

O ATIVISMO JUDICIAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS DE EMPREGO: ESPECIFICAMENTE SOBRE A ESTABILIDADE NO EMPREGO.

Thais Mendonça Aleluia da Costa¹

Sumário: 1 INTRODUÇÃO; 2 DIREITO E ESCOLHAS. O ATIVISMO JUDICIAL; 3 A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS; 3.1. NOÇÕES SOBRE A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 3.2. A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS COMO INSTRUMENTO PARA ATIVISMO JUDICIAL; 3.3. A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NAS RELAÇÕES PRIVADAS; 4 ESTABILIDADE E GARANTIA NO EMPREGO; 4.1. LINHAS INTRODUTÓRIAS: A DISTINÇÃO ENTRE AS NOMENCLATURAS; 4.2. UM BREVE HISTÓRICO DA ESTABILIDADE NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO; 4.3. A SITUAÇÃO ATUAL E A CONVENÇÃO 158 DA OIT; 4.4. SOBRE OS PRINCÍPIOS TRABALHISTAS POSTOS EM LITÍGIO; **4.4.1. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO;** **4.4.2. O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO;** **4.4.3. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA – OFERECER EMPREGOS OU MANTER EMPREGOS?;** **4.4.4. O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA;** 5 ANÁLISE DE ALGUMAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O TEMA; 6 CONCLUSÃO; 7 BIBLIOGRAFIA.

RESUMO: O presente estudo, em que pese breve, tem por finalidade a análise das situações em que o poder judiciário ingressa no âmbito das relações privadas, de maneira ativa. Diante disso, deu-se prioridade à relação privada de emprego e, assim, à hipóteses de estabilidade criadas por decisões judiciais e sem amparo legislativo – como ocorre no caso do empregado portador de vírus HIV. Não se trata da análise da dispensa em virtude de discriminação, mas da dispensa por si só, sem cunho discriminatório e considerada a plena capacidade

1

Graduada pela Unijorge - Universidade Jorge Amado/ Bahia, Juíza do Trabalho Auxiliar da 35ª Vata do Trabalho de Salvador – Bahia, Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Professora do Juspodivm. Email: mendoncathais@hotmail.com

para o trabalho do empregado. Assim, serão analisadas as decisões judiciais a partir dos princípios que lhes são subjacentes.

Palavras-chave: estabilidade, garantia provisória, ativismo judicial, ponderação e princípios.

ABSTRACT: This study, despite brief, intends to analyze situations in which the judiciary enters the scope of private relations, in an active way. Therefore, priority was given to the private employment relationship and the chances of stability created by judicial decisions regardless to legislative choices - as in the case of employees with HIV. It is not the analysis of the waiver because of discrimination, but the waiver itself, without discriminatory nature and considered the full capacity of the employee's work. Thus, judicial decisions will be analyzed based on the principles that underlie them. Keywords: stability, security provisional judicial activism, reflection and principles.

1 INTRODUÇÃO

O tema da escassez de recursos vinculada ao ativismo judicial é recorrente nas academias de direito. Trata-se de assunto que tem o escopo de avaliar o impacto de decisões judiciais na economia, considerando que estas não necessariamente estão vinculadas à opção legislativa constante da norma.

A possibilidade do juiz se desvincular do texto legal – agindo de forma ativa na criação de direitos – ocorre através da aplicação da teoria da ponderação dos princípios, que englobam direitos fundamentais.

Assim é que o juiz, em que pese esteja diretamente vinculado ao preceito normativo, poderá dele se afastar, ou mesmo a ele modificar o conteúdo, tudo sob o manto da ponderação de princípios, se considerar violado um direito fundamental.

Seguindo esta linha lógica de pensamento, este estudo tem por finalidade demonstrar que, também nas relações de trabalho, o referido pensamento tem aplicação.

Explico.

A intenção é analisar os impactos de decisões judiciais trabalhistas na sobrevivência da empresa – e, assim, do empregador.

É muito comum encontrarmos discussões jurídicas sobre o ativismo judicial em relação ao Estado – na concessão de serviços públicos como energia e saúde². No âmbito privado, a discussão é mais rara, mas de tão grande importância.

Com isso, o objetivo principal deste pequeno ensaio está diretamente relacionado à análise de decisões justas trabalhistas e o seu impacto na economia e sobrevivência da empresa, com a observância direta da opção legislativa realizada.

Tratando-se de um artigo, o corte epistemológico voltou-se para as decisões relacionadas à criação, pelo judiciário, de hipóteses de estabilidade no emprego.

O ativismo judicial dos tribunais trabalhistas leva à formação de hipóteses não legalmente previstas, pautando-se, supostamente, nos princípios que regem a relação de emprego.

Não é apenas isso, mas a extensão dos valores da sociedade – os seus princípios – no âmbito do direito do trabalho, naquilo que se refere especificamente à extensão dos direitos trabalhistas.

2 Neste sentido: GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha. 2^a edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial; MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. O ativismo judicial e o direito à saúde. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

O interesse do estudo pauta-se, prioritariamente, na observância de situações em que a decisão judicial se estende onde o legislador trabalhista não foi, por vezes até mesmo não quis ir, tornando o direito ao emprego – àquele emprego específico – eterno pela proteção e garantia definitiva a ele.

Vejamos, pois, se a ponderação dos princípios realizada a fim de possibilitar esta dilação legal encontra esteio no texto constitucional, significando uma maior aplicação da constituição, ou não.

2 DIREITO E ESCOLHAS. O ATIVISMO JUDICIAL

Por muitos anos aceitou-se a ideia de que o juiz era a “boca da lei” - “la bouche de la loi” no jargão francês. O desenvolvimento de uma ideia do ativismo judicial aparece em contraponto a esta concepção do juiz inerte e mero aplicador da lei.

A concepção do ativismo judicial está diretamente ligada à construção de um juiz ativo, com poderes amplos de interpretação das leis em face do caso concreto, com vistas a que o Poder Judiciário possa, da melhor maneira possível, concretizar os fins constitucionais.

Pois bem.

A atuação ativa do Judiciário passa pelas escolhas feitas por este órgão no momento da aplicação dos direitos. O juiz leva em consideração o direito demandado, o direito resistido, o impacto da sua decisão, mas, ao fazê-lo, deve também estar ligado à norma que pretende aplicar, juntamente com a Constituição.

Não se trata unicamente de preocupar-se com a aplicação de normas constitucionais e sua efetividade; é necessário que leve em consideração

questões acessórias, mas de não menos importância, dentre as quais devemos destacar os custos deste direito e a opção legislativa subjacente à escolha a ser tomada.

É certo que o magistrado não poderá estar preso ao conteúdo literal da lei. Cresce a ideia de que, sob a técnica de ponderação dos princípios constitucionais, é possível ao juiz ir além do texto legal.

Mas além de atuar como limite para o legislador, a Constituição também projeta relevantes efeitos hermenêuticos, pois condiciona e inspira a exegese das normas privadas, que deve orientar-se para a proteção e promoção dos valores constitucionais centrados na dignidade da pessoa humana.

[...]

Contudo, não se compadece com a moderna hermenêutica constitucional, que tem enfatizado a importância da preocupação com efetividade da Constituição, a visão de que só em casos excepcionais as normas da Lei Maior podem incidir diretamente sobre as relações privadas, máxime em face do quadro normativo brasileiro, no qual foi deliberada a intenção do constituinte de intervir sobre o Direito Privado. Negar ou reservar para hipóteses excepcionais a incidência direta da Constituição sobre as situações da vida significa desprestigiar a ideia da Constituição como norma jurídica, tornando-a dependente da incerta boa-vontade do legislador ordinário.

Também não parece adequado fundar nossa discussão sobre uma visão ortodoxa e monolítica do princípio da separação dos poderes, que rejeite a legitimidade democrática das decisões judiciais que não se reconduzam ao silogismo. É inequívoco que o advento da jurisdição constitucional e o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios ampliaram o espaço de atuação do Judiciário na concretização da Constituição, impondo a ele a assunção de uma posição mais ativa, em defesa dos direitos humanos e dos valores democráticos, diante do eventual arbítrio ou do descaso das maiorias parlamentares.³

Não discordamos de tudo isso, apenas não aceitamos a ideia de que o juiz ativo possa simplesmente ir além da lei, em qualquer caso, por não poder supostamente esperar a “boa-vontade do legislador ordinário”.

Isso porque aquilo que eventualmente se considerará ausência de norma pode

3 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 104, 105 .

significar uma ausência intencional, baseada na ponderação do legislador: ao enfrentar os custos de cada direito e efetuar a sua opção legislativa. Nem toda omissão legislativa se deve somente a não haver legislação, mas eventualmente a não caber, no nosso ordenamento, legislação naquele sentido.

É nesse momento que se torna importante considerar as demais questões que envolvem esta escolha. Sim, porque não podemos nos afastar de premissa de que, ao decidir, em qualquer ocasião, o magistrado efetua uma escolha, dentro de um universo de escassez, que implica em custos e, conseqüentemente, em um precedente jurisprudencial.

Tratando do tema, válida a seguinte transcrição:

Na doutrina, como demonstramos no primeiro capítulo, os autores mais preocupados com a afetividade das normas constitucionais não se ocuparam detidamente das questões alocativas. A nota central parece ser um otimismo positivista, em que a inserção no campo do direito positivo afasta conjecturas sobre possibilidades fáticas. Ressalva-se que o direito não pode tudo, mas não são fornecidos maiores detalhes sobre como encontrar esses limites de possibilidades do campo normativo.⁴

Com efeito, “o direito não pode tudo”, e não o pode porque encontra limites precisos na escassez dos recursos. Não pode o direito tudo conceder, sob pena da concessão tornar impossível o seu cumprimento.

Aliás, é o que de forma sucinta Luís Roberto Barroso esclarece ao mencionar que “o direito tem limites que lhe são próprios e que por isso não pode, ou melhor, não deve normatizar o inalcançável”⁵.

A escassez dos recursos é inerente a todas as pretensões positivas. Os recursos encontram limites que devem considerados não apenas pelo legislador, mas também pelo julgador quando da aplicação da norma. E nesse momento

4 AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. 2^a edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 98.

5 BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 47.

deverá ser feita uma escolha.

A realização da escolha pelo magistrado passa por um processo interpretativo da norma. E, no tema posto em questão, no processo de interpretação das garantias constitucionais, e os limites a elas conferidos. Note-se que a Constituição traz garantias gerais e abstratas – como o direito à dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho ou mesmo o direito à propriedade –, que devem ser cautelosamente interpretadas quando diante de um caso individual⁶.

O fato apresentado ao Judiciário contém em si um conflito de pretensões positivas – no corte aqui tratado: o direito potestativo de dispensa aliado ao direito à livre iniciativa e à propriedade, em face do valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana – que deverá ser dirimido pela superação desta tensão a partir das normas que geraram tais pretensões.

O ponto crucial na análise dos custos de tais direito – mesmo no âmbito privado – gravita em torno da análise da maximização da eficiência econômica das instituições sociais (dentre as quais encontra-se o direito), alcançando-se a maior eficiência possível no âmbito social, através da “maximização das utilidades individuais [...] e da maximização da riqueza social”⁷.

