenhado pela lei. Esta ideia não decorre, obviamente, de uma visão oitocentista e estatalista da lei, mas emerge, em particular, da concepção da constituição como norma primordialmente ‘procedimental’. Pode-se dizer que o positivismo considera a constituição como simples instrumento de organização das competências. A partir de uma determinada interpretação de Kelsen e até mesmo de Hart, a constituição não assume uma dimensão ‘substancial’, senão apenas ‘formal’, inscrita no âmbito das normas ‘secundárias’ (de reconhecimento e de competência), ou seja, aquelas ‘normas que conferem poderes limitados ou ilimitados a certas pessoas autorizadas em um dado momento a legislarem segundo procedimentos determinados’. Nessa perspectiva, os vínculos a que o Poder Legislativo se encontra submetido não são do tipo substancial, mas são derivados do fato de que a norma constitucional, ‘para além de designar as pessoas legitimadas a legislar, pode definir em termos mais ou menos rígidos os procedimentos a serem seguidos na tarefa legislativa’ (...)”

Nesse contexto, a lei emana como a fonte primordial do Direito e o papel da constituição e as possibilidades de um desenvolvimento do Direito a partir de seus preceitos são amplamente reduzidas.”

No original: “La riflessione positivista ha mostrato scarsa attenzione per il problema dell’analisi della costituzione. Essa ha, infatti, costruito una visione del diritto basata prevalentemente sul ruolo centrale della legge. Questa idea non è legata, ovviamente, a una visione ottocentesca e statalista della legge, ma emerge, in particolare, in relazione alla visione della costituzione quale norma primariamente «procedurale.» Si può dire che il positivismo considera la costituzione quale semplice strumento di organizzazione delle competenze. A partire da una determinata interpretazione di Kelsen, e fino ad Hart, la costituzione non assume una dimensione «sostanziale» ma solo «formale»: essa viene vista nell’ambito delle norme «secondarie» (di riconoscimento e di mutamento), cioè quale «norma che conferisce poteri, che possono essere limitati o illimitati, a persone autorizzate in un dato momento a legiferare seguendo un certo procedimento.» In questa prospettiva, i vincoli al potere legislativo non sono di tipo sostanziale, ma sono legati al fatto che la norma costituzionale «oltre a designare le persone legittimate a legiferare, può definire in termini più o meno rigidi i procedimenti da seguire nella legislazione.»

(...)

In questo quadro, la legge rimane la fonte preminente del diritto e il ruolo della costituzione e la possibilità di uno sviluppo del diritto che si svolga sulla sua base appaiono ampiamente ridotti.” BONGIOVANNI, Giorgio. *Costituzionalismo e teoria del diritto*. 13. ed. Roma: Laterza, 2005. p. 47-48.

(37) Segundo a clássica definição de José Afonso da Silva, as normas constitucionais programáticas seriam: “Aqueles normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 138.

dos fatos à norma, são substituídas por posições pessoais das autoridades legitimadas por sua origem, e não por seu conteúdo.⁽³⁸⁾

Diante de tal abertura para o arbítrio — que se mostrou tragicamente factível nos episódios que antecederam à Segunda Guerra Mundial e se sucederam no seu desenrolar, especialmente na Alemanha nazista — era natural que os teóricos do Direito buscassem concepções alternativas ao positivismo jurídico, principalmente com vistas a possibilitar a integração dos princípios de ordem moral aos ordenamentos e a erigi-los como efetivos parâmetros de controle das autoridades.

Apenas com o advento das constituições dirigentes a partir do segundo pós-guerra, os princípios — aqui compreendidos como as pautas axiológicas a nortearem a organização da sociedade em todos os seus aspectos — passaram a ocupar um papel central nos ordenamentos jurídicos. Com isto, passou-se do *Estado de Direito*, em que a lei em sentido estrito possuía o protagonismo na definição dos direitos e deveres, para o *Estado Constitucional de Direito*, no qual a atuação das autoridades não é mais apenas limitada formalmente pelas regras repartidoras de poderes e competências, mas sim jungida àquelas diretrizes que lhes impõem parâmetros substantivos de ação.⁽³⁹⁾

(38) *Vide*, nesse sentido, as observações críticas formuladas por Menelick de Carvalho Netto e por Guilherme Scotti às posições de Kelsen e Hart transcritas alhures:

“O reconhecimento de Kelsen de que não há nada a fazer se a autoridade encarregada de aplicar o direito não se deixa submeter à moldura das interpretações possíveis descrita pela Ciência do Direito equivale, na verdade, à aceitação da possibilidade de arbítrio da autoridade aplicadora como algo inafastável e incontrolável.

A contribuição que se buscara alcançar com a *Teoria Pura do direito*, expressa em seu último capítulo, perde-se agora de seu propósito original. O sentido do texto normativo, ou seja, a norma, será aquela que a autoridade afirma ser. A segurança jurídica termina por não ser crível, nem mesmo no âmbito do regulado pelas regras jurídicas expressamente positivadas.

O positivismo jurídico de Hart concebe os *hard cases* como casos que não podem ser solucionados com recurso a uma regra jurídica suficientemente clara, cabendo portanto ao juiz fazer uso de sua discricionariedade para decidir. Ao fazê-lo uma nova regra estaria sendo criada e aplicada retroativamente, por mais que o juiz se esforçasse para dar a entender que estaria simplesmente aplicando um direito pré-existente, tentando assim salvaguardar a ficção da segurança jurídica. (...)

A teoria positivista da interpretação, ao igualar em essência as tarefas legislativa e judicial, especialmente diante de *hard cases*, nivela as distintas lógicas subjacentes, causando uma profunda confusão entre argumentos, cuja distinção é cara a toda estrutura política das sociedades modernas: *argumentos de política* e *argumentos de princípio*. Os primeiros se referem à persecução de *objetivos e bens coletivos* considerados relevantes para o bem-estar de toda a comunidade, passíveis de transações e compromissos, enquanto os segundos fundamentam decisões que resguardam *direitos* de indivíduos ou grupos, possuindo assim um papel de garantia *contramajoritária*.” CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 52-55.

(39) Sobre o constitucionalismo democrático em questão, Peter Häberle assevera que: “Las constituciones democráticas, tal como se han implantado tanto en el mundo libre (...) como en el espacio planetario, al menos desde el ‘*annus mirabilis*’ de 1989 (...) se compone de elementos ideales y reales — referentes al Estado y a la sociedad —, los cuales no se han alcanzado al mismo tiempo practicamente em ningún Estado constitucional, pero que apuntan tanto a una situación óptima de lo que debe ser como a una situación posible de lo que es.

Tales elementos son: la dignidad humana como premisa, realizada a partir de la cultura de un Pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese Pueblo, que encuentra su identidad en tradiciones y experiencias históricas y sus esperanzas en los deseos y la voluntad creadora hacia el futuro; el principio de la soberanía popular, pero entendida no como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato, en cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores; en principio de la división de poderes tanto en sentido estricto, relativo al Estado, como en el sentido amplio del pluralismo, los principios del Estado de derecho y el Estado social, lo mismo que el principio del Estado de cultura (*‘Kulturstaat’*) abierto; las garantías de los derechos fundamentales; la independencia de la jurisdicción etcétera. Todo esto se incorpora en una democracia ciudadana constituida por el principio del pluralismo.

Esta descripción esquemática pretende poner en claro que este tipo, en sus elementos centrales, es una conquista cultural de la civilización occidental.” HÄBERLE, Peter. Trad.: FIX-FIERRO, Héctor. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 81-82.

1.2. As concepções neoconstitucionalistas dos Direitos Fundamentais

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e com o desvelamento das atrocidades cometidas pelos nazistas sob o pretexto do cumprimento de ordens superiores — tal como assumido no Tribunal de Nuremberg por Ernst Kaltenbrunner, ex-comandante dos campos de extermínio — restou claro que os sistemas jurídicos não poderiam prescindir dos valores, por mais fluidos que fossem seus conceitos e que o positivismo, plasmado na pretensa pureza do sistema jurídico, objeto da *Ciência do Direito*, não era capaz de conter o arbítrio das decisões emanadas daquelas autoridades formalmente legitimadas pelo arcabouço normativo.

De fato, o positivismo jurídico, na condição de sistema que extraía da origem formal a legitimidade de seus elementos conceituais, acabava por validar, ao fim e ao cabo, toda e qualquer ordem instituída, independentemente de sua orientação axiológica. Assim, a *norma fundamental* pressuposta por Kelsen, a servir de base para todas as demais emanações estatais, bem poderia ser um pacto pré-constitucional de cariz democrático, o ato institucional de uma ditadura ou mesmo o urro delirante do *Führer* de plantão.⁽⁴⁰⁾

Por isso mesmo, a nota distintiva a caracterizar as concepções em torno do Direito engendradas a partir do Segundo Pós-Guerra foram plasmadas, em grande medida, (i) pela definição de uma pauta valorativa comum à generalidade dos povos, plasmada, em grande medida, no postulado da *dignidade humana*, (ii) pela centralidade da Constituição, a partir de agora composta também por uma larga pauta substantiva de cunho dirigente, ao lado das normas definidoras de competência, (iii) do estabelecimento de Direitos Fundamentais não só de cunho individual, mas também de cariz social e, principalmente, (iv) da abertura dos sistemas jurídicos para as pautas axiológicas.⁽⁴¹⁾

As correntes pautadas em tal concepção elaboradas a partir do Segundo Pós-Guerra, que diferiam em alguns pontos entre si mas partilhavam, no seu núcleo conceitual, dos elementos acima mencionados, foram reunidas pelos estudiosos da Filosofia do Direito e do Direito Constitucional em fins da década de 1990 sob a denominação de *neoconstitucionalismo*.⁽⁴²⁾

Assim, em apertada síntese, o *neoconstitucionalismo* caracterizaria o movimento destinado a superar o positivismo jurídico de cariz formalista e legicentrista, por intermédio da

(40) Nas palavras de Gustavo Zagrebelsky: “El positivismo jurídico, al negar la existencia de «niveles» de derecho diferentes de la voluntad recogida en la ley, se cerraba intencionalmente la posibilidad de una distinción jurídicamente relevante entre ley y justicia. Tal distinción podía valer en otro plano, el plano de la experiencia ética, pero no en el jurídico. Del mismo modo que los derechos eran lo que la ley reconocía como tales, la justicia era lo que la ley definía como tal. La relación ley-justicia se adecuaba perfectamente a la relación ley-derechos.

En una sociedad política donde la hegemonía la ostentaba una sola clase, la ley reflejaba un orden simple con el que podía identificarse enteramente, expresando su intrínseca visión de la justicia.” ZAGREBELSKY, Gustavo. Trad.: GASCÓN, Marina. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Sexta edición. Madrid: Trotta, 2005. p. 96.

(41) Sobre o contexto a plasmar o constitucionalismo no Segundo Pós-Guerra, Flávia Piovesan assevera que: “Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos. A Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas.

(...)

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. (...) Nesse contexto, desenha-se o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução.” PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 116-117.

(42) Sobre os múltiplos conceitos compreendidos na expressão “neoconstitucionalismo”, vide: CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel *et alii*. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9-12.

constitucionalização dos direitos fundamentais sob a forma de princípios cujo conteúdo seria, à primeira vista, preenchido por concepções valorativas e cuja concretização, por intermédio de uma interpretação a possibilitar-lhes a aplicação direta às mais diversas hipóteses fáticas, recairia sob os órgãos estatais sob a forma de um dever.⁽⁴³⁾

O *neoconstitucionalismo* efetivamente possibilitou uma guinada radical na compreensão dos Direitos Fundamentais e na aferição de sua força normativa. No entanto, o termo em destaque, longe de caracterizar uma única acepção, serve de denominação genérica para uma série de tendências pós-positivistas que buscam, em síntese, delimitar em que medida aqueles princípios vinculam os órgãos estatais na tarefa de promoverem sua concretização.⁽⁴⁴⁾

No presente trabalho, as principais tendências do *neoconstitucionalismo*, empunhadas por seus expoentes mais significativos, foram agrupadas em duas grandes concepções quais sejam, a *axiológica* e *deontológica*, que convergem na importância central conferida aos direitos fundamentais de cariz constitucional para a resolução dos casos concretos, mas divergem em relação às formas pelas quais os intérpretes/aplicadores a eles se vinculam e à metodologia a ser seguida nesse desiderato.

Sendo assim, na sequência do presente capítulo, procurar-se-á definir as principais notas distintivas daquelas duas concepções, bem como os motivos pelos quais far-se-á a opção em torno da visão deontológica como a mais apropriada para delimitar, mais adiante, em que medida o direito fundamental à liberdade sindical vincula os legisladores e seus intérpretes/aplicadores.

(43) Sobre as linhas gerais do *neoconstitucionalismo*, Paolo Comanducci pontua que: “El constitucionalismo ha sido fundamentalmente una ideología dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales. Tal ideología, por un lado, tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, al iusnaturalismo que por un lado, sostiene la tesis de la conexión identificatoria entre derecho y moral, y, por outro, tiene como adversário directo el positivismo ideológico.

(...)

El neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además por una constitución ‘invasora’, por la positivación de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la constitución de principios y no solo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley. Como teoría, el neoconstitucionalismo constituye por lo tanto una alternativa respecto a la teoría positivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta ya no refleje la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatalismo y el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del juspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles.

(...)

Cuando se presente (también) como una ideología, el neoconstitucionalismo tende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal — que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII e XIX —, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales.

(...)

El neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales (...) pero, más aún, subraya la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la adecuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución.” COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. In: COMANDUCCI, Paolo; AHUMADA, Ma Ángeles; LAGIER, Daniel González. Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 89-96.

(44) Cf., a propósito: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 233-236.

1.2.1. A concepção axiológica dos Direitos Fundamentais

A concepção axiológica dos Direitos Fundamentais e seu método de resolução dos *casos difíceis* — a ponderação de bens —, que foram sistematizados e amplamente divulgados nos sucessivos estudos de Robert Alexy e em suas inúmeras traduções não surgiram como criações exclusivamente acadêmicas dos teóricos contemporâneos da Filosofia do Direito. Ao revés, seu advento decorreu da prática interpretativa desempenhada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgerichts*) nas décadas que se seguiram à promulgação da chamada *Constituição de Bonn*, em 1949.⁽⁴⁵⁾

Nesse sentido, o fato da *Constituição de Bonn* ser uma típica carta dirigente do Segundo Pós-Guerra, plasmada em um contexto de superação do positivismo clássico e repleta de Direitos Fundamentais, somado ao fato de ser o Tribunal Constitucional Federal um típico órgão de cúpula judiciária destinado exclusivamente ao controle concentrado de constitucionalidade das normas inferiores, segundo a acepção formulada por Kelsen em resposta a Carl Schmitt, foram decisivos para o desenvolvimento de tal concepção.⁽⁴⁶⁾

Não obstante, a prática empreendida pelo Tribunal Constitucional Federal nas décadas subsequentes à promulgação da Constituição de 1949 foi fortemente influenciada pela obra do constitucionalista Rudolf Smend que já na década de 1920 — portanto, no momento mais proeminente do ideário positivista — havia identificado os Direitos Fundamentais catalogados na então Constituição de Weimar como o sistema de valores culturais próprios do povo alemão que legitimaria todo o direito positivo e a própria atividade estatal.⁽⁴⁷⁾

Assim, com esteio em sua configuração como corte constitucional e a partir da concepção valorativa elaborada por Rudolf Smend ainda sob a Constituição de Weimar, o Tribunal Constitucional Federal produziu, ao longo de seu funcionamento, farto material que serviu de base para a formulação de uma vasta doutrina constitucionalista a respeito do alcance dos Direitos Fundamentais no âmbito das esferas pública e privada, bem assim dos limites por eles impostos reciprocamente e da metodologia para a resolução em concreto dos conflitos de garantias dessa natureza e da própria constitucionalidade das leis.

A título exemplificativo, cita-se as decisões proferidas no caso *Lüth*, em que se discorreu sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais em relação aos particulares (*Drittwirkung*),

(45) Vide, nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 114-130.

(46) Sobre o embate entre Kelsen e Schmitt acerca do *Guardião da Constituição*, vide: SCHMITT, Carl. Trad.: CARVALHO, Gerardo de. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. KELSEN, Hans. Trad.: KRUG, Alexandre. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

(47) Segundo Smend, a textura normativa dos direitos fundamentais plasmados na Constituição de Weimar indica que: “Ou eles [os direitos fundamentais] conferem posições jurídicas colocando forte acento em um âmbito material de cultura, neles formulando aberta profissão de fé, ou iniciam frase por frase com a expressão ‘todos os alemães...’, ‘todo alemão’ etc. Nisso se expressam, inequivocamente, os dois momentos que conferem sentido à elaboração de um catálogo de direitos fundamentais: estes últimos regularão normativamente uma série de conteúdos dotados de uma certa completude, ou seja, um sistema de valores ou bens, um sistema cultural regulado como sistema nacional próprio dos alemães, que positiva valores muito genéricos de modo nacional. Desse modo, confere-se aos cidadãos daquela nação qualquer coisa como um *status* material que lhe difere materialmente como um povo em relação aos nacionais de outros Estados. Este duplo sentido de sistema cultural e de integração do povo consiste na orientação positiva dos direitos fundamentais.”

No original: “o li premettono ponendo fortemente l’accento su un ambito materiale di cultura nei confronti del quale fanno aperta professione di fede, o iniziano frase per frase con le parole: «Tutte i tedeschi...», «Ogni tedesco...» ecc. In ciò trovano inequivocabile espressione i due momenti che costituiscono il senso del contenuto di un catalogo di diritti fondamentali: quest’ultimo vuole regolare normativamente una serie di contenuti dotata di una certa compiutezza, cioè un sistema di valori o beni, un sistema culturale regolato come sistema nazionale proprio dei tedeschi, e positivizza valori più generali in forma nazionale. In tal modo, conferisce agli appartenenti di questa nazione dello Stato qualcosa come uno status materiale che li rende materialmente un popolo, tra loro e nei confronti degli altri. Questo duplice senso di sistema culturale e di integrazione del popolo è l’orientamento positivo dei diritti fondamentali.” SMEND, Rudolf. Trad.: FIORE, F; LUTHER, J. *Costituzione e diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 245.

no caso *Lebach*, em que a metódica do *sopesamento de bens* foi traçada em minúcias e o caso *das farmácias*, a ter por objeto os limites reciprocamente impostos pelos direitos fundamentais (*Schrankenschränke*).⁽⁴⁸⁾

Os elementos sistêmicos elaborados a partir do labor interpretativo do Tribunal Constitucional Federal inspiraram a prática de outras constitucionais europeias de perfil kelseniano e definiram uma concepção acerca dos Direitos Fundamentais e da generalidade dos princípios constitucionais plasmada, justamente, na compreensão das respectivas normas como valores assumidos pela Constituição cuja concretização dependeria da aplicação de uma metódica própria para tal finalidade que, por sua vez, seria legitimada pela aferição do peso de cada valor nas distintas hipóteses fáticas e pela abertura para o ingresso dos argumentos advindos dos mais diferentes atores sociais. Tais características constituem, justamente, os principais traços da visão axiológica ora analisada.⁽⁴⁹⁾

Pois bem. O principal teórico da visão axiológica em torno dos direitos fundamentais é, justamente, Robert Alexy que em seus textos dedicados à configuração e interpretação dos Direitos Fundamentais sistematizou os elementos centrais de tal concepção e influenciou uma série de outros estudiosos do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito, amalhando, inclusive, um número considerável e qualificado de adeptos no Brasil.

O ponto central da visão axiológica dos Direitos Fundamentais formulada por Alexy reside, exatamente, na distinção entre as *regras* e os *princípios*. Para ele, enquanto aquelas primeiras possuiriam um alto grau de densidade normativa, a permitir a plena subsunção dos fatos às suas previsões textuais, estes últimos caracterizar-se-iam, justamente, pelo fato de não possuírem um conteúdo pré-determinado a permitir sua aplicação automática dependendo, por isso mesmo, da atividade criativa do intérprete no sentido de definir a exata medida de tais pautas valorativas nos casos concretos de modo a concretizá-las da melhor maneira possível. Por isso mesmo, para Alexy, os princípios configurariam direitos *prima facie* ou *mandados de otimização*.⁽⁵⁰⁾

Por serem *mandados de otimização* e não regras dotadas de um conteúdo normativo pré-fixado de maneira cerrada e onivalente, os princípios – na concepção de Alexy – teriam por conteúdo pautas valorativas cuja aplicabilidade aos casos concretos estaria a depender do sopesamento com outros valores concorrentes a ser empreendido à luz das hipóteses fáticas analisadas pelo intérprete. Nisso reside, exatamente, a *dimensão de peso* a configurar a colisão

(48) ALEMANHA: BVerGE 7, 198; ALEMANHA: BVerGE 53,202 e ALEMANHA: BVerGE 7, 377.