E é nesse momento que, compatibilizando a economia com a ética, o direito aparece como uma solução plausível, na medida em que o direito tem o modelo de suas análises voltado aos valores, ao combate da escassez – que o faz valendo-se de técnicas de distribuição de renda e de recursos – e, por fim, porque os conceitos jurídicos podem abarcar nas suas conclusões também as análises econômicas⁸.

6 AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**... p. 103.

7 GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 242.

8 GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.

Primeira, que o direito e a economia tratam essencialmente dos mesmos problemas: escassez e seus conflitos de interesses, e como canalizar o egoísmo no sentido de obter resultados socialmente desejáveis. Segunda, que os economistas foram sábios ao erigir sua disciplina com base na suposição de que o homem age principalmente em seu próprio interesse. De maneira geral, as pessoas não são santas. Um sistema econômico ou jurídico baseado no altruísmo rapidamente entrará em colapso, mesmo que prometa o paraíso às pessoas. (...) Finalmente, a parábola nos diz que, a despeito de contar com a orientação divina, é um erro acreditar na correspondência de um-por-um entre o que a lei diz e o que as pessoas fazem. Os seres humanos respeitarão a lei apenas se for de seu interesse fazê-lo, e, de qualquer forma, eles tentarão minimizar as desvantagens que norma legal lhes impõe. (...) O mercado é uma solução; o direito é outra. E ambas interagem.⁹

Assim, o caminho para a solução dos conflitos e para fazer melhor aplicarem-se os preceitos constitucionais, é através do direito, consideradas as características econômicas. Dar eficiência ao texto constitucional não significa a sua aplicação cega, e sim a sua eficácia uma vez considerada a sociedade em seu conjunto, com seus valores e necessidades – sempre atento à escassez destes recursos.

O conceito de eficiência tem relação direta com a proporcionalidade e com a razoabilidade, afinal, não adianta ser eficiente se, para tanto, os meios utilizados foram demasiadamente custosos, de igual sorte que nada adianta ser eficiente de uma determinada forma, sem considerar-se que, por outra, o resultado não muito diferente seria menos custoso.

É por isso que se diz que o pensamento eficiente é “prospectivo” ou para o futuro, na medida em que deve levar em consideração não apenas aquilo que é jurídico, mas o social e econômico, dando ênfase aos resultados que serão encontrados¹⁰.

252.

9 Veljanovski, Cento. **A economia do direito e da lei: uma introdução**. Trad. Francisco J. Beralli – Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. p. 40.

10 Nesse sentido: GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen

Assim, discorda-se do ativismo puro e simples. Concorde-se com um juiz que, fazendo a análise ponderativa, traga para o seio do direito os demais aspectos envolvidos na sociedade, acerca da situação concreta que lhe é apresentada. Da mesma forma que o juiz não é apenas uma boca da lei, não poderá ser apenas uma representação dos seus sentimentos pessoais!

3 A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

3.1. NOÇÕES SOBRE A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Não é possível iniciar o presente estudo sem antes discorrer brevemente acerca dos direitos fundamentais – jusfundamentais, nas sábias palavras de Alexy¹¹ – para, futuramente, estabelecermos a sua relação com o ativismo judicial. Como vem de ser assinalado, este é o principal objetivo do presente trabalho: a ponderação dos direitos fundamentais na atuação do juiz lhe permitindo criar normas para o caso concreto não previstas na lei ou na Constituição. Vale-se, para tanto, dos princípios e da ponderação destes.

Decerto que nos últimos tempos, a despeito do dogma da lei, os direitos fundamentais vêm ocupando espaço importante, passando a ser o centro dos estudos jurídicos. Esta nova concepção pautou-se, sobretudo, com a elevação da dignidade da pessoa humana ao ápice das normas fundamentais. O ser humano era, então, elevado para o centro do ordenamento jurídico.¹²

Os estudiosos dos direitos fundamentais apontam, preliminarmente, uma primeira dificuldade: a conceituação daquilo que se entenda por norma de direito fundamental. A busca por este conceito nos conduz a um questionamento que pode ser posto no plano abstrato ou concreto.

Juris, 2005. p. 261.

11 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 3ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Político y constitucionales, 2002. p. 62.

12 Discorrendo sobre o tema, válida a leitura da obra do professor Cristiano Chaves de Farias, **Direito Civil – Parte Geral**. 1ª edição. Salvador: JusPodivm, 2003.

No plano abstrato, a questão paira sobre a identificação das características da norma fundamental, independentemente da sua pertinência específica com algum ordenamento jurídico. Ou seja, a partir daí, encontra-se um conceito genérico de norma de direito fundamental, adaptável a qualquer ordem constitucional vigente.

És planteada abstractamente cuando se pregunta sobre la base de cuáles criterios una norma, independiente de su pertenencia a un determinado orden jurídico o Constitución, puede ser identificada como norma de derecho fundamental. 13

Em posição diametralmente oposta se afigura o questionamento concreto. Neste caso, importa saber, especificamente com relação a um determinado ordenamento jurídico, qual o conceito de norma de direito fundamental. Esta é a conceituação mais interessante para o presente estudo, haja vista a finalidade buscada em estabelecer, dentre as normas de direito fundamental previstas no ordenamento jurídico brasileiro – ou ainda, dentre os valores fundamentais do direito do trabalho –, quais deverão ser aplicados com maior intensidade no caso concreto.

Para o desenvolvimento deste mister, poder-se-ia rapidamente, e de maneira desavisada, concluir-se que seriam normas de direito fundamental aquelas que se encontram previstas na lei *iusfundamental*. Seriam, portanto, as normas previstas na lei máxima: a Constituição.

Tal não corresponde à melhor solução. Apresentam-se, de logo, dois problemas. O primeiro deles consiste no fato de que a conclusão de que todas as normas da Constituição são fundamentais impede de conceituar, dentro da lei fundamental, quais seriam, efetivamente, normas de direito fundamental, e quais não o seriam. Tem-se, pois, que o critério toma por base unicamente o aspecto formal da norma – a sua inserção no texto constitucional –, em detrimento do aspecto

13 ALEX Y, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Ob. cit. p. 62.

material, de fundamental importância para o estabelecimento destas premissas.

D'outra banda, é possível ainda perceber que não são normas de direito fundamental, dentro de uma ordem jurídica nacional, unicamente aquelas normas residentes no texto constitucional. Esta é uma premissa fundamental para este estudo. As nossas conclusões partem, justamente, do pressuposto de que as normas de direito fundamental possuem características próprias à sua matéria, desvinculadas, portanto, da forma através da qual foram inseridas no ordenamento jurídico.

Neste sentido, com propriedade, afirmou o mestre Alexy¹⁴:

Puede pensarse en la siguiente respuesta simple: normas de derecho fundamental son aquellas que son expresadas a través de disposiciones iusfundamentales, y disposiciones iusfundamentales son exclusivamente enunciados contenidos en el texto de la Ley Fundamental. Esta respuesta presenta dos problemas. El primero consiste en que, como no todos los enunciados de la Ley Fundamental expresan normas de derecho fundamental, presupone un criterio que permita clasificar los enunciados de la Ley Fundamental en aquéllos que expresan normas de derecho fundamental y aquéllos que no. El segundo problema puede formularse con la pregunta acerca de si a las normas de derecho fundamental de la Ley Fundamental realmente pertenecen sólo aquéllas que son expresadas directamente por enunciados de la Ley Fundamental.

Com efeito, o ponto característico principal de tais normas, para que sejam consideradas como verdadeira categoria jurídica nova, é a sua força jurídica. Possuem, pois, aplicabilidade imediata, condição rara nos textos fundamentais, haja vista que, em tempos passados, era verdadeiramente negada a efetividade imediata destes direitos, então considerados como normas carentes de regulamentação por lei.

Do seu caráter fundamental, ainda, decorrem outras características. Pode-se

14 *In Teoria de los Derechos Fundamentales*. Ob. Cit., p. 62 e 63.

dizer, primeiramente, que os direitos fundamentais são históricos, na medida em que evoluem conjuntamente com a humanidade, atendendo aos anseios sociais.

Outro ponto significativo é a inalienabilidade, segundo a qual tais direitos não podem ser negociados, visto carecerem de conteúdo patrimonial. São, ainda, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Possuem, pois, uma perspectiva objetiva e outra subjetiva. Naquela primeira estão inclusas as normas que os prevêm e afirmam valores incidentes sobre todo o ordenamento jurídico. A perspectiva subjetiva se refere ao valor contido na norma de direito fundamental e por ela protegido. Sim, porque uma das principais funções daquela primeira forma de enxergar os direitos fundamentais é dar ao Estado o dever de protegê-los. Ora, uma vez que é ele o responsável pela edição das normas, está conferida uma obrigação em proporcionar a proteção, garantindo a aplicabilidade e observância da norma. Sobre isso, afirmou Luiz Guilherme Marinoni¹⁵:

Diante dele, fica o Estado obrigado a proteger os direitos fundamentais mediante normas de proibição ou de imposição de condutas. [...]

A norma, ao instituir valor, e assim influir sobre a vida social e política, regula o modo de ser das relações entre os particulares e o Estado, assim como as relações apenas entre os sujeitos privados. Nesta última perspectiva, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não se limita apenas às relações entre os particulares e o Estado, alcançando também a denominada “eficácia privada” ou “eficácia horizontal”, que nada mais é do que a eficácia dos direitos fundamentais diante das relações entre particulares.

Cumpra-se, portanto, a natureza jurídica da norma que consagra os direitos fundamentais.

Para tanto, é necessário o estabelecimento de uma premissa de alta

¹⁵ *In* O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Revista de Direito Processual Civil nº28, Abril/ Junho, 2003.

importância: a distinção entre princípios e regras¹⁶. Apenas depois de estabelecido com certa dose de certeza os conceitos referenciados, será possível estabelecer em qual, dentre os dois, estão inclusas as normas de direito fundamental.

Discorrendo sobre o tema, Alexy¹⁷ conceituou as regras como sendo normas que determinam uma conduta concreta, fática ou juridicamente; ao passo que os princípios se caracterizam a partir da sua estrutura aberta, o que os leva a ter aplicabilidade na maior medida possível, dentro das possibilidades que são postas.

Por esta razão, conclui o autor que os princípios são verdadeiros mandados de otimização, porquanto não devem ser cumpridos exatamente como determinado na sua disposição, e sim, em diferentes graus e formas, a partir das características do caso concreto. É o que se infere da seguinte passagem:

El punto decisivo para la distinción entre reglas e principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. 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 sino también de las jurídicas.

Em resumo: as regras e os princípios contam com diferentes formas de aplicação. Como vem de ser mencionado, as regras prevêem determinações específicas, sejam elas obrigatórias, proibitórias ou permissivas, que, adequadas ao caso concreto, devem sempre incidir. Já os princípios, aplicam-se sempre, de forma ponderada, devido à generalidade do seu conteúdo. Tal é o que se depreende do quanto, de forma esquemática, afirmou Humberto Ávila¹⁸:

¹⁶ Para o presente estudo, adotamos a distinção apresentada por Dworkin e seguida por Alexy. Esta divisão baseia-se na estrutura lógica da norma a ser analisada.