Vide, nesse sentido: HÄBERLE, Peter. Trad.: CAMAZANO, Joaquín Brage. El Tribunal Constitucional como poder político. In: HESSE, Konrad; HÄBERLE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México: Porrúa, 2005. p. 91-123.

(49) Segundo André Rufino do Vale: “Se o neoconstitucionalismo é concebido como um conjunto de teorias que pretendem descrever o processo de constitucionalização dos sistemas jurídicos contemporâneos, seu traço distintivo não poderia ser outro que a adoção de um peculiar modelo constitucional: o denominado ‘modelo axiológico de Constituição como norma’. De acordo com esse modelo, a Constituição é marcada pela presença de princípios, especificamente de normas de direitos fundamentais que, por constituírem a positivação (expressão normativa) de valores da comunidade, são caracterizadas por seu denso conteúdo normativo de caráter material ou axiológico, que tende a influenciar todo o ordenamento jurídico e vincular a atividade pública e privada.” VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de Direitos Fundamentais. Repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23-24.

(50) Conforme aponta o próprio Alexy: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas si o no. Si una regla es válida, entonces de hacerce exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.” ALEXY, Robert. Trad.: VALDÉS, Ernesto Garzón. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 86-87.

de princípios, em contraposição à *dimensão da validade*, característica dos conflitos de regras.⁽⁵¹⁾

Desse modo, para a resolução de um conflito de regras bastaria apelar aos critérios clássicos de cronologia (*lex posterior derogat lex priori*) e de especialidade (*lex specialis derogat lex generalis*) já formulados pela doutrina positivista, o que resultaria no afastamento em absoluto de uma ou de outra norma. De outro turno, as colisões de princípios dependeriam da aferição do *peso* destes últimos nos casos concretos a serem avaliados pelo intérprete, cujo resultado, muito embora venha a definir uma dada configuração de precedência na hipótese em análise, não afetaria a validade em abstrato daquelas pautas axiológicas.

Portanto, as situações a envolverem o conflito de princípios em um dado suposto fático configurariam, para a concepção axiológica dos direitos fundamentais, os *casos difíceis* a serem resolvidos pelos intérpretes da norma jurídica. E, nesse desiderato, a aferição em concreto do *peso* dos princípios em choque e, conseqüentemente, de sua preponderância nas distintas hipóteses de incidência seria implementada por intermédio de uma metodologia especificamente elaborada para tal finalidade: a *ponderação de bens*.⁽⁵²⁾

Em termos práticos, a metódica da *ponderação de bens* seria implementada através da aplicação em cada caso do *princípio da proporcionalidade*, cuja configuração atual decorreu

(51) Segundo Alexy: "Un conflicto de reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas. (...) A diferencia de lo que sucede con el concepto de validez social o de la importancia de una norma, el concepto de validez jurídica no es graduable. Una norma vale o no vale jurídicamente. Que una regla vale y es aplicable a un caso significa que vale también su consecuencia jurídica. Cualquiera que sea la forma como se los fundamente, no puede ser el caso que valgan dos juicios concretos de deber ser reciprocamente contradictorios. Si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias reciprocamente contradictorias en el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada mediante la introducción de una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lo menos, a una de las reglas.

Con la constatación de que en caso de un conflicto de reglas, cuando no es posible la inclusión de una cláusula de excepción, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida, no se dice todavía nada acerca de cuál de ellas debe ser tratada así. El problema puede ser solucionado a través de las reglas tales como '*lex posterior derogat legi priori*' y '*lex specialis derogat legi generali*', pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto. Lo fundamental es que la decisión es una decisión acerca de la validez.

(...)

Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión (...) uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al outro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios (...) tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso." *Ibidem*, p. 88-89.

(52) Sobre a ponderação como método, Paulo Gustavo Gonet Branco assevera que: "A teoria da argumentação jurídica de Alexy (...) permite afirmar que o exercício da ponderação — método para aplicar normas-princípios — tem a sua racionalidade assegurada, justamente por ser uma expressão da argumentação jurídica. Daí Alexy asseverar que 'há um procedimento racional de ponderação' [que] é dado pela teoria dos princípios jurídicos, desdobramento da sua teoria da argumentação jurídica.

(...)

Os princípios, quando se contrapõem, não estariam exatamente em contradição, mas em tensão, que deve ser resolvida com referência ao caso que, à primeira vista, os atrai. Os princípios apresentam pesos ou importâncias diferentes para o caso analisado, mesmo que, considerados em abstrato, nenhum ostente primazia sobre o outro. O que há de se realizar é uma ponderação entre os princípios, com vistas a apurar qual o que se refere a interesse de maior monta no episódio a ser avaliado.

(...)

Alexy não crê que o sistema jurídico permita que se fale num arranjo fechado e predeterminado de princípios hierarquizados entre si. A sua é uma teoria débil de princípios, que se completa com a ponderação, segundo uma hierarquia de valores que se constrói em cada conjunto de circunstâncias considerado. Princípios e valores, para ele, são a mesma coisa, contemplando-se o caso sob o aspecto deontológico ou axiológico." BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 166-169.

do labor interpretativo implementado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão quando da aferição da validade das normas legais em face da Constituição de 1949.⁽⁵³⁾

O *princípio da proporcionalidade* funcionaria, para a tarefa da ponderação de bens, como a balança para a pesagem de cada um dos princípios em choque e, ao mesmo tempo, como o prumo para a aferição da exata medida dos limites reciprocamente impostos por cada uma das referidas pautas valorativas. Para tanto, a metódica em apreço se valeria de três juízos a serem formulados separadamente pelo intérprete/aplicador, quais sejam, a *adequação* (*Geeignetheit*), a *necessidade* (*Erforderlichkeit*) e a *proporcionalidade em sentido estrito* (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*).

O primeiro juízo (de *adequação*) demandaria do intérprete a verificação acerca da aptidão do meio adotado por uma determinada norma de concretização de Direitos Fundamentais para o alcance das finalidades por ela almejadas. Já o segundo juízo (de *necessidade*), indagaria se não seria possível o atingimento do mesmo fim mediante um meio menos gravoso para a integridade da garantia a ser limitada. E, por fim, o terceiro juízo (de *ponderação em sentido estrito*), questionaria se os benefícios da concretização implementada em uma dada situação compensaria os custos ocasionados aos demais princípios colidentes.⁽⁵⁴⁾

A resposta negativa a um ou mais desses testes autorizaria o intérprete/aplicador a invalidar a norma em confronto com a Constituição e, ao mesmo tempo, sinalizar ou até mesmo implementar em concreto uma solução alternativa que ele julgasse efetivamente adequada ao atingimento das finalidades originalmente almejadas pelo diploma sob exame, menos gravosa à garantia em questão e mais apta a assegurar, em concreto, o equilíbrio entre os princípios em choque.⁽⁵⁵⁾

Para além da formulação em abstrato de tal metódica calcada no *princípio da proporcionalidade* e em seus respectivos testes, a ponderação encontraria legitimidade na abertura conferida às entidades públicas e às organizações de representação dos mais diversos setores sociais no processo de interpretação dos direitos fundamentais, especialmente naquelas situações a envolvem o controle concentrado de constitucionalidade ou a repercussão geral de uma dada matéria.

Nisso consiste, exatamente, a tese formulada por Peter Häberle acerca da *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Sendo assim, em um contexto democrático, pautado pela presença dos Direitos Fundamentais como diretrizes para a ação do Estado e dos particulares, nada mais coerente do que abrir o processo de interpretação jurídica para as esferas da sociedade diretamente interessadas na definição do sentido e do alcance de tais garantias.⁽⁵⁶⁾

(53) BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 47-50.

(54) Segundo Alexy: "Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha; el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y esta implica aquélla. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él." ALEXY, Robert. Trad.: VALDÉS, Ernesto Garzón. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002. p. 111-112.

(55) Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes: "A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (...), que se revela mediante contrariedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins, [de modo que] a aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador." MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 248.

(56) Para Häberle: "En los procesos de la interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos

Disso se infere que para a concepção axiológica dos direitos fundamentais o labor interpretativo (e criativo) dos aplicadores naqueles *casos difíceis* estaria legitimado (i) pela aplicação de um método previamente definido para a resolução de tais questões (a ponderação calçada no *princípio da proporcionalidade*), (ii) pela argumentação dos intérpretes fundada em tal metódica e (iii) pela abertura do processo interpretativo à participação dos atores estatais e sociais diretamente interessados na definição de tais controvérsias.

Logo, um mesmo caso concreto a envolver a definição do sentido e do alcance de direitos fundamentais poderia obter dos intérpretes várias respostas tidas por corretas que extrairiam sua legitimidade, justamente, da aplicação do método da ponderação, somada à formulação de um efetivo labor argumentativo e à abertura do debate para a participação dos atores estatais e dos corpos intermediários da sociedade.⁽⁵⁷⁾

Em que pese, contudo, a rebuscada construção elaborada pelos teóricos da concepção axiológica dos direitos fundamentais em torno da *ponderação de bens* e da *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, as estruturas a sustentarem tal modelo não elidem aqueles mesmos

del Estado, todos los poderes publicos, todos los ciudadanos y los grupos. ¡No hay un número de intérpretes de la Constitución! Hasta ahora, la interpretación constitucional ha sido en exceso, de manera consciente y menos realiter, un asunto de una 'sociedad cerrada': la de los intérpretes constitucionales jurídicos y de quienes participan formalmente en el proceso constitucional; pero en la realidad es más un asunto de una sociedad abierta, es decir, la de todos los poderes publicos en tanto participen materialmente, porque la interpretación constitucional participa una y otra vez en la constitución de esta sociedad abierta y es constituida por esta. Sus criterios serán tan abiertos como pluralista sea la sociedad.

(...)

Un examen realista del surgimiento de la interpretación constitucional puede requerir un concepto de interpretación más amplio, para el cual los ciudadanos y los grupos, los órganos del Estado y la opinión pública (Öffentlichkeit) son 'fuerzas productivas de la interpretación', es decir, intérpretes de la Constitución en el sentido amplio. Estos intérpretes actúan al menos como 'intérpretes previos' (Vorinterpretieren); la responsabilidad permanece en la jurisdicción constitucional como intérprete de 'última instancia' (a reserva de la fuerza normativa de los votos de minoría). Si se quiere, se trata de la democratización de la interpretación constitucional, en la medida en que la teoría de la interpretación tenga que obtener respaldo en la teoría democrática y viceversa. No hay interpretación de la Constitución sin los ciudadanos activos y los poderes publicos citados." HÄBERLE, Peter. Trad.: FIX-FIERRO, Héctor. El Estado constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 264-265.

(57) Sobre a pretensão legitimidade racionalista e argumentativa das várias respostas corretas obtidas por intermédio da ponderação, Luís Prieto Sanchís acentua que: "La ponderación es una consecuencia de la vinculación directa y universal de los principios y derechos (...) y si bien no garantiza una y sólo una respuesta para todo problema práctico, sí nos indica qué hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia donde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (en favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien y del grado de satisfacción del bien en pugna. (...) En suma, que exista un cierto peligro de particularismo no significa que la ponderación abra las puertas a juicios basados en la intuición, el palpito o la corazonada. La ponderación se endereza a la construcción de una regla y, si nos tomamos en serio las exigencias de la argumentación, ello significa el respeto a un principio de universalización que opera como garantía última de racionalidad; al igual que ocurre siempre que carecemos de una única respuesta correcta, la universalización obliga a considerar todas las circunstancias relevantes y a justificar a la vista de ellas una solución susceptible de ser asumida en el futuro por todos y, en primer lugar, por el propio juez." SANCHÍS, Luís Prieto. Justicia constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 2003. p. 206-207.

Já para Aulis Aarnio, muito embora a metódica da ponderação de bens possa resultar no aparecimento de uma multiplicidade de respostas corretas, é possível, para o referido autor, encontrar dentre estas uma resposta *melhor* do que as outras.

Assim, para Aarnio tal resposta *melhor* mais se aproximaria do ideal à medida em que o intérprete procurasse implementar, diante de um *caso difícil*, seu princípio *regulador*, formulado na seguinte máxima:

"Cuando se trate de un caso difícil, procura alcanzar una solución y una justificación, de forma tal que la mayoría de los miembros de una comunidad jurídica que piensen de forma racional puedan aceptar tu punto de vista y tu justificación."

Ainda segundo Aarnio: "Lo que realmente necesitamos en la sociedad no es una misteriosa única respuesta correcta, sino una justificación racional de las decisiones en la medida de lo posible, y una aceptación genuína y equitativa del principio regulador en todo el razonamiento jurídico." AARNIO, Aulis. ¿Una única respuesta correcta? In: AARNIO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco. J. Bases teóricas de la interpretación jurídica. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2010. p. 44-45.

riscos de arbítrio e de protagonismo autoritário que se faziam presentes no positivismo jurídico.

De fato, apesar do pretensão rigor metodológico conferido à ponderação de bens e à fórmula da proporcionalidade, a análise da vasta jurisprudência já produzida com base em tal modelo teórico demonstra que a mensuração do *peso* dos princípios em choque num dado caso concreto depende mais das preferências pessoais e das visões de mundo dos intérpretes/aplicadores a respeito de cada um dos valores a serem sopesados do que de qualquer dado objetivo disponível.⁽⁵⁸⁾

Assim, se um dado intérprete possui maior propensão ideológica a preferir o princípio X em detrimento do princípio Y ele bem pode valer-se da metódica da *ponderação de bens* para justificar sua visão de mundo pré-definida. Em suma, as fórmulas pretensamente neutras elaboradas pelos teóricos da concepção axiológica acabam por viabilizar — e até mesmo a dar um certo verniz legitimador — às preferências pessoais dos aplicadores dos Direitos Fundamentais.

Nessa concepção, os Direitos Fundamentais não possuem qualquer conteúdo pré-definido de modo objetivo. Aqui, eles acabam reduzidos a *conceitos indeterminados* cujo significado em concreto dependerá, ao fim e ao cabo, da discricionariedade do aplicador autorizado que, a despeito da existência de um *método* pretensamente neutro e da abertura formal do processo interpretativo aos terceiros interessados, terá a palavra final a respeito do *peso* que cada princípio terá na ponderação, em modo muito similar ao que se passava sob a égide do positivismo jurídico, conforme bem pontuam Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti.⁽⁵⁹⁾

É justamente a abertura da metódica da *ponderação* à discricionariedade dos intérpretes/aplicadores que acaba por explicar o sucesso que a concepção axiológica dos Direitos Fundamentais vem obtendo no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988. De fato, em um sistema historicamente marcado pelo autoritarismo, qualquer possibilidade de legitimação de tal conduta, ainda mais sob um verniz de pretensa neutralidade, racionalidade e cientificidade, será sempre bem vinda, conscientemente ou não.⁽⁶⁰⁾

(58) Tal relação entre preferências pessoais dos intérpretes e sopesamento dos valores colidentes na ponderação de bens foi magnificamente demonstrada no artigo de Juan Antonio Garcia Amado intitulado *El juicio de ponderación y sus partes. Una Crítica*.

Nele, o autor espanhol analisa três acórdãos do Tribunal Federal Constitucional alemão (BVerfGE 19, 330 – Sachkundenachweis, BVerfGE 95, 173 – Warnhinweise für Tabakerzeugnisse e BVerfGE 86, 1 – TITANIC/geb. Mörder) à luz dos subprincípios da “adequação”, “necessidade” e “proporcionalidade em sentido estrito”, para concluir que: “Es la conciencia valorativa del Tribunal, su ideología, lo que determina tanto qué es lo que en concreto se ha de pesar, de poner en cada platillo de la balanza, como el resultado de ese pesaje o ponderación.” AMADO, Juan Antonio Garcia. *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*. In: ALEXY, Robert et alii. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007. p. 249-331.

(59) De acordo com os autores: “As noções de lacuna e discricionariedade típicas da concepção positivista das normas também são mantidas pela teoria das normas de Alexy, que rejeita a tese da única resposta correta. (...) A tarefa propriamente de aplicação dos princípios é então recusada por Alexy, ao considera-la como algo idêntico à legislação, uma atividade de balanceamento de valores concorrentes, passíveis de tratamento metodológico e sujeitos à hierarquização. Direitos, entendidos como interesses, devem assim ser sacrificados de acordo com seu grau de relevância, e os princípios ensejam múltiplas possibilidades de decisão correta disponíveis à discricionariedade do aplicador.” CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do direito. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 116-120.

(60) Nesse sentido, Lenio Luiz Streck assinala que: “Se fizermos uma análise do problema ‘de como decidir’ à luz da filosofia da linguagem, ficará evidente que as teorias que apostam na vontade do intérprete (e esse é, efetivamente, o ‘problema’ do ‘livre convencimento’) acabam gerando/possibilitando discricionariedades e arbitrariedades.

(...)

No direito constitucional, essa perspectiva é perceptível pela utilização descriteriosa dos princípios, transformados em ‘álíbis persuasivos’, fortalecendo-se, uma vez mais, o protagonismo judicial (nas suas diversas roupagens, como o decisionismo, o ativismo etc.). O uso da ponderação é também nesse ramo do direito outro sintoma de uma espécie de ‘constitucionalismo da efetividade’, pelo qual o mesmo ‘princípio’ é utilizado para sustentação de teses antitéticas. Nesse sentido, não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação foi sendo transformada – aqui em *terrae brasilis* – em um enunciado performativo.

Da síntese ora formulada, pode-se concluir que a concepção axiológica, em que pese o esforço formulado por seus teóricos no sentido de racionalizar e legitimar o processo e o resultado da *ponderação de bens*, não é a mais adequada para promover a aplicação dos Direitos Fundamentais nos casos concretos, bem assim o desvelamento de seu conteúdo à luz das hipóteses sob a apreciação do intérprete.

Tal conclusão, por nós compartilhada, se baseia na constatação de que o elevado grau de discricionariedade conferida ao intérprete/aplicador para a definição do sentido e do alcance dos Direitos Fundamentais nos chamados *casos difíceis*, através da metódica da *ponderação*, acaba por conduzir à substituição do *discurso de aplicação* das normas jurídicas, por um *discurso de justificação*, mais próprio ao legislador do que ao juiz, em prejuízo último à própria separação dos poderes, conforme ver-se-á mais detalhadamente no item subsequente.⁽⁶¹⁾

Por isso mesmo, a compreensão dos princípios a positivarem Direitos Fundamentais deve ocorrer, no nosso sentir, de maneira distinta, a partir de uma concepção que reconheça neles verdadeiras normas jurídicas dotadas de um conteúdo institucional objetivo e, por isso mesmo, apto a vincular a ação do intérprete/aplicador na análise dos chamados *casos difíceis*.

1.2.2. A concepção deontológica dos direitos fundamentais

Tal como a concepção axiológica dos direitos fundamentais, a concepção deontológica é fruto dos questionamentos impostos ao positivismo jurídico por teóricos do chamado *neoconstitucionalismo*. No particular, a visão a ser sintetizada no presente tópico tem por origem a crítica formulada pelo jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin ao modelo de princípios idealizado por H. L. A. Hart e à alternativa apresentada por aquele primeiro a tal sistema.

Para Dworkin, o principal ponto de atrito com o modelo positivista de Hart reside, justamente, na concepção dos princípios como *mandatos de otimização* ou, como ele mesmo denomina, *rules manquéés*, pela qual tais preceitos seriam diretrizes de cunho moral cuja apli-

(...)

Daí que expressões como 'ponderação de valores', 'mandados de otimização', 'proporcionalidade', 'razoabilidade', 'justa medida', 'decido conforme minha consciência', no momento em que são utilizadas ou pronunciadas, têm um forte poder de violência simbólica (Bordieu) que produz o 'sentido próprio' e o 'próprio sentido'.

(...)

Excetuando os casos em que, teleologicamente, decisões calcadas na ponderação de valores podem ser consideradas corretas ou adequadas à Constituição (o que por si só já é um problema, porque a interpretação não pode depender dessa 'loteria' de caráter finalístico), a maior parte das sentenças e acórdãos acaba utilizando tais argumentos como um instrumento para o exercício da mais ampla discricionariedade (para dizer o menos) e o livre convencimento de ativismos. Como se sabe, em nome do 'sopesamento entre fins e meios' (a assim denominada 'ponderação'), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da 'ponderação' e suas decorrências." STRECK, Lenio Luiz. O que é isto — decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 49-51.