¹⁷ *In Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. Cit., p. 86 e 87.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 78.

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Daí concluir-se, logicamente, que as normas jurídicas de direito fundamental são principiológicas, haja vista que a previsão de tais direitos não contempla uma hipótese ou fato específico a ser atendido pelo cidadão, senão verdadeiro mandamento genérico, sem a característica de constituir-se numa determinação.

Deste entendimento é possível inferir-se, então, que, pela característica própria dos direitos fundamentais – a aplicabilidade imediata – contemplados nas normas principiológicas, não poderá haver limitações à sua aplicação. Sem embargo, elas poderão ser aplicadas em maior ou menor medida, em face do caso concreto, quando será necessário o uso da ponderação. Voltaremos nesse tema mais adiante.

Resumindo o quanto foi dito, Marcelo Lima Guerra afirmou com propriedade:

Ora, os direitos fundamentais são positivados no ordenamento jurídico através de normas com estrutura de princípio. Mais ainda: tais normas situam-se no ápice da pirâmide normativa, ou seja, ocupam a posição hierárquica mais elevada no ordenamento. Dessa forma, impõe-se reconhecer que os direitos fundamentais são juridicamente exigíveis, vale dizer justiciáveis, e que, para tanto, não podem estar a depender de norma de posição hierárquica inferior àquelas que o prevêm. Superada, assim, a subordinação dos direitos fundamentais à intervenção do legislador infraconstitucional. 19

Tais normas, consagradoras de direitos fundamentais – princípios, como vem de ser mencionado – devem ter a interpretação própria dos direitos que abarcam. É dizer: como normas consagradoras de direitos fundamentais, devem contar com a aplicabilidade imediata que lhes é inerente, bem assim como com a maior aplicabilidade possível.

Em resumo prático acerca do quanto vem de ser mencionado, assim afirmou o professor Fredie Didier Jr.²⁰:

Encarados os princípios constitucionais processuais como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais, e tendo em vista a dimensão objetiva já mencionada, tiram-se as seguintes conseqüências: a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhe a máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, “na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais”.

Destarte, as normas consagradoras de direitos fundamentais – de conteúdo principiológico, como vem de ser visto – seguem a interpretação referente àqueles direitos e, assim, efetivam-se de imediato.

Não poderia ser de forma diversa. Através de uma norma-princípio – contempladora de direitos fundamentais – o ordenamento jurídico prescreve a realização de um fim ou da adoção de meios necessários àquele fim, que será apenas limitado, mas sempre aplicado, diante do caso concreto, através da adoção de métodos valorativos (ponderação).

Tribunais, 2003. p. 86.

20 DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil**. Volume I. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Edições Jus Podivm, 2004. p. 05.

3.2. A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS COMO INSTRUMENTO PARA ATIVISMO JUDICIAL

Nas linhas anteriores restou demonstrado que a técnica de ponderação dos direitos fundamentais constitucionais é aquela de que se vale o magistrado para ultrapassar o limite da lei e concretizar, de forma eficiente, as garantias sociais.

Evidenciou-se, de forma sucinta, que, por vezes, os valores mostrar-se-ão conflitantes, de maneira que, para que haja a efetivação destes direitos, caberá ao juiz exercer sobre eles a atividade de ponderação.

A atividade ponderativa, entretanto, encontra subsídios nas regras de razoabilidade e proporcionalidade. Vejamos.

Razoabilidade e proporcionalidade, em que pese possuírem finalidades distintas – a aplicação mais justa da norma diante do caso concreto –, não se confundem. Pela proporcionalidade, exige-se dos Poderes Executivo e Legislativo, na busca pela realização de seus fins, a adoção de meios adequados, necessários e proporcionais – é a tríplice dimensão da proporcionalidade.

A doutrina alemã, no desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, determinou sua decomposição em três subprincípios: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.²¹

A razoabilidade não pressupõe uma relação de causalidade entre meio e fim, mas apenas uma relação do geral com o individual, do direito com as condições externas, entre duas grandezas, enfim, a relação entre critério e medida. Não se confunde, pois, com meio e fim.

A razoabilidade, como vem de ser mencionado, é uma dessas regras que

²¹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª edição. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003. p. 87.

estruturam a aplicação das normas para o caso concreto. A sua incidência na interpretação e aplicação das normas está diretamente relacionada com a materialização do princípio da justiça, previsto constitucionalmente (art. 3º da CF/88), afinal, não se pode conceber que uma utilização desarrazoada das normas possa ser considerada como uma prestação de tutela jurisdicional justa.

Requer, pois, a utilização do bom senso na aplicação das normas jurídicas. É o que, em outras palavras, afirmou Diogo Figueiredo Moreira Neto²²:

[...] a aplicação do direito não é um ato puramente técnico, neutro ou mecânico,; não se esgota no racional nem prescinde de valorações ou estimativas. A valoração da ordem jurídica se faz por atos humanos, interessados, razoavelmente aptos para impor os valores e os interesses estabelecidos pelo legislador.

Para que a atividade jurídica seja razoável, pois, o magistrado deve atuar não apenas em nome da lei, mas, mais ainda, como ser humano, valorando o conteúdo normativo e o caso concreto. Por isso, Augustín Gordillo²³ a classificou como sendo “*el punto de partida del orden jurídico*”.

Nesta aplicação, três acepções da razoabilidade são destacadas pela doutrina especializada²⁴.

Numa primeira acepção, a razoabilidade é vista como equidade. Nesta hipótese, extrai-se do seu conteúdo a necessidade de harmonizar a norma geral com o caso concreto. Para tanto, faz-se mister, na aplicação da norma, a consideração daquilo que acontece normalmente.

Parte-se, então, da presunção daquilo que ordinariamente acontece, e não do extraordinário. Assim, pela razoabilidade, presume-se que o bem indicado nos

²² In **Legitimidade e Discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 56.

²³ GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo I. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. 39.

²⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios...** Ob. cit.

autos pela parte é de sua propriedade. Do mesmo modo, conclui-se estar em seu poder, de forma livre e desembaraçada. Desta feita, não seria razoável, quando da indicação do bem no exíguo prazo de horas, exigir-lhe, sempre, a comprovação da propriedade com o título competente. Isto, claro, considerando a hipótese concreta que se é posta.

Na sua aplicação, deve-se buscar a preservação de outros princípios e dos valores por eles preservados.

Não se pode imaginar que a norma geral será capaz de resolver, razoavelmente, todos os casos que lhe são postos. A razoabilidade, nesta concepção eqüitativa, consiste em, justamente, formatar a aplicação da norma geral ao caso concreto, considerando a real impossibilidade daquela em atender à finalidade da tutela jurídica demandada, em virtude de determinadas especificidades do caso real.

Por isso, conclui Ávila:

A razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral²⁵.

Outra forma de conceber-se o princípio da razoabilidade refere-se à sua consideração enquanto congruência. Por esta concepção, o princípio da razoabilidade atua na interpretação da norma levando em conta as condições externas para a sua aplicação. É necessário, pois, para a aplicação da norma, a existência de um suporte empírico capaz de justificá-la de forma aceitável.

A importância deste método interpretativo ganhará relevo nas hipóteses de anacronismo legislativo, ou seja, quando a norma, em verdade, foi concebida para um determinado contexto sócio-econômico, que, passado o tempo, não

²⁵ *in Teoria dos Princípios*. Ob. cit. p. 98.

mais justifica a sua presença no ordenamento jurídico.

Decerto que a razoabilidade, nestas hipóteses, atuará em função da necessidade de diferenciar o caso concreto daquele que a norma prevê, em decorrência de terem se exauridos os motivos que ensejaram a edição do mandamento normativo. Deve-se ter em conta, então, a relação entre o critério de diferenciação adotado e a medida final escolhida.

Mas não é só. Na terceira acepção, a razoabilidade exigirá uma equivalência entre o critério responsável por dimensionar a medida adotada e esta última. A punição ou concessão adotada – a medida escolhida – deverá ser equivalente ao critério que a ensejou. Tal é a concepção da razoabilidade como equivalência.

Destarte, para a aplicação na medida do direito, é necessária a análise acerca da razoabilidade entre o critério e a medida, percebendo-se o caso concreto e aplicação da norma geral, bem assim a comparação entre as grandezas previstas.

Decerto que não se pode, “*d’un coup*” determinar o que seja ou não razoável, tendo em vista que o seu conceito partirá sempre de uma concepção subjetiva e individualizada. Não resta impedido, todavia, que se reconheça, perante o caso concreto da sua aplicação, a presença ou não de razoabilidade na atuação do julgador, sempre exteriorizada no mínimo de bom senso. É o que, com poucas palavras, afirmou a professora Rita Tourinho²⁶:

O que é razoável para alguns pode não ser para outros. Porém, tal fato não impede que, no caso concreto, se possa verificar se os meios utilizados para o alcance da finalidade, à qual se destina a norma jurídica, foram adequados à concretização dos valores de justiça contidos no sistema jurídico.

26 TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 95 e 96.

Como evidenciado alhures, o princípio da razoabilidade tem, como finalidade máxima a proteção e realização do princípio constitucional da justiça, propugnando pelo respeito ao caso concreto.

A proporcionalidade, por sua vez, vem ganhando bastante importância, e, como não poderia deixar de ser, atraindo muitas críticas e problemas. A noção de proporcionalidade encontra-se relevante devido à capacidade que demonstra na limitação da atuação do poder público. Sabe-se, de logo, que os atos do Poder Público, demais de deverem ser adequados, devem ser proporcionais.

Este princípio tem por objetivo, em última análise, a contenção de arbítrios e abusos no exercício do poder, com a preservação dos direitos dos cidadãos.

O primeiro problema refere-se à sua aplicabilidade. É certo que o princípio da proporcionalidade possui ampla previsão no direito brasileiro. Especificamente no direito processual, é pacífica a ideia de que é imprescindível a proporção entre o gravame ocasionado com o processo e a finalidade a que se destina o ato processual.

Cediço, ainda, que o princípio da proporcionalidade não está representado em todas as atividades em que se deve aferir a proporção entre atuações, opostamente, *“ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim”*²⁷, quando proceder-se-á a análise da presença dos três critérios assinalados acima.

Tal é a tríplice dimensão do princípio da proporcionalidade, consubstanciada na adequação, na necessidade e na proporcionalidade dos meios.

27 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios...** ob. cit. p. 104.

A adequação, assim como mencionado anteriormente, está diretamente ligada à capacidade real de produzir o fim almejado. Em suma, confere a aptidão da medida para a produção da finalidade visada. Neste caso, para que o magistrado afira com precisão a presença ou não de proporcionalidade do ato, faz-se necessário questionar qual a sua finalidade e, em razão desta, perceber o grau de possibilidade do meio em produzir o resultado. Feita esta análise, cumprir-lhe-á perquirir se a norma utilizada pode produzir o resultado colimado pelo legislador, sob pena de sua anulação.