(61) A fim de antecipar o debate acerca dos *discursos de justificação* e dos *discursos de aplicação*, a crítica de Eros Roberto Grau acerca da pretensa discricionariedade conferida aos juízes diante de conceitos indeterminados vem bem a calhar: "Todo intérprete, embora jamais esteja submetido ao 'espírito da lei' ou à 'vontade do legislador', estará sempre vinculado pelos textos normativos, em especial — mas não exclusivamente — pelos que veiculam princípios. (...) Ao intérprete autêntico não [está] atribuída a formulação de juízos de oportunidade — porém, exclusivamente, de juízos de legalidade. Ainda que não seja o juiz meramente a 'boca que pronuncia as palavras da lei', sua função — dever-poder — está contida nos lindes da legalidade (e da constitucionalidade). Interpretar o direito é formular juízos de legalidade. A discricionariedade é exercida em campo onde se formulam juízos de oportunidade (= escolha entre indiferentes jurídicos), exclusivamente, porém, quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública a sua formulação. Insisto nisso: o que se tem denominado de discricionariedade judicial é o poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico empreende atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos." GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 56-57.

cação ou não a um determinado caso concreto estaria a depender do juízo discricionário do intérprete/aplicador.⁽⁶²⁾

Em contraposição a tal concepção estritamente positivista, Dworkin busca comprovar que os princípios, antes de configurarem singelos repositórios de preceitos meramente valorativos, estranhos ao sistema do Direito, seriam elementos que não apenas integram efetivamente o ordenamento jurídico, como também asseguram direitos aos seus destinatários, de modo a possuir força normativa apta a ensejar sua aplicação nos casos concretos.

Por isso mesmo, na concepção dworkiniana, a aplicação dos princípios não é uma mera faculdade disponibilizada ao intérprete/aplicador quando este último se depara com uma lacuna normativa. Para muito além disso, tais preceitos integram efetivamente o ordenamento jurídico e possuem um enunciado normativo cogente que, na presença de um *caso difícil*, impõem uma determinada solução que será obtida por intermédio do cotejo entre as nuances da hipótese sob exame e o conteúdo histórico-institucional do princípio em questão.

Isso ocorre na medida em que Dworkin concebe os princípios como repositórios de *direitos institucionais* que, de seu turno, possuem conteúdos próprios cujas características foram historicamente adquiridas e lhes conferem, por isso mesmo, notas distintivas em relação a outros institutos jurídicos. Tais peculiaridades institucionais viabilizam a aplicação direta daquele conteúdo histórico-institucional aos casos concretos e a resolução destes últimos segundo suas diretrizes peculiares.⁽⁶³⁾

(62) Nas palavras de Dworkin: "Quando os positivistas se dedicam à análise dos princípios e das políticas eles as consideram como regras 'fracas'. Eles assumem que se eles pretendem ser elementos integrantes do Direito eles deveriam ser compreendidos como verdadeiras 'regras', de modo que eles o enxergam, por isso mesmo, como elementos que tentam ser regras. Quando um positivista ouve alguém argumentar que os princípios integram o Direito, ele compreende isto como um argumento em reforço daquilo que ele compreende como a teoria do 'direito suprapositivo', que pressupõe que aqueles princípios integram, em verdade, um metadireito. Ele argumenta, ademais, que estas 'normas' são algumas vezes observadas e outras não (...) e que não há como se aferir a validade de regras dessa natureza. Ele conclui, então, que os princípios e políticas não são regras válidas oriundas daquele metadireito não são regras válidas, o que não deixa de ser verdade, já que elas não são efetivamente 'regras'. Ele conclui, também, que eles são parâmetros extra-legais que cada juiz escolhe aplicar ao caso concreto de acordo com suas próprias convicções no exercício de sua discricionariedade, o que é falso."

No original: "When the positivists do attend to principles and policies, they treat them as rules manquéés. They assume that if they are standards of law they must be rules, and so they read them as standards that are trying to be rules. When a positivist hears someone argue that legal principles are part of the law, he understands this to be an argument for what he calls the 'higher law' theory, that these principles are the rules of a law about the law. He refutes this theory by pointing out that these 'rules' are sometimes followed and sometimes not (...) and that there is no way to test the validity of 'rules' like these. He concludes that these principles and policies are not valid rules of a law above the law, which is true, because they are not rules at all. He also concludes that they are extra-legal standards which each judge selects according to his own lights in the exercise of his discretion, which is false." DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 39.

(63) A existência de um conteúdo objetivo inerente aos princípios (ainda que sob a forma de valores) é igualmente reconhecida por Paulo Ferreira da Cunha.

Ainda que a concepção do referido autor lusitano acerca da força normativa dos princípios não seja idêntica à de Dworkin, ela é útil para a compreensão da historicidade dos direitos fundamentais veiculados sob a forma de princípios, bem como da possibilidade de desvelamento de seu conteúdo histórico-institucional à luz dos casos concretos.

Assim, segundo Paulo Ferreira da Cunha: "A objectividade tem um certo grau de fanerismo: os valores são *cognoscíveis* e não esotéricos, embora precisem ser investigados e *re-conhecidos*. Para os platónicos, seriam reconhecidos por intuição imediata e directa, dado serem existentes e subsistentes por si próprios; para os nominalistas seriam meros artefactos humanos, pelo que também facilmente identificáveis. Para o realismo moderado, de raiz aristotélica, mesmo os valores naturais coenvolvem a participação humana, o que nos remete novamente para a sua dimensão temporal e mundanal. Encontram-se dotados de historicidade, pois. (...) Daí que a *objectividade* dos valores seja *relativa*, na medida em que, se há valores cujo núcleo essencial (o espírito essencial) parece não mudar, como a aspiração à Justiça, à Igualdade, à Liberdade, todavia o conteúdo concreto e a aplicação prática dessas aspirações é muito histórico. E, assim, não é arbitrário, relativo ou reversível, mas narrativo, aquisitivo e irreversível: os valores vão-se descobrindo e conquistando.

(...)

Dito em outros termos, as vicissitudes históricas que desaguarão no aparecimento e na evolução dos valores de uma dada comunidade, uma vez transformadas em Direitos Fundamentais, passam a integrar o escopo normativo destes últimos e, conseqüentemente, a vincular os intérpretes/aplicadores na análise dos casos concretos. Nisso consistirá, exatamente, o conteúdo objetivo dos *direitos institucionais* na concepção dworkiniana.⁽⁶⁴⁾

A noção de *direito institucional* é ilustrada por Dworkin por intermédio da alegoria do *árbitro do jogo de xadrez (chess referee)*, formulada no quarto capítulo de sua obra *Taking Rights Seriously* dedicada, justamente, à análise dos chamados *casos difíceis*. Nessa ilustração, o autor supõe a existência de um dispositivo nas regras do xadrez a asseverar, de modo singelo, que a postura de provocação ao oponente durante uma partida conduz o jogador que assim agir à desclassificação.

Diante disso, Dworkin passa a indagar qual deveria ser a conduta do árbitro diante da postura do enxadrista russo Mikhail Tal durante a partida disputada contra o norte-americano Bobby Fischer, em que aquele passou a sorrir continuamente para este último no intuito de enervá-lo. Estaria, portanto, o árbitro livre para agir a seu critério discricionário ante a suposta inexistência de um rol taxativo de práticas irritativas vedadas ou, ao revés, aquele dispositivo, a par de sua generalidade e aparente indeterminação, o vincularia à penalização de Tal por seu comportamento antidesportivo?

A solução encontrada por Dworkin leva em consideração o fato de que o jogo de xadrez, por ser uma *instituição* caracterizada desde a sua concepção pela primazia à destreza intelectual, não se compatibiliza com a prática de condutas tendentes a promover a desestabilização psicológica do oponente. Logo, o próprio conteúdo histórico-institucional do jogo de xadrez, analisado à luz das nuances do caso concreto a envolver a intimidação psicológica de Tal em relação a Fischer, impunha ao árbitro a penalização daquele primeiro por sua conduta antidesportiva.⁽⁶⁵⁾

Os valores são fundamentos dos direitos e deveres. Dos deveres éticos e também dos deveres jurídicos, e, obviamente, fundamento ainda de princípios e normas que o consagram, conjuntamente com os direitos. Logo, os valores são, antes de mais nada, entidades constitucionais por natureza. (...) A determinação valorativa é o passaporte com que as Constituições ganham legibilidade nos continentes da ética e da filosofia política. Além de contribuírem para sua demarcação ideológica." CUNHA, Paulo Ferreira da. A constituição viva. Cidadania e direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 40-42.

(64) Sobre a assimilação de conteúdos morais pelo direito na teoria dworkiniana, Jürgen Habermas pontua que esta última apoia-se na premissa de que: "Há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, porque o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais" e que "essa premissa não causa nenhuma surpresa para uma teoria discursiva do direito, a qual parte da ideia de que argumentos morais entram no direito através do processo democrático da legislação."

Ainda segundo Habermas: "O discurso jurídico é independente da moral e da política, porém somente no sentido de que também os princípios morais e as finalidades políticas podem ser traduzidos para a linguagem neutra do direito e engatadas no código jurídico." HABERMAS, Jürgen. Trad.: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Direito e democracia. Entre facticidade e validade. Volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 257-258.

E ainda sobre o imbricamento inafastável do Direito e da Moral no que concerne à formulação dos conteúdos daquele primeiro sistema, Carlos Santiago Nino assevera que: "El unico espacio que queda para que discursos prácticos diferentes al moral generen razones que justifiquen acciones y decisiones es el espacio que ese discurso moral deje libre, sea porque se mueva en una dimensión diferente, porque defina un área de indiferencia o porque sea aplicable algún principio defendible en el discurso moral y que permita la justificación propia de algún subdiscurso."

(...)

El discurso jurídico no es un discurso justificatorio monológico. Por eso, los jueces no pueden justificar (...) sus decisiones sobre la base de la satisfacción de sus propios intereses (ello sería considerado una insólita explicación de motivos). Tampoco se mueve en general, salvo en cuestiones como la ordenación del tránsito, en un área de indiferencia moral.

(...)

No existen razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones con independencia de su derivación de razones morales." NINO, Carlos Santiago. Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2014. p. 82-85.

(65) Nas palavras de Dworkin: "Uma vez que o xadrez é um jogo de cunho intelectual, deve-se levar em conta tal preceito a fim de proteger e não de prejudicar o papel do intelecto nesse contexto."

É justamente nesse ponto específico que Dworkin sustenta, ao contrário de autores como Alexy, Luís Prieto Sanchís e Aulis Aarnio, que a aplicação de princípios, antes de fornecer uma miríade de respostas obtidas pelos intérpretes que poderiam ser tidas por *corretas*, apontariam, nos chamados *casos difíceis*, para uma única solução a ser desvelada justamente por intermédio daquela operação de análise do significado dos enunciados normativos à luz das nuances dos casos concretos.

Sendo assim, Dworkin sustenta que a possibilidade de obtenção de tal resposta correta confere às partes dos chamados *casos difíceis* o direito à aplicação de tal solução em suas demandas, vedando-se, por conseguinte, a atuação do intérprete/aplicador no sentido de buscar alternativas discricionárias para o caso em questão.⁽⁶⁶⁾

Naturalmente, a concepção de Dworkin a respeito da *única resposta correta* gerou sucessivas críticas, especialmente por parte dos teóricos da visão axiológica, que passaram a apontar (i) tanto a suposta inexistência, na obra dworkiniana, de um critério material para a obtenção de tal solução, quanto (ii) a impossibilidade de se obter tal solução sem a implementação de um labor criativo e não meramente descritivo e, (iii) conseqüentemente, a hipotética possibilidade quanto ao aparecimento, no futuro, de uma *única resposta correta* melhor em relação àquela primeira, o que, para tais críticos — especialmente por Aulis Aarnio —, acabaria por esvaziar a tese ora analisada.⁽⁶⁷⁾

Tem-se, então, no caso do árbitro do jogo de xadrez, um exemplo de uma autoridade cuja decisão sobre o alcance dos direitos institucionais deve ser compreendida dentro de parâmetros institucionais, mesmo que a força desses parâmetros não seja clara. Não pensamos que ele [a autoridade] é livre para legislar de maneira excepcional dentro da 'textura aberta' de regras imprecisas. Se a interpretação de tal preceito deve proteger aquela característica inerente ao jogo, e não outra, então os enxadristas têm direito àquela primeira interpretação. Procuramos encontrar, a partir deste caso relativamente simples, algumas diretrizes gerais concernentes aos direitos institucionais que, aplicados nos 'casos difíceis', pautarão a atividade dos juizes que os apreciarem."

No original: "Since chess is an intellectual game, he must apply the forfeiture rule in such a way as to protect, rather than jeopardize, the role of intellect in the contest.

We have, then, in the case of the chess referee, an example of an official whose decision about institutional rights are understood to be governed by institutional constraints, even when the force of these constraints is not clear. We do not think that he is free to legislate interstitially within the 'open texture' of imprecise rules. If one interpretation of the forfeiture rule will protect the character of the game, and another will not, then the participants have a right to the first interpretation. We may hope to find, in this relatively simple case, some general feature of institutional rights in hard cases that will bear on the decision of a judge in a hard case at law." DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 101-102.

(66) Nesse sentido, Dworkin esclarece que havendo a consagração de uma instituição autônoma em um determinado ordenamento jurídico e o reconhecimento, em favor dos destinatários, de direitos subjetivos advindos de tal instituição, será possível formular respostas aos casos difíceis que envolvam a aplicação de tais garantias.

No original: "Once an autonomous institution is established, such that participants have institutional rights under distinct rules belonging to that institution, then hard cases may arise that must, in the nature of the case, be supposed to have an answer." *Ibidem*, p. 104.

(67) A propósito, Aulis Aarnio toca nesse ponto específico colocando em questão a figura criada por Dworkin a respeito do *Juiz Hércules* que, segundo este último, seria um intérprete fictício capaz de reconstruir com perfeição nos casos concretos toda a cadeia de elementos histórico-institucionais subjacentes aos princípios a serem aplicados a fim de obter, ao fim e ao cabo, a única resposta correta.

Segundo Aarnio: "Tomando las premisas de Dworkin en serio (...) podríamos plantearnos una pregunta: ¿es posible encontrar una única solución correcta en cada *caso difícil*? Demos otro paso más y preguntémonos: ¿qué pasaría si hubiese dos Hércules J., ambos racionales? ¿Serían también capaces de resolver de forma objetiva auténticos problemas axiológicos? La pregunta es crucial, porque las elecciones finales en el razonamiento jurídico no dependen sólo de la racionalidad del proceso de razonamiento, sino también de las evaluaciones. La elección final de las premisas (de evaluación) resulta de *sopesar* y equilibrar.

(...)

No hay forma de equilibrar los razonamientos finales de forma objetiva, porque el 'mejor' equilibrio debe ser el 'más coherente'. Esto presupone, a su vez, un meta-nivel, es decir, un 'Super Hércules J' capaz de resolver los conflictos entre estas dos subcoordinadas etc., *ad infinitum*. Esta clase de 'Super Hércules J.' sería como un Tirano Platónico que dictaría las soluciones a las personas.

Em que pesem as críticas formuladas pelos teóricos da concepção axiológica, é de se ressaltar que para Dworkin a tese da *única resposta correta* nunca teve a pretensão de conferir aos intérpretes/aplicadores uma metodologia apta a lhes assegurar, por intermédio de sua singela aplicação, a obtenção daquela solução nos chamados *casos difíceis* e muito menos a intenção de gerar, nessas hipóteses, o desvelamento de uma resposta definitiva, perfeita e absoluta, como se todos os intérpretes tivessem os mesmos dons de seu *Juiz Hércules*. A propósito, o próprio autor deixou isso consignado de forma expressa no início do capítulo de sua obra *Taking Rights Seriously* dedicada aos *casos difíceis*.⁽⁶⁸⁾

Por isso mesmo, a tese da *única resposta correta*, antes de configurar um método apto a conduzir o intérprete/aplicador a tal solução pretensamente perfeita e inquestionável, representa uma *postura* a ser por ele assumida diante de um “caso difícil” no sentido de buscar, justamente, a descoberta do significado dos princípios à luz das nuances daquelas situações concretas, sem excluir a possibilidade de discordâncias em relação ao que seria, em tais casos, a *única resposta correta*, conforme observado por Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti.⁽⁶⁹⁾

Essa postura exigida do intérprete/aplicador diante dos chamados *casos difíceis* compreende, justamente, aquilo que Dworkin denomina *integridade no Direito*. Tal conceito abrange, em apertada síntese, a necessidade de que os componentes de um dado sistema jurídico (vg: as

(...)

Esto se debe en parte al hecho de que Hércules J, no puede ser meramente un autómata racional, o una máquina que únicamente se ocupa de un material argumental disponible de acuerdo con un sistema experto, como si se tratase de un ordenador. La interpretación es, también en caso de Hércules J., un procedimiento creativo, que produce siempre nuevas sendas de razonamiento. Por este motivo, el próprio Hércules J. no es sólo un ser racional, sino también un ser creativo en el sentido sustancial del término.” AARNIO, Aulis. ¿Una única respuesta correcta? In: AARNIO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco. J. Bases teóricas de la interpretación jurídica. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2010. p. 15-17.

Para uma síntese das críticas à tese da “única resposta correta” de Dworkin, vide: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 146-157.

(68) De acordo com Dworkin: “Não se pretende com a presente teoria afirmar a existência de qualquer procedimento mecânico apto a demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao revés, a argumentação a ser formulada supõe que juízes e juristas razoáveis irão muitas vezes divergir sobre os direitos, assim como os cidadãos e as autoridades estatais divergem sobre as questões políticas. Descrever-se-á, pois, no presente capítulo as questões que juízes e juristas devem colocar para si próprios, mas isso não assegura que todos eles darão as mesmas respostas a essas indagações.” No original: “It is no part of this theory that any mechanical procedure exists for demonstrating what the rights of parties are in hard cases. On the contrary, the argument supposes that reasonable lawyers and judges will often disagree about legal rights, just as citizens and statesmen disagree about political rights. This chapter describes the questions that judges and lawyers must put to themselves, but it does not guarantee that they will all give these questions the same answer.” DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 81.

(69) Segundo os autores: “O argumento de Dworkin da *única resposta correta* consiste na afirmação de que mesmo nos casos considerados pelo positivismo como *hard cases*, onde não há uma regra estabelecida dispondo claramente sobre o caso, uma das partes pode mesmo assim ter um direito preestabelecido de ter sua pretensão assegurada. Cabe ao juiz descobrir quais são esses direitos, mas isso não poderá ser obtido com auxílio de algum método ou procedimento mecanicista. Dworkin deixa claro que se trata primeiramente de uma *postura* a ser adotada pelo aplicador diante da situação concreta e com base nos princípios jurídicos, entendidos em sua *integridade*, e não numa garantia metodológica, o que significa que discordâncias razoáveis sobre qual a resposta correta para cada caso exigida pelo Direito podem ocorrer entre os juízes, advogados, cidadãos etc.

(...)

É nesse sentido que pode Dworkin falar da exigência de se buscar a *única decisão correta* autorizada pelo ordenamento: não enquanto mandamento inscrito *a priori* nas normas gerais e abstratas, mas como *postura* a ser assumida pelo aplicador em face das questões aparentemente não reguladas apresentadas pelos *hard cases*, de densificação dos sentidos abstratos em face de um compartilhamento existente, embora sempre passível de ser problematizado e polemizado, do sentido vivencial dos princípios jurídicos, presente naquela determinada comunidade de princípios, tanto na assimilação prática dos direitos pela sociedade em seu cotidiano, em suas lutas, reivindicações por posições interpretativas e em seu aprendizado histórico, quanto na reafirmação institucional do sentido dessa história pelos órgãos oficiais.” CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 55-61.

leis, os regulamentos e as decisões judiciais) guardem coerência com o conjunto de princípios que caracteriza esse ordenamento.