No que se refere à necessidade, o seu conceito relaciona-se com a escolha, dentre os meios adequados, daquele que se mostre menos restritivo dos demais direitos fundamentais em apreço. No particular, afirmou Daniel Sarmento²⁸:

O princípio da necessidade ou exigibilidade, por sua vez, impõe que o Poder Público adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir determinado objetivo. Assim, se há várias formas possíveis de chegar ao resultado pretendido, o legislador ou o administrador tem de optar por aquela que afete com menos intensidade os direitos e interesses da coletividade em geral.

Este subprincípio guarda ligação direta com os direitos fundamentais, afinal, de acordo com o seu conteúdo, preconiza que, na aplicação da norma e na adoção de medidas, devem ser respeitados na sua maior medida os direitos fundamentais em relação.

É bom deixar claro, de logo, que não entendemos que tal princípio influencie apenas a atuação dos poderes legislativo e Executivo. Como dito alhures, acredita-se que ambos – o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade – se mostram como verdadeiros instrumentos para a materialização do princípio constitucional da justiça. Se assim o é, por eles deve estar também norteadas a atuação do julgador, ao aplicar a norma ao caso concreto, ou ao determinar medidas judiciais.

28 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Ob. cit. p. 88.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito²⁹ será aferida na comparação entre as vantagens e desvantagens destacadas, estando presente quando aquelas superarem estas. Significa, em breves linhas, uma análise de custo-benefício da medida adotada.

Devem-se sopesar os benefícios a serem auferidos com a medida adotada em relação aos prejuízos que dela advirão. Havendo um resultado positivo – é dizer: imperando os benefícios – a medida se mostrará suficientemente proporcional.

Reunidos os três subprincípios na regra jurídica ou na medida adotada, será possível concluir-se pela sua proporcionalidade.

Assim, tem-se que a aplicabilidade do preceito da proporcionalidade tem lugar apenas na presença de uma *medida* que se destina a um *fim*. O fim é exatamente o que se deseja a partir da aplicação da norma; o estado de coisas que se visa. Ávila³⁰ os distingue entre fins internos e externos. Seriam internos aqueles que se referem à produção do resultado na própria pessoa ou objeto utilizado na comparação, que, portanto, serão responsáveis por fixar determinadas medidas no momento dessa apreciação. Já os fins externos encontram-se fora da órbita daqueles que possuem as propriedades e características utilizadas, relacionando-se diretamente com o Estado. Podem ser empiricamente dimensionados, justamente por estarem externos aos meios.

Restou visto que a aplicação da proporcionalidade, nas três acepções dos seus subprincípios, exige do aplicador um verdadeiro exercício de sopesar valores. Daí porque não é difícil concluir que o princípio da proporcionalidade é de grande utilidade quando da efetivação da ponderação, estando a ela diretamente ligada.

²⁹ Robert Alexy o denomina de “*mandado de ponderação*”. Ob. Cit. p. 112.

³⁰ Ob. Cit.

3.3. A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Pensar-se na ponderação de princípios em face da aplicação pública dos direitos fundamentais é mais rotineiro. Vê-se, normalmente, o Estado ser acionado a fim de que faça valer, na sua inteireza, os direitos fundamentais do cidadão previstos na constituição. Não raro, portanto, é formulado pedido na Justiça visando à concretização do direito à saúde, à energia, à moradia e similares, como forma de concretizar os preceitos constitucionais.

Nos afastamos desta discussão para sustentar uma vertente paralela: a ponderação de princípios na relação privada, fazendo valer mais do que o contrato. Nas relações privadas, a vontade das partes mostra importância superior, assim como a garantia a esta liberdade de vontade de contratação.

Mas também aqui há de se questionar o poder do magistrado em superar as previsões legais e, quiçá, as previsões contratuais.

O fazendo com arrimo nos direitos fundamentais, é certo que o magistrado poderá enfrentar estas questões. A liberdade de todos encontra o seu limite onde começa aquela do próximo e, por isso, não é possível simplesmente aceitar-se qualquer previsão contratual ou legal prevista para as relações privadas.

Diante da brutal desigualdade material que se verifica na sociedade, torna-se imperativo condicionar os atores privados – sobretudo os investidos de maior poder social – ao respeito aos direitos fundamentais. A ficção da igualdade jurídica entre os indivíduos, num contexto de gritantes desigualdades sociais, não se presta mais para justificar a imunidade dos particulares aos direitos fundamentais, a partir do dogma da autonomia privada.

[...]

Cumpre, por outra banda, destacar que a constitucionalização do Direito Privado não se resume ao acolhimento, em sede constitucional, de matérias que no passado eram versadas pelo Código Civil. O fenômeno é muito mais amplo, e importa na “(...) releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição Republicada”. Propriedade, posse, contrato, empresa e família

são exemplos de institutos centrais do Direito Privado, que terão de ser redefinidos para harmonizarem-se com os princípios solidarísticos inscritos na Constituição (grifos postos).³¹

Assim é que todos temos o dever de observância dos direitos fundamentais: nossos e dos outros. Neste estudo, veremos a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas de emprego.

4 ESTABILIDADE E GARANTIA NO EMPREGO.

4.1. LINHAS INTRODUTÓRIAS: A DISTINÇÃO ENTRE AS NOMENCLATURAS. Pode-se afirmar que a estabilidade e a garantia no emprego são institutos que estão diretamente relacionados. Todavia, não se confundem.

A garantia no emprego é o gênero do qual a estabilidade é uma espécie. Explico. Por garantia de emprego tem-se amplamente os temas relacionados com a proteção do empregado em relação ao poder potestativo de dispensa, mas também a instituição de políticas públicas voltadas à inserção do trabalhador no mercado de trabalho, à realocação do trabalhador dele afastado, criação de estímulos para a redução do desemprego, o sindicalismo, além de outras atividades governamentais voltadas para a promoção de direitos trabalhistas e posição de empregados no mercado.

Diz-se, portanto, que a garantia no emprego é um instituto político-social-econômico, enquanto que a estabilidade é um instituto próprio do direito do trabalho material³².

Por outro lado, outros autores trabalhista costumam diferenciar os institutos

31 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 42, 99.

32 Nesse sentido, CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 4^a edição revista e atualizada. Niterói: Ímpetus, 2010, p. 1109; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 27^a edição. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 432; MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 14^a edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 360.

afirmando que a garantia no emprego seria uma vantagem trabalhista de cunho provisório – o empregado tem o seu emprego garantido por determinado tempo, desde que não cometa justa causa; a estabilidade seria a garantia definitiva da manutenção do seu emprego³³.

Para o presente estudo, adotaremos a segunda teoria, que difere a garantia no emprego da estabilidade. Isto porque concordamos com o entendimento de que, quando se menciona um direito à manutenção do emprego por apenas um período específico, diz-se que o empregado tem o seu emprego “garantido” por aquele espaço de tempo e por uma causa específica. Por isso, entendemos ser estável o empregado que possui o seu emprego definitivamente salvaguardado. Assim, no primeiro caso, o poder potestativo de dispensa estará limitado no tempo, enquanto que, no segundo, o poder potestativo de dispensa é retirado do empregador que, a partir de então e até o final do contrato de trabalho, apenas poderá dispensar o seu empregado que cometer justa causa.

4.2. UM BREVE HISTÓRICO DA ESTABILIDADE NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO.

Até o advento da primeira lei que instituiu o regime de FGTS³⁴ – Lei 5107/66 – os empregados estavam automaticamente inseridos no regime da estabilidade decenal.

Segundo este sistema, o empregado, ao ser dispensado sem justa causa, receberia uma indenização equivalente a uma remuneração para cada ano de serviço prestado. Tratava-se de uma indenização pelo tempo de serviço – inteligência do art. 478 da CLT.

Esta indenização era devida aos empregados que tivessem, com o seu

³³ Nesse sentido: DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9^a edição. São Paulo: Ltr, 2010.

³⁴ Válido ressaltar que, ainda sob a égide desta Lei, o regime de FGTS era facultativo, devendo o empregado optar no momento da sua admissão.

empregador, um contrato de trabalho por prazo indeterminado. Não se inseria nesta hipótese o empregado que fosse dispensado ainda no primeiro ano de serviço, haja vista que este primeiro ano era considerado um período de experiência – era o que determinava o art. 478, §1º da CLT.

O empregado adquiria estabilidade uma vez completados dez anos de serviço para o mesmo empregador. Trata-se de aquisição de estabilidade definitiva, que assegurava ao empregado só ser dispensado por justa causa devidamente apurada em inquérito judicial para a apuração de falta grave. Nas hipóteses de finalização da atividade do empregador – encerramento das atividades da empresa, morte do empregador pessoa física ou firma individual, fechamento do estabelecimento – o empregado estável tinha o direito de receber uma indenização equivalente àquela do art. 478 da CLT, que deveria ser paga em dobro, à exceção das hipóteses em que a finalização do contrato ocorresse por motivo de força maior, quando ela seria paga pela metade.

A regra era, portanto, pela estabilidade. Havia exceção para hipóteses em que o empregado já fosse admitido diretamente para o exercício de função de confiança, quando não gozaria de estabilidade, por não ter cargo ou função para a qual retornar, não adquirindo estabilidade nem na função ocupada, nem no emprego.

Esta situação perdura inabalada até os idos de 1966 quando, promulgada a Lei 5.107, nasce o sistema de FGTS, ainda de forma opcional para o empregado. Os sistemas não poderiam ser acumulados, de maneira que o empregado ou se inseria num deles ou noutro.

Estes sistemas conviveram, de forma alternativa para o empregado, até o advento da Constituição Federal de 1988. Entretanto, com o advento da nova ordem constitucional, o Carta Maior revogou os artigos 492 e seguintes da CLT.

Desta forma, o ordenamento extinguiu a estabilidade decenal a partir da sua promulgação, estabelecendo o regime de FGTS para todos os empregados. O art. 14 da Lei 8036/90 ressalvou o direito adquirido, o que significa dizer que permaneceram na condição de estáveis aqueles que, em 05/10/1988 já contavam com 10 anos de serviços e não eram, àquela época, optantes.

Assim é que, neste momento, desaparece, enquanto valor do ordenamento, a estabilidade definitiva – que permanece apenas para os servidores públicos celetistas, devido aos arts. 19 do ADCT³⁵ e 41 da CF/88³⁶.

Nestes termos, as duas únicas hipóteses de estabilidade definitiva que sobrevivem à nova ordem constitucional são aquelas voltadas aos servidores públicos civis – respeitado, como afirmado acima, o direito adquirido.

O que se quer dizer é que, com a promulgação do novo texto constitucional, sobreviveram, no direito do trabalho, apenas as hipóteses de garantia no emprego, não havendo nenhuma hipótese trabalhista de garantia definitiva no emprego³⁷. Nessa esteira, no direito do trabalho, em relações privadas, não persistiu nenhuma causa de estabilidade definitiva, sendo aceitos apenas os casos de garantia provisória de emprego.

4.3. A SITUAÇÃO ATUAL E A CONVENÇÃO 158 DA OIT.

Os itens precedentes demonstraram a distinção entre aquilo que se entende por estabilidade e aquilo que se encaixa no conceito de garantia de emprego, de

35 O art. 19 do ADCT contempla a estabilidade dos servidores públicos civis que, ao tempo da promulgação do texto constitucional, contassem com, pelo menos, cinco anos continuados de prestação de serviço.