Para explicar seu conceito de *integridade no Direito*, Dworkin se vale da alegoria do *romance em cadeia* (*chain novel*), que narra uma situação hipotética na qual um dado autor dá início à redação de uma obra literária, definindo, no primeiro capítulo, o enredo, os personagens, bem assim os demais elementos centrais da trama e confiando as partes restantes do livro a escritores diversos que, com base naqueles elementos iniciais, deverão completá-lo.⁽⁷⁰⁾

Desse modo, o segundo capítulo da trama deverá guardar pertinência com os elementos contextuais delineados no primeiro e assim sucessivamente, sob pena de quebra da coerência da obra. E na medida em que novas partes forem se integrando de modo coerente com o texto, formar-se-á, paulatinamente, uma unidade íntegra de sentido.

Do contrário, se porventura um novo capítulo desconsiderar, por exemplo, o nome dos personagens definidos nas passagens iniciais da trama, ou alterar-lhe substancialmente o enredo, ter-se-á comprometida a coerência do conjunto, de modo que tal parcela não reunirá condições de juntar-se ao todo textual, por incompatível com seu conteúdo.

Segundo Dworkin, a mesma lógica inerente à alegoria do *romance em cadeia* orienta a tarefa de criação e interpretação do Direito nos diferentes sistemas jurídicos. Nesse sentido, os princípios seriam os capítulos iniciais da obra e os aplicadores de tais pautas seriam os *escritores* das partes subseqüentes da narrativa, cabendo-lhes, no exercício de tal mister, zelar pela coerência entre estas últimas e aqueles primeiros e, conseqüentemente, pela integridade do conjunto.

Desse modo, os intérpretes/aplicadores devem solucionar os novos casos a eles submetidos mediante elaboração de uma solução compatível com o conjunto de princípios existente em

(70) Nas palavras de Dworkin: "A interpretação criativa fundamenta sua estrutura formal na ideia de intenção, não necessariamente porque pretende desvelar os propósitos de alguma pessoa ou grupo historicamente situados, mas porque pretende conferir algum propósito ao texto, dado ou tradição a ser interpretado. Uma vez que toda interpretação criativa partilha desse conteúdo, e desse modo possui um aspecto ou componente normativo, podemos extrair vantagens da comparação entre o direito e outras formas e ocasiões de interpretações. Nós podemos comparar, de modo útil, um juiz decidindo o que significa o direito em alguma matéria não apenas com os cidadãos de uma dada comunidade decidindo o que requer a tradição, mas também com um crítico literário extraindo as várias dimensões de valor em uma obra complexa ou em um poema.

(...)

Nós podemos encontrar uma comparação ainda mais frutífera entre o direito e a literatura, desse modo, construindo um gênero artificial de literatura que poderíamos chamar de *romance em cadeia*.

Nesse empreendimento, um grupo de autores escreve uma novela em série. Cada autor da cadeia interpreta o capítulo que lhe foi confiado de modo a escrever uma nova parte do romance, que então é adicionado à obra para que o próximo autor possa redigir o seu capítulo, e assim sucessivamente. Cada um deles tem por trabalho a redação de seu capítulo de modo a fazer com que o romance seja contruído da melhor maneira possível, e a complexidade dessa tarefa demonstra a complexidade da decisão que subjaz a um caso difícil na perspectiva do direito como integridade."

No original: "Creative interpretation takes its formal structure from the Idea of intention, not (at least not necessarily) because it aims to discover the purposes of any particular historical person or group but because it aims to impose purpose over the text or data or tradition being interpreted. Since all creative interpretation shares this feature, and therefore has a normative aspect or component, we profit from comparing law with other forms or occasions of interpretation. We can usefully compare the judge deciding what law is on some issue not only with the citizens of courtesy deciding what that tradition requires, but with the literary critic teasing out the various dimensions of value in a complex play or poem.

(...)

We can find an even more fruitful comparison between literature and law, therefore, by constructing an artificial genre of literature that we might call the chain novel.

In this enterprise a group of novelists writes a novel seriatim; each novelist in the chain interprets the chapters he has been given in order to write a new chapter, which is then added to what the next novelist receives, and so on. Each has the job of writing his chapter so as to make the novel being constructed the best it can be, and the complexity of this task models the complexity of deciding a hard case under law as integrity." DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Bellknop Harvard, 1986. p. 228-229.

seus respectivos ordenamentos, procurando desvelar o significado de tal sistema para a situação concreta. Logra-se, com isto, ao mesmo tempo, a resolução de um dado da realidade impensável quando da formulação do princípio em abstrato e a coerência do sistema.⁽⁷¹⁾

E à medida que as novas soluções forem admitidas no seio do sistema jurídico, por se mostrarem coerentes com este último, seus enunciados serão agregados ao conteúdo institucional dos princípios e passarão, ao lado daquelas pautas já existentes anteriormente, a servir como diretrizes vinculantes dos intérpretes/aplicadores quando da resolução dos futuros casos concretos. Desse modo, o conjunto de princípios manter-se-á, ao mesmo tempo, íntegro e aberto a novas definições.⁽⁷²⁾

No entanto, para que o sistema jurídico mantenha a sua coerência e assegure, com isto, sua integridade por meio da busca em torno do conteúdo histórico-institucional dos Direitos Fundamentais nos casos concretos, é fundamental que a argumentação jurídica se valha de um discurso próprio da aplicação de normas jurídicas, diverso daquela linguagem que caracteriza a escolha de opções políticas na tarefa legislativa.

(71) Segundo Dworkin: "O direito como integridade (...) tem início no presente e leva em consideração o passado apenas e na medida em que o foco contemporâneo exige. Ele não pretende recapturar, mesmo para o direito do presente, os ideais ou propósitos práticos dos políticos que primeiramente o criaram. Ele pretende, ao revés, justificar o que eles [os políticos] o que eles fizeram, e até mesmo o que eles disseram, em uma história abrangente contada à luz do contexto do presente, ou seja, uma história com um apelo complexo: o de que a prática do presente pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atrativos para promover um futuro honroso.

(...)

O direito como integridade requer dos juízes que eles assumam, da melhor maneira possível, que o direito é estruturado em um conjunto coerente de princípios que traduzem as ideias de justiça, equidade e devido processo legal, que requer daqueles juízes que os leve em consideração nos novos casos concretos que lhes são submetidos, de modo que cada situação pessoal é equânime e justa segundo os mesmos padrões principiológicos. Tal estilo de aplicação do direito respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. (...) O direito como integridade, então, requer dos juízes que eles testem suas interpretações de alguma parte da grande rede de estruturas políticas e de decisões de sua comunidade, indagando se essas interpretações poderiam vir a formar parte de uma teoria coerente sobre aquela rede como um todo.

(...)

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem os casos difíceis tentando encontrar, em um conjunto coerente de princípios concernentes aos direitos e deveres dos indivíduos, a melhor interpretação construtiva das estruturas políticas e jurídicas de sua comunidade."

No original: "Law as integrity (...) begins in the present and pursues the past only so far as and in the way its contemporary focus dictates. It does not aim to recapture, even for the present law, the ideals on practical purposes of the politicians who first created it. It aims rather to justify what they did (sometimes including, as we shall see, what they said) in an overall story worth telling now, a story with a complex claim: that present practice can be organized by and justified in principles sufficiently attractive to provide an honorable future.

(...)

Law as integrity asks judge to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that comes before them, so that each person's situation is fair and just according to the same standards. That style of adjudication respects the ambition integrity assumes, the ambition to be a community of principles. (...) Law as integrity, then, requires a judge to test his interpretation of any part of the great network of political structure and decisions of his community by asking whether it could form part of a coherent theory justifying the network as a whole.

(...)

Judges who accepts the interpretative ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people's rights and duties, the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community." *Ibidem*, p. 227-255.

(72) Sobre tal aspecto da teoria de Dworkin a caracterizar, justamente, a noção de coerência, Jürgen Habermas salienta que por intermédio da prática descrita no presente parágrafo: "Os juízes controlam situações indeterminadas através da referência sistemática ao pano de fundo de finalidades políticas e princípios morais [chegando] a decisões bem fundamentadas através da elaboração jurídica de argumentos fundamentais e de argumentos extraídos da determinação de objetivos. Tais justificações externas são possíveis porque o próprio direito vigente já incorporou conteúdos teleológicos e princípios morais, assimilando os argumentos de decisão do legislador político." HABERMAS. Jürgen. Trad.: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Direito e democracia. Entre facticidade e validade. Volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 257.

Desse modo, na concepção deontológica dos Direitos Fundamentais, a constatação em torno do caráter plural e diferenciado dos corpos sociais, bem como das próprias situações fáticas, exigirá dos intérpretes/aplicadores do direito a elaboração de decisões específicas para cada caso concreto por intermédio, justamente, da reconstrução do sentido e do alcance de tais garantias à luz daqueles casos concretos, tal como proposto por Dworkin no exemplo do árbitro do jogo de xadrez.

Assim, a partir desse cotejo entre o conteúdo histórico-institucional dos princípios jurídicos a veicularem direitos fundamentais e as nuances dos casos concretos, o intérprete/aplicador terá condições de averiguar se a norma em questão é adequada ou não para a regência da situação fática sob exame.⁽⁷³⁾

Nisso reside, exatamente, a característica nuclear dos *discursos de aplicação* que se diferenciam dos *discursos de fundamentação* próprios das esferas de decisões políticas (vg: Poder Legislativo) na medida em que aqueles primeiros se voltam, justamente, para a resolução em concreto dos diferentes casos à luz do ordenamento jurídico já vigente, ao passo que estes últimos buscam justificar em abstrato, por meio do sopesamento de custos e benefícios e dos juízos de razoabilidade, adequação e necessidade, a opção do ente político por uma ou outra diretriz a ser veiculada em uma proposição legislativa.

É justamente dessa diferença cristalina a permear os discursos de aplicação e de fundamentação que se extrai a constatação de que a *ponderação de bens* tão decantada pelos teóricos da visão axiológica não se mostra adequada para as questões a envolverem a aplicação caso-a-caso dos Direitos Fundamentais, justamente porque a estrutura argumentativa de tal metódica é própria dos juízos políticos de justificação a serem empreendidos pelos legisladores quando estes últimos selecionam, em abstrato, um ou outro caminho, conforme bem sintetiza Jürgen Habermas.⁽⁷⁴⁾

(73) Nas palavras de Menelick de Carvalho Netto: “No domínio dos discursos de aplicação normativa, faz-se justiça não somente na medida em que o julgador seja capaz de tomar uma decisão consistente com o Direito vigente, mas para isso ele tem que ser igualmente capaz de se colocar no lugar de cada um desses envolvidos, de buscar ver a questão de todos os ângulos possíveis e, assim, proceder racional ou fundamentadamente à escolha de única norma plenamente adequada à complexidade e à unicidade da situação de aplicação que se apresenta. Com essa abertura para a complexidade de toda essa situação de aplicação, o aplicador deve exigir então que o ordenamento jurídico apresente-se diante dele, não através de uma única regra integrante de um todo passivo, harmônico e predeterminado que já teria de antemão regulado de modo absoluto a aplicação de suas regras, mas em sua integralidade, como um mar revolto de normas em permanente tensão concorrendo entre si para regerem situações.” CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília, 6, 1998, p. 233-250.