36 Refere-se à estabilidade do servidor público celetista, após três anos de efetivo exercício.

37 Para esta distinção, adotamos o conceito apresentado nas primeiras linhas, quando nos filiamos à doutrina que diferencia os institutos, considerando a garantia de emprego aquela de cunho provisório, sendo estabilidade apenas a vantagem de caráter definitivo. Nesse sentido: “Estabilidade, conforme já definido, é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador.” (DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9^a edição. São Paulo: Ltr, 2010, p. 1159)

acordo com a distinção utilizada neste estudo. Das linhas, o que pode depreender é que, no direito brasileiro atual, não se contempla mais a estabilidade, senão na relação de emprego – celetista – com o poder público (art. 19 ADCT e art. 41 da CF/88).

O advento da Constituição Federal de 1988 fez extirpado o valor da estabilidade definitiva do emprego. Destarte, enquanto um valor do trabalho humano, a estabilidade sobreviveu apenas nas relações de direito administrativo e nas relações celetistas vinculadas ao poder público³⁸.

Nas relações privadas, a estabilidade foi substituída pela mera garantia provisória de emprego. Não há, nesse contexto, nenhuma hipótese de estabilidade definitiva – ressalvado o direito adquirido, já mencionado nas linhas precedentes.

Não há por um motivo: esta não foi a opção legislativa.

Esclareço.

Após a Constituição de 1988, o resgate da estabilidade no emprego, enquanto um valor do direito do trabalho no Brasil, foi trazido à baila em outro momento: quando se pôs em pauta a ratificação da Convenção 158 da OIT.

A Convenção fora enviada para apreciação pelo Congresso Nacional em 14 de fevereiro de 2008. Daquela convenção constava a previsão de limitação ao poder potestativo de dispensa do empregador.

Comum aos textos das Convenções internacionais, o texto da Convenção 158 da OIT contém genericamente a previsão de que “a menos que exista para isso

³⁸ A Constituição manteve o direito à estabilidade aos servidores públicos estatutários e celetistas, após três anos de exercício – inteligência do artigo e da Súmula do TST, com a seguinte redação:

uma causa justificada, relacionada com sua capacidade ou seu comportamento, ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço” não poderá o empregado ser dispensado (art. 4^o).

Para a efetivação da dispensa, todavia, é imprescindível que o empregado tenha tido a oportunidade de apresentar defesa em relação às acusações que lhe são formuladas. É certo que o empregador poderia, com arrimo neste sistema, dispensar o empregado por fundamentos de ordem econômica, tecnológica, estrutural e similar, desde que observe os critérios estabelecidos naquela Convenção, que variam entre a “justificabilidade” da dispensa, até o aviso prévio e a notificação das autoridades competentes.

Na ótica da Convenção, é possível ao empregado requerer a anulação da dispensa judicialmente ou valendo-se da arbitragem.

O contrato de emprego, nesse sistema, só poderia ser terminado na hipótese de ato comportamental do empregado – o que equivale à justa causa; e, a terminação por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos – que deverão ser expressamente comprovados.

Nesse contexto, a realidade apresentada pela Convenção 158 da OIT é no sentido de criação de hipótese de estabilidade (definitiva), de maneira que, ocorrendo a hipótese de “rescisão sem justa causa”, o empregado seria readmitido ou receberia o pagamento de indenização apropriada.

Do quanto exposto, tem-se claramente que a ratificação da Convenção 158 da OIT ressuscitaria o valor da estabilidade no emprego, afastado quando da nova ordem constitucional. Em outras palavras, seria retomada a possibilidade de o empregado, do âmbito provado, contar com estabilidade definitiva no seu emprego.

Não obstante, em 10 de agosto de 2011, por 17 votos contra 8, a ratificação foi rejeitada pela Câmara dos Deputados.

Ou seja, mais uma vez, o ordenamento afastou a estabilidade definitiva enquanto um princípio do direito do trabalho. Esta é a situação vigente, portanto, nos dias atuais.

Esta premissa é de grande importância para a conclusão deste estudo. Antes disso, vejamos os princípios relacionados à questão, utilizados para a ponderação de interesses.

4.4. SOBRE OS PRINCÍPIOS TRABALHISTAS POSTOS EM LITÍGIO.

Como visto nas linhas precedentes, o presente estudo se volta à análise das decisões judiciais que criam hipóteses de estabilidade onde a lei não foi. Há, portanto, manifesto ativismo judicial.

Ora, se os juízes – ministros e desembargadores – enfrentam os limites da lei em conduta manifestamente ativa, o fazem valendo-se de princípios.

Vejamos, pois, os princípios que norteiam o direito do trabalho relacionados diretamente com o tema, além de outros princípios constitucionais que embasam as teorias apresentadas.

4.4.1. O princípio da proteção

Trata-se de noção basilar do direito do trabalho. Existe o direito do trabalho porque existe o valor da proteção da parte hipossuficiente do contrato de trabalho: o empregado.

Este princípio informa que o direito do trabalho se estrutura com regras,

princípios e presunções próprias, de forma a criar uma verdadeira rede de direitos que levem à proteção da parte hipossuficiente do contrato de emprego, o empregado. A finalidade dos princípios da proteção é, justamente, dirimir a desigualdade natural do contrato de emprego, pautada tanto no aspecto jurídico (a subordinação jurídica), quanto no aspecto prático (a dependência econômica do empregado).

Este princípio foi dissecado pelo mestre Américo Plá Rodrigues³⁹, que subdivide o princípio da proteção em três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operário*, o princípio da norma mais favorável e princípio da condição mais benéfica.

Por *in dubio pro operario*, tem-se que o intérprete, ao analisar um preceito que disponha sobre regra trabalhista, a optar, dentre duas ou mais interpretações possíveis, pela mais favorável ao empregado. Cumpre ressaltar que, no campo probatório, não se aplica o referido princípio, pois o Direito Processual impõe ao autor a prova do fato constitutivo do direito e ao réu, a prova do fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito. Ou seja: não é uma regra de prova, mas de interpretação da lei: o juiz deve interpretar a lei vigente – a lei que existe – em prol do benefício do empregado, mas apenas e tão somente quando, sobre o seu conteúdo, houver dúvida.

Nos casos analisados não há dúvida de que o legislador foi omissivo, e, com as escusas do trocadilho, não há como sanar dúvida – a norma não existe. Portanto, esta não pode ser a vertente utilizada. Não há nenhuma norma concedendo o direito à estabilidade neste ou em qualquer outro caso, para as relações privadas de trabalho.

Uma segunda vertente desse princípio é o subprincípio da norma mais favorável, que implica na aplicação da norma mais favorável ao trabalho em três

39 RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 1993. p. 42-43.

momentos. O primeiro deles refere-se à fase de elaboração da regra jurídica, em face do que estatui o caput do artigo 7º da CR, que menciona "...além de outros que visem à melhoria de sua condição social". Trata-se, portanto, de um momento voltado ao legislador, priorizando, inclusive, as opções legislativas deste legislador. É o ponto de maior importância para o presente estudo.

O segundo momento de aplicação refere-se à hierarquização das regras jurídicas no âmbito do direito do trabalho de maneira que, havendo dispositivos confrontados, será aplicada a norma mais favorável, independente de sua posição na escala hierárquica.

Por fim, esse subprincípio tem influência na interpretação das regras jurídicas, quando interpostas ao intérprete duas ou mais vertentes interpretativas de determinado dispositivo legal.

O último subprincípio decorrente da proteção é aquele da condição mais benéfica, que determina que as condições mais vantajosas estipuladas no contrato de trabalho do obreiro, ou mesmo as constantes no regulamento da empresa, prevalecerão, independentemente da edição de norma superveniente dispondo sobre a mesma matéria, estabelecendo nível protetivo menor.

Esse princípio da proteção, ao ser usado na ponderação de interesses, não deve ser visto de maneira única, deve ser considerado como um valor de um ordenamento inteiro. Aliás, mesmo quando se diz que é voltado para o legislador, deve-se notar que, no presente caso, o legislador mesmo percebeu a impossibilidade de ir além e de, concretamente, reacender a estabilidade definitiva enquanto um valor do ordenamento jurídico brasileiro.

Ao legislador já estava determinado que se legisse da melhor maneira possível, porque o legislador, ele também, deve ser protecionista. E considerados os aspectos externos, esse legislador percebeu que não se

deveria alastrar os direitos, alastrar o conceito mesmo do que é estabilidade no ordenamento: um direito extinto, parcialmente sobrevivente através das hipóteses de garantia de emprego.

A proteção ao empregado não pode se afastar dos valores que informam as relações privadas de trabalho pelo só fato de ser o empregado hipossuficiente. O próprio conceito de hipossuficiência deve ser mantido dentro dos limites da lei.

A pobreza, ou – na sua versão supostamente politicamente correta – a hipossuficiência, é convertida, sem qualquer intermediário, e sem ressalvas, em regra de julgamento, quiçá de “justiça”. Sem qualquer amparo e desvinculada de qualquer proposta minimamente coerente, a decisão promove inusitada redistribuição da renda pública. [...] O caminho é a análise sob o prisma da eficiência, sempre orientada por valores [...].⁴⁰

Assim, não é regra de julgamento a condição financeira da parte. Nos casos trazidos à lume, não é regra de julgamento o só fato do empregado ter uma doença para a qual não fora encontrada a cura, mesmo possuindo capacidade para o trabalho. Há que se considerar todos os valores que rodeiam a questão.

4.4.2. O princípio da continuidade da relação de emprego

Aqui está a pedra de toque do presente estudo. O princípio da continuidade da relação de emprego, como visto nas linhas precedentes, foi relativizado. A relativização teve sede constitucional.

De acordo com o princípio da continuidade na relação de emprego, tem-se ser do interesse das normas trabalhistas que o contrato de trabalho seja celebrado a fim de que o empregado permaneça indefinidamente no emprego, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais.

Após a sua relativização na Constituição de 1988, subtrai-se três correntes de

40 GALDINO, Flávio. ob. Cit. p. 256.

repercussão favoráveis ao empregado resultam da permanência da relação de emprego: a) a tendencial elevação dos direitos trabalhistas (avanço da legislação ou da negociação coletiva, ou mesmo vantagens agregadas ao desenvolvimento de seu tempo de serviço no contrato); b) o investimento educacional e profissional que se inclina o empregador a realizar nos trabalhadores vinculados a longos contratos (com o objetivo de elevar sua produtividade e compensar o custo trabalhista percebido); c) a afirmação social do indivíduo favorecido pelo longo contrato de trabalho (estabilidade social/econômica).

Como visto, esse princípio perdeu grande força com a criação do FGTS já nos idos de 1.966, mas a Constituição da República de 1988 inclinou-se a reinserir esse princípio em patamar de relevância jurídica, a uma, afastando a anterior incompatibilidade do FGTS com qualquer eventual sistema de garantias jurídicas de permanência do trabalhador no emprego (art. 7º, III); a duas, fixando a regra da relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar – ainda não editada –, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (art. 7º, I); a três, lançando a ideia de aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, recentemente regulamentado (art. 7º, XXI).