(74) Nas palavras de Habermas: “Os direitos fundamentais (...) ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens. Isso também vale para normas ‘abertas’ não referidas a casos exemplares facilmente identificáveis — como é o caso dos programas condicionais — e formuladas em um sentido específico de aplicação, necessitando de uma ‘concretização’ metodicamente inofensiva. Tais normas encontram a sua determinação clara num discurso de aplicação. No caso de colidirem com outras prescrições jurídicas, não há necessidade de uma decisão para saber em que medida valores concorrentes são realizados.

(...)

A tarefa consiste, ao invés disso, em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes. É preciso estabelecer um nexó racional entre a norma pertinente e as normas que passam para o pano de fundo, de tal modo que a coerência do sistema de regras permaneça intocada em seu todo. As normas pertinentes e as retroativas não se relacionam entre si como valores concorrentes, os quais, na qualidade de mandamentos de otimização, seriam realizados em diferentes níveis: porém, como normas ‘adequadas’ ou não ‘adequadas’. Ora, adequação significa a validade de um juízo deduzido de uma norma válida, através do qual a norma subjacente é satisfeita.

Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito — e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores. É certo que normas válidas formam uma estrutura racional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de

A estrutura dos *discursos de aplicação*, próprios do Direito, permite antever que para a visão deontológica de corte dworkiniano tanto os princípios quanto as regras, muito embora sejam efetivamente distintos em função de seu grau de densidade normativa, devem ser submetidos a um juízo de adequação, de modo a averiguar sua aplicabilidade ou não aos casos concretos.

Desse modo, muito embora as regras possuam efetivamente uma densidade normativa maior do que os princípios, para Dworkin elas somente serão aplicáveis aos casos concretos na modalidade *tudo ou nada* se as nuances de tais situações fáticas, a serem analisadas pelo intérprete/aplicador em cotejo com as diretrizes institucionais subjacentes à norma em questão, apontarem para a adequação desta última à hipótese concreta.

Do contrário, a regra pretensamente aplicável à situação afigurar-se-á inadequada e o caso concreto será regido pelos Direitos Fundamentais veiculados sob a forma de princípios jurídicos que efetivamente incidirem na hipótese. Caberá ao intérprete, portanto, promover a reconstrução de tais garantias institucionais à luz do conteúdo histórico-institucional destas últimas e à luz das nuances do caso concreto para obter, ao cabo de tal processo, aquela solução coerente apta a assegurar a integridade do ordenamento jurídico.⁽⁷⁵⁾

Ao cabo da breve síntese ora formulada acerca da concepção deontológica, podemos afirmar que esta última provê uma compreensão mais adequada acerca dos Direitos Fundamentais, de seu conteúdo e de sua aplicação aos casos concretos, não apenas em relação à visão positivista, mas também — e principalmente — em comparação com a concepção axiológica.

De fato, na concepção deontológica dos Direitos Fundamentais estes últimos, se compreendidos e aplicados segundo a postura da *única resposta correta* proposta por Dworkin, veicularão efetivas posições jurídicas titularizadas pelos cidadãos e pelos entes da coletividade cujo conteúdo é aferível não de um juízo discricionário de valor acerca de seu sentido e alcance

cada caso; porém esse deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas as normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sob circunstâncias dadas. Aquilo que é melhor para cada um de nós não coincide e o ipso com aquilo que é igualmente bom para todos." HABERMAS, Jürgen. Trad.: SIEBENECHLER, Flávio Beno. Direito e democracia. Entre facticidade e validade. Volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 322-323.

(75) Nesse ponto específico, Ronald Dworkin esclarece que: "O ponto de vista defendido [em *Taking Rights Seriously*] não é o de que o direito contém um número fixo de normas, sendo umas regras e outras princípios. Eu, inclusive, me oponho à concepção de que o direito é um conjunto pré-fixado de normas de qualquer tipo. Minha concepção, ao contrário, prima pela ideia de que o arcabouço preciso a ser considerado pelos juristas quando estes últimos se deparam com uma questão particular a envolver a definição em concreto de direitos e obrigações deve incluir as preposições que possuem a forma e a força de princípios, e que os juízes e os juristas, ao fundamentarem suas conclusões, frequentemente se valem de proposições que devem ser compreendidas deste modo.

(...)

Eu afirmei que a compreensão integral de uma regra deve incluir suas exceções e que o texto de uma regra que ignora tais exceções deve ser tido por incompleto. (...) Eu gostaria de esclarecer que uma exceção [a uma determinada regra] pode integrar o conteúdo desta última, ora sob a forma de uma regra distinta, tal como a regra da 'legítima defesa', ora sob a forma de um novo preceito subjacente à regra original."

No original: "My point was not that 'the law' contains a fixed number of standards, some of which are rules and others principles. Indeed, I want to oppose the idea that 'the law' is a fixed set of standards of any sort. My point was rather that an accurate summary of the considerations lawyers must take into account, in deciding a particular issue of legal rights and duties, would include propositions having the form and force of principles, and that judges and lawyers themselves, when justifying their conclusions, often use propositions which must be understood in that way.

(...)

I did say that a 'full' statement of a legal rule would include its exceptions, and that a statement of a rule that neglected the exceptions would be 'incomplete'. (...) I would have made plain that an exception can be stated in the form of a distinct rule, like the rule about self-defense, as well as in the form of a revised statement of the original rule." DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 76.

ou de seu *peso* em cotejo com outro(s) princípio(s) de igual envergadura, mas sim da análise objetiva de seu desenvolvimento histórico como instituição independente e de seu significado à luz da situação concreta e de suas nuances bem como do próprio ordenamento jurídico ao qual estão integrados.

Não se pode ter, contudo, a ilusão de que a compreensão dos Direitos Fundamentais segundo a concepção deontológica ora analisada é por si só suficiente para atingir o resultado dela esperado. Para além disso, faz-se necessário que o intérprete/aplicador esteja efetivamente comprometido com a adoção de uma postura em torno da obtenção da *única resposta correta*, a fim de assegurar a *coerência* da solução do caso concreto em questão com o ordenamento jurídico, de modo a assegurar a *integridade* deste último.

De fato, nenhuma concepção, metodologia, discurso ou teoria é suficiente, por si só, para afastar o risco de arbítrio por parte daqueles intérpretes/aplicadores que são comprometidos apenas com suas próprias opiniões pessoais ou interesses. Para estes, tais estratagemas jusfilosóficos (seja o positivismo, a *ponderação de bens*, a *proporcionalidade*, a concepção deontológica ou qualquer outra estrutura ideal) não passarão de molduras a serem preenchidas com o único intuito de justificar formalmente suas decisões discricionárias.

No entanto, para aqueles intérpretes/aplicadores que buscam efetivamente desvelar o conteúdo dos Direitos Fundamentais diante de um dado caso concreto e que, principalmente, creem que o conteúdo histórico-institucional de tais garantias tem algo de coerente a dizer naquela situação posta à sua análise, não temos dúvidas em afirmar que a visão deontológica se afigura mais adequada do que qualquer outra concepção que abre espaço para a discricionariedade do julgador.

1.3. Conclusão do capítulo

Retomando a ideia formulada no primeiro parágrafo do presente capítulo, após a síntese empreendida acerca das principais perspectivas elaboradas pela Filosofia do Direito no século XX para compreender os Direitos Fundamentais, nota-se que a liberdade sindical, como instituição jurídica dotada de um conteúdo histórico-institucional próprio e de força normativa, encontra na concepção deontológica desenvolvida principalmente por Ronald Dworkin um marco teórico adequado para a regência dos casos concretos a envolverem sua incidência.

Tal como os demais Direitos Fundamentais de cunho individual e social inseridos na Constituição Federal de 1988, a liberdade sindical é fruto de uma evolução histórica que perpassa em muito as discussões na Assembleia Nacional Constituinte e as próprias vicissitudes ocorridas no âmbito nacional desde os primórdios da organização coletiva dos trabalhadores, compreendendo, inclusive, os aspectos vivenciados nos países que protagonizaram a Revolução Industrial, bem assim aqueles que foram inseridos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

E tal evolução, a conferir à liberdade sindical e à generalidade dos Direitos Fundamentais seu conteúdo institucional, proporciona ao intérprete/aplicador um referencial objetivo para a resolução dos casos concretos, sem abdicar, como visto, da integração de novos conteúdos àquela garantia a depender das novas vicissitudes constatadas quando da análise dos casos concretos.

Desse modo, a análise da liberdade sindical à luz da concepção deontológica dos Direitos Fundamentais a ser empreendida nos capítulos subsequentes permitirá aferir não apenas o grau de proteção contra os chamados atos *antissindicais* e *antirrepresentativos* que seus destinatários (trabalhadores e entidades) detêm no presente, como também reforçará a ideia de que o caráter

propositalmente aberto dos dispositivos constitucionais que o consagram possibilita a integração de novas figuras não apenas no debate em torno da concretização daquele princípio, mas também em seu escopo protetivo.⁽⁷⁶⁾

(76) Sobre a importância da conceituação aberta dos direitos fundamentais para o postulado do Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal de 1988, Marcelo Cattoni assevera que: “A Constituição, para articular-se com uma visão discursiva da Democracia, deverá ser compreendida, fundamentalmente, como a interpretação e a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais, que apresenta as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma. Essa institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma deverá estabelecer, em termos constitucionais, as condições para um processo legislativo democrático, no qual a soberania popular e os direitos humanos, concebidos, desde o início, como princípios jurídico-constitucionais, fazem valer o nexo interno entre autonomia pública e autonomia privada dos cidadãos, estas também consideradas, desde o início, de forma jurídica, co-originárias e com igual relevância.” CATTONI, Marcelo. *Devido processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 71-72.