Não obstante, toda a modificação legislativa operada, ainda pode se falar em um princípio da continuidade da relação de emprego com razoável importância na ordem jurídica. Mas a sua função é modificada daquela anteriormente concebida, funcionando como uma presunção favorável ao empregado na hipótese de ruptura do contrato, fazendo-se presumir que ocorreu da forma menos gravosa para o empregado. Faz também presumida a própria continuidade da relação de emprego, em contextos processuais de controvérsia sobre a questão⁴¹.

41 Súmula 212 do TST: “Despedimento. Ônus da prova. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da

Propõe ainda como regra geral o contrato trabalhista por tempo indeterminado, pelo que os contratos por prazo determinado somente podem ser pactuados nas estritas hipóteses autorizadas por lei.

Este é âmbito de aplicação, nos dias de hoje, deste princípio, tendo sido afastada – porque relativizada – a vertente voltada para a concepção de um contrato de trabalho eterno, com garantia da ausência de dispensa na legislação. Esta é a concepção de outrora.

4.4.3. O princípio da função social da empresa – oferecer empregos ou manter empregos?

A função social da propriedade, enquanto um valor do ordenamento pátrio, veio consagrada no texto constitucional: art. 170, III. Determina o direito constitucional que a propriedade – e, assim, a empresa – atenderá à sua função social. Nada a mais, nada a menos.

Importa, então, definir o seu conceito. Tem-se que o princípio da função social da propriedade, é um fundamento também referente à ordem econômica, podendo-se qualificá-la como uma função social ativa, no sentido de ser caracterizada como um *poder-dever* para condicionar o exercício do poder empresarial a uma finalidade.

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua com fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade.

[...]

continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.(Res. 14/1985 DJ 19.09.1985).”

O princípio da *função social da propriedade*, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de *propriedade* [...], de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade.

[...]

No mais, quanto à inclusão do princípio da garantia da *propriedade privada dos meios de produção* entre os princípios da ordem econômica tem o condão de não apenas afetá-los pela *função social* – conúbio entre os incisos II e III do art. 170 – mas, além disso, de subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício para a realização do fim de assegurar a todos existência digna.⁴²

O ato de dispensar, não necessariamente, significa desatender à função social da empresa. Em sentido diametralmente oposto, a administração na busca pela sobrevivência do negócio pode determinar alguma dispensa. Repita-se, a questão apresentada não se refere à dispensa discriminatória – que merece outro estudo para a sua análise. Mas a dispensa de um empregado que, eventualmente, porte uma doença incurável pode ser parte das atividades empresariais.

Tome-se por exemplo uma empresa que extinga um setor inteiro, procedendo a mais de 200 dispensas. Dentre os empregados dispensados, há um portador de vírus HIV. Ao fechar o setor a empresa está tomando uma decisão de gestão e administração, com vistas à sobrevivência do negócio, e a sua atitude deve ser respeitada pelo ordenamento.

A sua função social é manter este único emprego ou sobreviver para ofertar outros mais? A ótica a ser utilizada pelo juiz não pode estar adstrita ao caso individual, mas a todo o contexto coletivamente considerado, ainda que, no ato de gestão, a dispensa implique em um único empregado que, eventualmente, seja portador desta doença.

42 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 269/280

Entender diversamente é seria entender que este empregado deve ser priorizado diante de outros e, nesse contexto, o empregador estaria atingindo à sua função social. Sim, porque não se pode perder de vistas que a dispensa é inerente ao negócio, que deve circular, se atualizar e modificar as suas estruturas. Há, manifestamente, escassez de recursos. E o juiz deve considerar este fato ao proceder à análise de atendimento à função social da propriedade prevista na Constituição.

Porque brilhante, transcrevo a passagem abaixo, que não poderia ser dita em melhores termos:

Sem um mínimo de pragmatismo, a Constituição, como já se disse, periga ser uma viagem ao mundo da ficção, onde se imagina que a pobreza pode ser erradicada trabalhando-se cada vez menos, poupando-se cada vez menos e botando-se o capital estrangeiro cada vez mais para fora e, mesmo assim, todos conseguirão direito à educação, à assistência médica, à moradia e à paisagem....⁴³

Esta passagem ao se referir ao capital estrangeiro traz a discussão da segurança das relações jurídicas. O juiz criativo, que inova nas regras do jogo, torna insegura a relação contratual – relação privada ou pública – e assusta investidores.

Imaginar a função social da empresa é fazê-lo considerando a escassez de recursos. Determinar o que é social, determinar o bem comum, é algo que deve considerar os valores já prestabelecidos pela sociedade, porque não é possível ao juiz criar estes valores ou esta escala de prioridades.

O “objetivo social” ou o “propósito comum” para o qual se pretende organizar a sociedade costuma ser vagamente definido como o “bem comum”, o “bem-estar geral” ou o “interesse comum”. Não é necessário muito esforço para se

43 GALDINO, Flávio. Ob. Cit. p. 276.

perceber que estes termos não estão suficientemente definidos para determinar uma linha específica de ação. O bem-estar e a felicidade de milhões não podem ser aferidos numa escala única de valores. O bem-estar de um povo, assim como a felicidade de um homem, dependem de inúmeras coisas que lhe podem ser proporcionadas numa infinita variedade de combinações. Não é possível exprimi-las de modo adequado como um objetivo único, mas apenas como uma hierarquia de objetivos, uma ampla escala em que cada necessidade de cada pessoa tem o seu lugar.⁴⁴

Por isso que o julgamento, em qualquer caso, deverá estar voltado ao atendimento do bem comum, seguindo-se a escala de valores do mesmo texto constitucional que pretende ver aplicado.

4.4.4. O princípio da livre iniciativa

O princípio constitucional da livre iniciativa se pauta, sobretudo, na liberdade e no direito à propriedade. No seu conceito é possível subtrair a ideia de valor, no sentido da busca por uma sociedade plenamente livre, aberta e democrática, que permite o acesso e retirada de todos que pretendam compor a sua ordem econômica, desenvolvendo as atividades econômicas lícitas. Com isso, não é necessário permissão para que se atue no mercado.

É possível, ainda, subtrair-se a sua vertente normativa que determina seja resguardada a livre iniciativa como um valor do ordenamento. É princípio de ordem constitucional – art. 170 – compondo o leque de princípios fundamentais da ordem econômica.

Sobre este princípio, assim dispõe o professor José Afonso da Silva:

44 HAYEK, Friedrich August Von. **O Caminho da Servidão**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora. 1994, fls. 40/41.

(...) a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato.

Consta do artigo 170 [da Constituição Federal], como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.⁴⁵

A livre iniciativa determina tanto obrigações de cunho negativo como de positivo para o Estado. As de perfil negativo relacionam-se com a não intervenção do Estado – dentre as quais encontra-se a não intervenção do Poder Judiciário, senão quando provocado e nos limites da lei –, salvo nos casos determinados na própria constituição. As obrigações positivas determinam que o ente público tome medidas com o fito de assegurar a própria existência e multiplicação desse âmbito privado, adotando medidas de estímulo à economia e ao desenvolvimento privado.

Também este valor deve ser considerado pelo magistrado, quando se deparar com a ponderação dos valores.

5 ANÁLISE DE ALGUMAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O TEMA.

O ativismo judicial na criação de hipóteses de estabilidade no emprego tem-se mostrado mais ativo na criação da estabilidade para o empregado portador de vírus HIV.

Recortamos os seguintes arestos a fim de que seja possível uma melhor avaliação do tema:

EMENTA: RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem

45 SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 17ª Edição, São Paulo, Melhoramentos. 2005. p. 767.

jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na *voluntas* que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. Recurso de revista conhecido e provido, no tópico. (TST - RR - 94300-38.2006.5.24.0005 , Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Data de Julgamento: 18/02/2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 27/03/2009)

Com propriedade de uma certeza absoluta, o trecho transcrito alude ao repúdio da ordem jurídica pátria ao ato de discriminação. Mas, seria então, por isto apenas, presumível a discriminação? Aliás, há previsão para a estabilidade *ad eternum* mesmo tendo ocorrido a dispensa discriminatória? Não há norma e o juiz ingressa na seara da ponderação de interesses, a fim de atingir a estabilidade onde a lei não chegou.

No trecho a seguir transcrito, o magistrado é claro em afirmar a necessidade de que o juiz mantenha uma postura ativa, caminhando “dentro e fora da norma jurídica”. É o que se vem mencionando em todas as linhas precedentes. Entretanto, não se pode afastar da premissa de que caminhar fora da norma jurídica significa considerar os demais fatores que implicam na situação.

EMENTA: PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - HIPÓTESES IMPLICITAMENTE ESCRITAS NO ART. 7º., INCISO I, E EM OUTROS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ASSIM COMO NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - PORTADORA DO VÍRUS HIV - A FACE OCULTA DA CONSTITUIÇÃO E O INTÉRPRETE - DISCRIMINAÇÃO E ABUSO DE DIREITO- O juiz deve caminhar dentro e fora da norma jurídica, isto

é, em seu interior e em seu exterior, sem ultrapassar as barreiras do ordenamento jurídico fundamental, porque o tempo e a realidade social modelam e remodelam; desenham e redesenham a dimensão institucional de determinado direito. Essa afirmativa, talvez um pouco ousada, pode soar mal aos ouvidos de muitas pessoas, afeitas ou não ao Direito. Por isso uma breve explicação: quase nunca a norma jurídica diz tudo o que deveria dizer. Nem poderia, uma vez que, além da névoa que encobre certos aspectos da vida social por vir, quanto mais casuística ela for, tanto maior a possibilidade de injustiças. O Direito possui um fim belíssimo em favor do qual devemos lutar: a realização da Justiça. Mais do que um artista, o jurista pode talhar, sem retalhos, a solução - mãos justas e equânimes para determinada controvérsia. Todavia, sem os fatos, sem a realidade, o Direito não tem vida; sua soma é nula, seu fim são fragmentos sem colagem. Nunca, como na atual quadra da história, os juízes do trabalho tiveram tanta responsabilidade sócio-econômica. Nunca as decisões do Judiciário tiveram tamanha importância individual e coletiva, assim com tanta repercussão. [...] Recolhido em seu âmago, [...] o juiz não pode desprezar o mundo que o cerca - estar em si e fora de si, para realizar a justiça em quem e para quem a pede. No momento do julgamento, o seu pensar tem de estar povoado pela realidade social, da qual é parte, agente e ator. [...] **Os seus julgamentos, as suas decisões, as suas sentenças são o reflexo do seu sentimento, da sua compreensão do Direito e do mundo em que vivem**, trabalham, estudam, amam e desamam, se divertem, se alegram, se entristecem, riem e choram. [...] Se os juízes não puderem estar mais-além do seu tempo, que pelo menos estejam no seu tempo; nunca aquém. Para julgar exigem-se os fatos, o conhecimento profundo da Ciência do Direito e a sensibilidade, isto é, o dom de estar no lugar do outro e perceber que a sua virtude, ser justo, dando a cada um o que é seu, se realiza fora de si. [...] A essência, vale dizer, o espírito da lei é também, de certa forma, a nossa essência, o nosso espírito, a nossa alma. [...] Em suma, toda norma jurídica é, de certa forma, uma cópia de quem a cria: ela se esconde nela própria; possui um lado muito visível, muito claro, mas possui também um lado oculto, obscuro, aguardando para ser descoberto no momento exato; ser analisado, interpretado, compreendido e ser aplicado aos casos novos. [...] Com efeito, a proteção à empregada portadora do vírus da AIDS está entranhada

na C.F., nas leis ordinárias e nos princípios de Direito do Trabalho, caracterizando-se a despedida anti-social, discriminatória e arbitrária, quando a empregadora age desproporcionalmente, com o ímpeto de aniquilar o contrato de trabalho. Acaso não pode o juiz dar luz e efetividade à norma constitucional mais importante para a trabalhadora brasileira - garantia de emprego - enquanto por vinte anos se aguarda uma regulamentação? Hoje, mais do que nunca, quer-se atribuir à Constituição Federal o valor que ela desde sempre mereceu: holofote, intensíssimo fecho de luz, direcionado a todo ordenamento jurídico, mas sobretudo à legislação inferior, de modo a iluminar e não a ser sombreada pelas leis a que dá vida, aquece e alimenta. A efetividade da Constituição Federal, composta de fundamentos, objetivos, princípios e regras, é, indubitavelmente, o passo mais firme que podemos dar em direção ao Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, à justiça social. [...] Sabe-se que os princípios jurídicos são, simultaneamente, chave para a abertura do ordenamento jurídico, e chave para o fechamento dos casos difíceis. [...] Logo, se, no âmago do ordenamento jurídico está a pessoa humana, núcleo de todos os núcleos, não me parece possível que possa prevalecer a dispensa, sem justa de causa, de empregada portadora do vírus HIV, apenas porque o direito de resilição é, em tese, livre, aberto, folgado, espaçoso. Para além das hipóteses de garantia de emprego expressamente previstas em lei, outras existem, reveladas pela realidade social, que foram implicitamente escritas pelo legislador e que precisam de cuidadoso desvelo, no caso concreto, para que a lei se ajuste à realidade e não a realidade à lei. (TRT 3 REGIÃO - 0011900-14.2008.5.03.0091 ROData de Publicação: 18-12-2009, 4ª T, Relator: Luiz Otávio Linhares Renault) (grifos e negritos aditados)

Apesar de algumas premissas similares, o julgamento se afasta das conclusões deste trabalho. O juiz deve, sim, manter o seu sentimento no ato de julgar. Mas, se a lei reflete o sentimento de quem a criou – e isso é afirmado peremptoriamente no julgamento transcrito – a lei reflete a vontade da sociedade: de que não haja uma estabilidade definitiva no emprego privado, para o que, esta mesma sociedade, não apresentou exceção.

Seguem-se algumas outras decisões, transcritas prioritariamente com a

finalidade de demonstrar o cabimento deste estudo: sinalizar para o fato de que, efetivamente, o ativismo judicial na criação de hipóteses de estabilidade é, de fato, sustentado no ordenamento.

EMENTA: Reintegração no emprego. Ainda que o Direito do Trabalho autorize a denúncia vazia do contrato de trabalho, ao exclusivo arbítrio do empregador (com algumas exceções), o Poder Judiciário não pode ficar inerte diante da situação do reclamante. Não se pode negar a condição especial que o autor se encontra em razão de seu estado de saúde. A condição de portador de esquizofrenia conduz a uma limitação ao direito potestativo do empregador de rescindir o contrato de trabalho sem justa causa. (TRT 4 REGIÃO, Processo 0105500-32.2008.5.04.0101 (RO) Redator: FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO Data: 09/12/2009 Origem: 1ª Vara do Trabalho de Pelotas).

PORTADOR DO VÍRUS HIV. REINTEGRAÇÃO. Em circunstâncias nas quais o trabalhador é portador do vírus da Aids e o empregador tem ciência desse fato, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade. A circunstância de o sistema jurídico pátrio não contemplar previsão expressa de estabilidade no emprego para o soropositivo de HIV não impede o julgador trabalhista de valer-se da prerrogativa inserta no art. 8º da CLT, para aplicar à espécie os princípios gerais do direito, notadamente as garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho e à dignidade, insculpidos nos arts. 1º, incisos III e IV; 3º, inciso IV; 5º, caput e XLI, 170 e 193 da Carta Política, além da previsão do art. 7º, inciso I, também da Constituição Federal, que veda a despedida arbitrária. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-76.089/2003-900-02-00.9, 1ª Turma Relator LELIO BENTES CORRÊA, DJ 17/06/2005) (grifou-se)

“REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.

1. **Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a**

ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2.

O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece” (TST-ER-439041/1998, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DJ. 23.05.2003). (grifos e negritos aditados)

EMPREGADA COM CÂNCER. DESPEDIDA ABUSIVA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA. NULIDADE DA DESPEDIDA. REINTEGRAÇÃO.

De acordo com a nova doutrina e jurisprudência trabalhistas, é vedada no ordenamento jurídico a despedida abusiva, assim considerada a praticada com violação dos interesses sociais, do Estado e em desconformidade com a função social que o empregador desempenha na sociedade moderna. Assim, verificando-se que a despedida obreira decorreu do fato de que a empregada era vítima de doença grave (câncer), é nula a dispensa, pois tal comportamento patronal contraria o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, alçado como fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna. Processo 0132500-48.2008.5.05.0531 RecOrd, **ac. nº** 019636/2010, Relatora Desembargadora DÉBORA MACHADO, 2ª. TURMA, DJ 20/08/2010.

Uma premissa deve ser repisada: o que se analisa, com este estudo, não é a dispensa discriminatória – de todo rechaçada pelo ordenamento jurídico pátrio – e, menos ainda, a hipótese em que o empregado esteja acometido de um mal que o torne incapaz para o trabalho – quando terá suspenso o seu contrato e, em seguida, gozará de benefício previdenciário. Não. Trata-se de empregado com plena capacidade para o trabalho, que, entretanto, possui uma doença incurável – o que, por si só, afasta a aplicação da Lei 9.029/95.

Por isso mesmo, o destaque para situações que envolvem empregado portador de vírus HIV.

A situação, claramente, é de ativismo judicial.

Isto porque, não se pode negar, o juiz atua criando uma norma que não possui qualquer comparativo na legislação vigente. É criação integral de norma, sob a alegação de que estar-se-ia fazendo valer os princípios constitucionais (as garantias constitucionais, como preferem os ativistas já citados nas primeiras linhas deste trabalho).

Entretanto, não se trata, em nenhuma medida de ativismo, na medida em que a postura tomada por estes magistrados, em verdade, afasta-se dos valores constitucionais, deixando de lado os princípios, com uma interpretação obtusa de seus conceitos.

Explico.

Cada um dos princípios mencionados nas linhas precedentes deve ser considerado em relação ao empregado, mas, mais ainda, em relação ao direito do trabalho em seu conjunto: em relação ao emprego e à existência de emprego na sociedade. Não se trata, portanto de uma aplicação da constituição pura e simples, mas da sua consideração a partir dos seus princípios e dos seus objetivos.

“Parece consenso na comunidade constitucionalista que a Constituição do Brasil (...) é (...) Dirigente e Compromissória. (...) necessidade de superarmos as generalidades próprias de uma teoria geral do constitucionalismo, traçando as diretrizes para albergar as especificidades de um país periférico como o Brasil. (...) a fixação dos objetivos da República (art. 3º) como vetores desse dirigismo, que têm a função, entre outras, de

identificação do regime constitucional vigente (...).”⁴⁶

A um, não podemos nos afastar de uma premissa fundamental: a Constituição de 1988 afastou a existência de uma estabilidade definitiva como valor do ordenamento – entendimento este mantido, como se viu, ao se negar o Estado Brasileiro em ratificar a Convenção 158 da OIT. É certo que ponderar para alargar os limites da lei, quando se trata de manifesta hipótese de anacronismo legislativo, atrai para o julgador um poder maior de criatividade. Entretanto, a situação aqui examinada não se encontra ultrapassada pelo tempo: o valor legislativo foi reafirmado ainda no presente ano, o que demonstra que este valor não se encontrava ultrapassado no momento em que proferidas as decisões transcritas.

Com isso, resta claro que o valor do ordenamento trabalhista brasileiro é pela garantia provisória de emprego e não definitiva, de maneira que a criação de uma estabilidade de caráter definitivo implica, necessariamente, em virar as costas para a opção legislativa e criar não apenas uma norma de caráter concreto, mas erigir um valor que fora rechaçado pela nova ordem constitucional. Repita-se que a opção legislativa trilhou no sentido oposto. Promulgada a Constituição Federal de 1988, foi afastada a possibilidade de relação privada de emprego com direito à estabilidade definitiva – sendo mantida apenas a estabilidade nos casos de relação de emprego com o poder público.

A dois, a função social da empresa deve ser considerada de forma coletiva. Trata-se de conceito vago: qual a função social de uma empresa? A quem incumbe determiná-la? Essas respostas não podem ser subtraídas de forma clara. Entretanto, é possível determinar que qualquer resposta deve levar em consideração a sociedade, e não um único indivíduo. Mais que isso, como já determinado anteriormente, a definição do pretense bem comum não pode

46 STRECK, Lênio, **Uma abordagem Hermenêutica acerca do Triângulo Dialético de Canotilho ou de como ainda é Válida a tese de Constituição Dirigente (adequada a países de modernidade tardia)**, p. 50.

olvidar o fato de que existem outros princípios e valores da própria constituição que devem ser considerados.

Tome-se esta passagem:

Pelo critério da função social se tem que o ato é abusivo quando este se desvirtua do instituto jurídico que foi criado, o qual integra. Isso porque, todo e qualquer instituto jurídico tem uma destinação social. Todo instituto jurídico é criado, não só “para o movimento das riquezas do mercado” ou para fins meramente egoísticos, mas, principalmente, para servir à coletividade. Através da noção de função social impõe-se conceber que o ato ou a relação jurídica não interessa apenas às pessoas diretamente envolvidas, mas a todos que o cercam (o ato ou a relação jurídica) e que são por ele afetados. Interessa à coletividade.⁴⁷

Assim, a função social estará direcionada também à manutenção da empresa enquanto instituição que oferta empregos, que oferta produtos no mercado, e que deve ser gerida por alguém que, assumindo os riscos, faz o melhor para a sua sobrevivência.

Volvemos, nesta oportunidade, para o conceito de estabilidade no nosso ordenamento:

Estabilidade, conforme já definido, é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador.⁴⁸

Vê-se que se trata de uma situação que carrega consigo uma generalidade no estabelecimento da situação, porque há, em todos os casos, uma participação do empregador, direta ou indiretamente.

47 MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005. p. 22.

48 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9^a edição. São Paulo: Ltr, 2010, p. 1159

Assim é que, em todos os casos de garantia provisória no emprego, esta garantia tem alguma relação com o contrato de trabalho, com a própria relação de emprego. Ou seja: demais de não existir hipótese de estabilidade definitiva, não há previsão de hipótese de garantia provisória que não tenha o fato gerador alguma relação com o contrato de trabalho (haja vista que, mesmo no caso da gestante, a intenção do legislador constitucional foi manter o emprego na proteção do nascituro, haja vista que sua genitora terá maior dificuldade na prestação do serviço).

Por isso que esta interpretação da constituição e dos seus princípios deverá considerar todas as vertentes diretamente envolvidas.

(...) 'a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de só por si, operar transformações emancipatórias.' (...) Canotilho não elimina tampouco enfraquece a noção de Constituição dirigente e compromissória. (...) A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado nacional e de sua inserção no cenário internacional. (...) necessário que se entenda a teoria da Constituição enquanto uma teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional. Para tanto, a teoria da Constituição deve conter um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito (...), no binômio democracia e direitos fundamentais-sociais. (...) afora o núcleo mínimo universal que conforma uma teoria geral da Constituição, que pode ser considerado comum a todos os países que adotaram formas democrático constitucionais de governo, há um núcleo específico de cada Constituição.”⁴⁹

O ativismo não pode pautar-se, simplesmente, na função social da empresa para “limitar o exercício dos direitos inerentes à propriedade”⁵⁰, tendo em vista que estes não são os únicos princípios postos em jogo e, mais ainda, porque

49 STRECK, Lênio. Ob. Cit. p. 53.

50 Nesse sentido a decisão proferida nos autos no Mandado de Segurança n. 0000713-63.2010.5.05.0000 MS.

coletivamente considerado é imprescindível a busca pela sobrevivência da empresa, como uma fornecedora de empregos, e não como mera usufrutuária de uma propriedade.

A eleição de um princípio da função social da propriedade – ou da empresa – não pode ser capaz de restringir a administração e organização do empreendimento, senão quando houver manifesto abuso ou lesão à ordem pública⁵¹. Note-se que estes aspectos sequer são considerados nas decisões que viemos de transcrever. A estabilidade é conferida pela condição do empregado, apenas e tão somente.

Aliás, relembremos uma passagem transcrita nas primeiras linhas deste estudo, quando o professor Fredie Didier Júnior, de forma prática, resumiu as funções dos magistrados em relação à aplicação das normas de direitos fundamentais, oportunidade em que frisou que “o magistrado poderá afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; [...] o magistrado deve levar em consideração, 'na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais”.

Ora, naquilo que é o tema de análise deste ensaio, importa avaliar se a criação da estabilidade nos casos referenciados é a solução razoável e proporcional; ou mesmo se a lei, neste caso omissa, é irrazoável e desproporcional, análise esta que não poderá estar afastada dos princípios subjacentes. Aliás, não pode ser tachado de desproporcional ou irrazoável pura e simplesmente, porque devem ser considerados não apenas os fins internos, mas os fins externos – o impacto social e econômico que, certamente, fora considerado pelo legislador na sua “escolha”.

51 Defendendo a limitação de administração da propriedade: BRANCO, Ana Paula Taucedá. **A colisão de princípios constitucionais e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. 79

E se viu que o ordenamento afastou estes princípios que são utilizados como fundamento de ponderação. Não há mais o princípio absoluto da continuidade da relação de emprego, mas não porque o legislador olvidou-se de fazê-los constar, mas porque por opção legislativa, considerada a economia, dispensou-se esta característica.

Esta mesma economia que deve ser considerada no momento da ponderação de interesses no Judiciário. Aliás, tome-se o princípio da função social da empresa, que leva, sim, em consideração o aspecto econômico, a ser considerado no momento da ponderação, especialmente no âmbito privado, haja vista que a empresa e as decisões empresariais não são cegas, mas visam à sobrevivência do próprio negócio.

Daí que este valor deve ser assim interpretado pelo julgador. Não é possível ingressar no âmbito da livre iniciativa porque se imagina ruim a situação de um determinado empregado, ou porque entende-se indevido o lucro. A nossa sociedade é pautada na livre iniciativa e deve haver o respeito àqueles que se aventuram com seus investimentos. A função social da empresa está desatendida quando o empresário descumpre os valores da constituição. Se não há o valor da estabilidade no ordenamento, não há descumprimento dos valores constitucionais, não há descumprimento da função social e não há justificativa para a ingerência judicial na liberdade de iniciativa do empregador.

Há mais de 50 anos, com o texto que se transcreve a seguir, já se previa esta subversão dos valores da sociedade que pode levar a esta má interpretação da função social. Ofertar empregos é cumprir com a sua função social, dentro da qual não está a de manter pela simples benevolência, mas a de resguardar a garantia de sobrevivência do negócio e, eventualmente, de ofertas futuras.

A geração de hoje [de 1944] cresceu num mundo em que, na escola e na imprensa, o espírito da livre iniciativa é apresentado como indigno e o lucro como imoral, onde se

considera uma exploração dar emprego a cem pessoas, ao passo que chefiar o mesmo número de funcionários públicos é uma ocupação honrosa.

A linha de pensamento ora apresentada não é voz solitária. Na doutrina trabalhista encontramos eco para este entendimento.

Aponta no mesmo sentido a legislação ordinária, ou seja, não há previsão de estabilidade para o empregado portador do vírus HIV nas leis vigentes no nosso país.

Apesar da ausência normativa, percebemos que a jurisprudência tem-se posicionado no sentido de assegurar ao empregado portador do vírus HIV a manutenção do emprego, através da reintegração, quando é dispensado por ato discriminatório.

(...)

Não acreditamos ser o empregado portador do vírus HIV detentor de algum tipo de estabilidade, seja ela absoluta ou relativa. Não há que se falar em criação de estabilidade, pela jurisprudência, em benefício do empregado portador do vírus HIV. A origem da reintegração, muitas vezes concedida ao empregado, não está calcada no instituto da estabilidade, muito embora a reintegração seja um efeito comum a distintas situações.

Queremos com isso dizer que um dos possíveis efeitos da estabilidade (reintegração do empregado) é, na maioria das vezes, o mesmo que o da dispensa abusiva por ato discriminatório (reintegração do empregado).

A constatação de que a natureza de cada uma dessas reintegrações advém de institutos jurídicos diferentes traz importantes conseqüências.⁵²

6 CONCLUSÃO

Ora, uma construção lógica de tudo o quanto já apresentado nos levaria à seguinte questão: quais princípios são considerados para que, na atividade de ponderação, o juiz ativo ultrapasse os limites da norma trabalhista e, na proteção

52 MARGONAR, Regiane. **O empregado portador do vírus HIV/AIDS**. São Paulo: LTr, 2006. p. 157. No mesmo sentido: "Os portadores do vírus da AIDS não têm direito à estabilidade pelo simples fato de estarem acometidos por esta doença, apesar de relevante a questão social da matéria". CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 4^a edição revista e atualizada. Niterói: Ímpetus, 2010. p. 1161/1162. Com pensamento similar, BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2^a edição. São Paulo: Ltr. 2006. p. 943.

de direitos fundamentais, resgate o valor da estabilidade no emprego?

A consequência maior no tema aqui tratado é a extensão de um direito que gera impactos diretos na economia da empresa.

E deve-se notar que o legislador não pretendeu essa escolha. Opostamente, o ordenamento jurídico brasileiro se afastou desse valor, que já compôs o leque de direitos do empregado regido pela CLT, exatamente para se aproximar da possibilidade de circulação no mercado – circulação também de empregados e do emprego.

Afastou-se por mais de uma vez, na medida em que a opção legislativa se manteve incólume quando da análise acerca da Convenção 158 da OIT.

É preciso ter em mente a importância da escolha feita pelo legislador, que considerou o ordenamento em seu conjunto.

Repita-se: não se trata, nesse caso, do empregado que não tem condições para o trabalho. A inaptidão para o emprego, decerto, gera a suspensão do contrato de trabalho, não podendo o empregador terminar aquele contrato. Trata-se de hipóteses em que o empregado se mostra apto para trabalhar, entretanto é portador de uma doença grave que, um dia, poderá torná-lo inapto.

Note-se que a diferença crucial entre esse trabalhador e outro é o conhecimento daquela condição futura. Sim, porque o seu colega imediato – que tem um contrato que pode ser finalizado a qualquer tempo – pode vir a ter um mal muito mais grave, do qual não tenha conhecimento ainda.

Especificamente no que se refere aos temas tratados anteriormente e às decisões judiciais analisadas, tome-se, por exemplo, um empregado portador de vírus HIV. A evolução da medicina permite que esta pessoa, hoje, tenha uma

vida normal.

O entendimento de que, pelo só fato de ser portador do vírus é estável, viola o direito fundamental de outro que pretenda aquela vaga ao emprego. Porque o ordenamento não pretendeu esse congelamento do emprego por motivo algum.

O seu colega imediato que venha a ser despedido poderá, poucos anos depois, vir a falecer de uma doença que lhe acometa silenciosamente no mesmo momento em que trabalhava com esse empregado, e isso não lhe acarretará o direito à estabilidade.

Mais uma vez, não se está a dar guarida para dispensas discriminatórias, que são rechaçadas. O ato de discriminação é, de todo, odioso. Mas, se a dispensa não possui qualquer cunho discriminatório, nada garante àquele empregado, pelo só fato de ser portador da doença, garantia definitiva no emprego.

Se o legislador fez esta opção, há que se respeitada pelo magistrado no momento de julgar, sem considerar o seu sentimento pessoal de convalescença com a situação do empregado doente.

“Quem um dia irá dizer que existe razão nas coisas feitas pelo coração? E quem irá dizer que não existe razão?” já diria Legião Urbana na sua música, demonstrando que, nas coisas do coração também poderemos encontrar alguma razão. Mas o juiz, mesmo aquele que se pretende ativo, não deve decidir com o coração – por mais razão que ele possa encontrar para fundamentar esta decisão. O Judiciário exerce um papel, atua de acordo com o poder que lhe foi investido, e nele está o dever de observar a lei e a Constituição, não o próprio coração.

7 BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 3ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Político y constitucionales, 2002.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 78.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª edição. São Paulo: Ltr. 2006.
- BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.
- BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.
- CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 4ª edição revista e atualizada. Niterói: Ímpetus, 2010.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª edição. São Paulo: Ltr, 2010.
- DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil**. Volume I. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Edições Jus Podivm, 2004. p. 05.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo I. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUERRA, Marcelo Lima. **A proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- HAYEK, Friedrich August Von. **O Caminho da Servidão**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora. 1994.

MARGONAR, Regiane. **O empregado portador do vírus HIV/AIDS**. São Paulo: LTr, 2006. p. 157.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Revista de Direito Processual Civil nº28, Abril/Junho, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 14^A edição. São Paulo: Atlas, 2001.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. *Rio de Janeiro: Forense, 1998*

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 27^A edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 1993.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1^a edição. 3^a tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003. p. 87.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 104, 105 .

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 17^a Edição, São Paulo, Melhoramentos. 2005.

STRECK, Lênio, **Uma abordagem Hermenêutica acerca do Triângulo Dialético de Canotilho ou de como ainda é Válida a tese de Constituição Dirigente (adequada a países de modernidade tardia)**.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2004